

LIBER AMICORUM
PER
PAOLO ZATTI

VOLUME SECONDO

ESTRATTO



JOVENE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2023

ISBN 978-88-243-2818-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

www.jovene.it info@jovene.it

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

VOLUME PRIMO

<i>Presentazione</i>	p. XV
GIOVANNI IUDICA, <i>Paul-Anton Masstele</i>	» XVII

TEMI GENERALI E TEORIA DEL DIRITTO

FABIO ADDIS	
Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat.....	» 3
ANGELO BARBA	
Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato.....	» 21
GIOVANNI FURGIUELE	
Riflessioni intorno al giurista e all'ordine giuridico	» 35
PAOLO GAGGERO	
Significanti del diritto dell'economia e interpretazione.....	» 45
MAURO GRONDONA	
La giurisprudenza e il problema della trasformazione ordinamentale: premesse per una discussione	» 59
MARIO LIBERTINI	
Come cambiano le università: dal "sistema" al "mercato". Nuove riflessioni sulla competizione fra università	» 71
FILIPPO NAPPI	
Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: un nuovo paradigma forma- tivo per il giurista italiano	» 85
ANDREA NERVI	
<i>Legis-latio</i> e <i>iuris-dictio</i> ; una storia infinita	» 99
MASSIMO PARADISO	
I. A. Il computer di Buridano	» 113
ELENA PARIOTTI	
Metafore della normatività giuridica e trasformazioni dei mondi vitali.....	» 123
ALESSANDRO SOMMA	
L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un di- spositivo neoliberale di successo.....	» 133
GIUSEPPE VETTORI	
Eguaglianza e sostenibilità	» 151

GIUSEPPE ZACCARIA

Normatività giuridica e normatività algoritmica p. 159

DIRITTO CIVILE. CATEGORIE DELLA TRADIZIONE
E FRONTIERE DELL'INNOVAZIONE

LUIGI BALESTRA

Diritto dei contratti e crisi d'impresa: il caso del contratto a (s)favore di terzi..... » 177

MASSIMO BASILE

La compravendita immobiliare tramite persona interposta » 183

ROBERTO BOCCHINI

Il contratto di logistica tra gli artt. 1570-*bis* e 1677-*bis* c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice » 205

NICOLA BRUTTI

Risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale e *public apologies* » 225

CARMELITA CAMARDI

Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme.... » 237

GRAZIA CECCHERINI

Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione..... » 251

MATTEO CEOLIN

Abbandono e rinuncia alla proprietà nel prisma della circolazione degli immobili » 265

GIOVANNI CINÀ

Il "disordine informativo" sulle piattaforme digitali e il ruolo della dignità nei modelli europeo e statunitense » 275

PAOLOEFISIO CORRIAS

Autoresponsabilità e contratto di assicurazione » 293

ALESSANDRO D'ADDA

Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse» » 305

ENRICO DEL PRATO

Sul quarto libro del codice civile » 325

MASSIMO FRANZONI

La responsabilità civile in un codice europeo? » 339

DANIELA M. FREANDA

Dal contatto sociale all'obbligazione contrattuale: la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente della struttura..... » 349

MATILDE GIROLAMI

La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca » 365

GREGORIO GITTI

L'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale nei contratti per l'impresa..... » 387

CARLO GRANELLI

Il tramonto dell'idea di un "codice europeo comune di diritto privato" » 401

MICHELE LOBUONO	
Le fidejussioni <i>omnibus</i> conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato	» 409
ETTORE MARIA LOMBARDI	
Una riflessione privatistica sulla sicurezza cibernetica nel metaverso: tra ciber spazio e iperuranio, dove condurrà il “futuro prossimo venturo”?	» 419
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA	
Trasferimento di beni immobili in pagamento di debito usurario	» 437
MARCELLO MAGGIOLO	
Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica	» 445
ENRICO MINERVINI	
Le Sezioni Unite e la meritevolezza del contratto: note a prima lettura.....	» 451
PIER GIUSEPPE MONATERI	
Il “ <i>quantum</i> ” del danno morale, e il futuro del danno non patrimoniale a persona....	» 457
STEFANO PAGLIANTINI	
Irrazionalità del consumatore medio, pratiche aggressive e regole di tutela.....	» 467
GIOVANNI PASSAGNOLI	
Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia	» 479
ROBERTO PUCELLA	
Autodeterminazione, salute, danno: i dialoghi tra Maestro e Allievo	» 487
FRANCESCO RICCI	
I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel d.l. n. 68/2022 (dalla l. n. 108/2022 alla l. n. 6/2023)	» 503
NICOLA RIZZO	
Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno	» 519
VINCENZO ROPPO	
L’ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili.....	» 533
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO	
I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale.....	» 545
ANNA SCOTTI	
Proposta di direttiva “ <i>due diligence</i> ”: le incertezze del legislatore europeo sul rapporto tra gli obiettivi di sostenibilità dell’attività di impresa, il contratto e i codici di condotta.....	» 563
MAURO TESCARO	
Lo stato dell’arte del risarcimento punitivo	» 577
EMILIO TOSI	
Dati personali, patrimonializzazione e contratto nei mercati digitali tra GDPR e Codice del consumo	» 591
PATRIZIA ZIVIZ	
Il declino della perdita di <i>chances</i> di sopravvivenza	» 609
ANDREA ZOPPINI	
Autonomia privata e rischio ambientale (contributo allo studio del principio “chi inquina paga”).....	» 619

BIODIRITTO

MARCO AZZALINI	
La relazione tortuosa: intesa e conflitto nel rapporto di cura.....	» 633
LUCIA BUSATTA - CARLO CASONATO - SIMONE PENASA - MARTA TOMASI	
Le “maschere” della vulnerabilità nella cura della persona	» 651
FRANCESCO DONATO BUSNELLI	
Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore	» 665
ELENA CADAMURO	
Aiuto medico a morire: riflessioni in chiave penalistica	» 679
DAMIANO CANALE	
L'aiuto medico a morire: oltre lo spettro del pendio scivoloso	» 693
STEFANO CANESTRARI	
In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*	» 705
GIOVANNI DI ROSA	
Interventi giudiziali e proposte di regolazione in materia di suicidio assistito	» 713
VINCENZO DURANTE	
Quando continuare a vivere diventa intollerabile	» 723
ENRICO ANTONIO EMILIOZZI	
La salute e l'autodeterminazione del paziente nella scelta sulla morte volontaria medicalmente assistita	» 739
ELENA FALLETTI	
Contrasti tra i sanitari e i genitori nel rapporto di cura dei figli minori: una sommaria ricostruzione comparatistica	» 755
MASSIMO FOGLIA	
Elogio della gentilezza (applicata al diritto della relazione di cura).....	» 769
FRANCESCA GIARDINA	
Essere per il diritto. Immagini della condizione umana.....	» 775
ANTONIO GORGONI	
Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia.....	» 791
LAURENCE KLESTA CHABAUD	
<i>Interruption volontaire de grossesse et Constitution: la démarche française</i>	» 813
ARTURO MANIACI	
Dalla relazione di cura alla cura della relazione. Il processo come giuoco e le ADR prese sul serio.....	» 823
GAIA MARSICO	
Accogliere una richiesta di “aiuto a morire” può restituire uno spazio di vita?	» 839
TIZIANA MONTECCHIARI	
Disposizione <i>post mortem</i> del proprio corpo a fini di studio e di ricerca. Riflessioni a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10.....	» 853
ENRICO MOSCATI	
I figli dell'eterologa: una storia senza fine. Il punto della situazione.....	» 865

LUCIANO ORSI	
Le cure palliative come icona di una medicina gentile.....	» 875
ELISABETTA PALERMO FABRIS	
Aiuto medico a morire e non punibilità per i professionisti sanitari.....	» 879
ERICA PALMERINI	
Nuove scelte tragiche nel biodiritto della pandemia.....	» 893
MARIASSUNTA PICCINNI	
Il mantello del diritto nelle cure palliative. Dal “palliativo” non dirimente al “ <i>pallium</i> ” che cura.....	» 905
DEBORA PROVOLO	
I confini della responsabilità penale del medico nel contesto delle c.d. “scelte tragiche”	» 925
MARCO RIZZUTI	
Vita e vitalità: dilemmi antichi e nuovi.....	» 939
DANIELE RODRIGUEZ - ANNA APRILE - PAOLO BENCIOLINI	
La relazione di fiducia nella legge 22 dicembre 2017, n. 219.....	» 947
SANDRO SPINSANTI	
L’etica al letto del malato: una presenza in diverse modalità.....	» 959
INES TESTONI	
Autodeterminazione e dignità. Il punto di vista della psicologia.....	» 971

VOLUME SECONDO

DIRITTO DELLE PERSONE

BENEDETTA AGOSTINELLI	
Minori in rete: l’illusione del consenso e l’equivoco della <i>privacy</i>	» 983
FRANCESCA BARTOLINI	
Transessualismo, persona e famiglia.....	» 1001
ANDREA BELVEDERE	
Paolo Zatti giurista analitico	» 1013
ALBERTO MARIA BENEDETTI	
«Fiduciario» (nelle DAT) e «esecutore» (testamentario): affinità, differenze, integrazioni.....	» 1021
GIOVANNA CAPILLI	
Età del consenso digitale del minore alla luce del GDPR.....	» 1031
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA	
<i>Guarda de becho</i> e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili.....	» 1047
GIUSEPPE CARRARO	
Persona giuridica, società, libertà fondamentali	» 1061

MICHELA CAVALLARO	
Terzo settore: molteplicità di statuti della soggettività e ricadute applicative.....	» 1075
PAOLO CENDON	
L'uomo che voleva punire se stesso	» 1087
MARTA CENINI	
La c.d. legge “dopo di noi”: l'utilizzo degli strumenti fiduciari e di destinazione per la tutela dei soggetti fragili	» 1091
GIOVANNI DE CRISTOFARO	
Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE.....	» 1099
MARIA VITA DE GIORGI	
Memorie di una Garante del contribuente.....	» 1121
MAURIZIO DI MASI	
Diritto sportivo e bilanciamenti dei diritti fondamentali. Alcune questioni attuali	» 1127
CHIARA FAVILLI	
L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali.....	» 1143
GIAMPAOLO FREZZA	
“Diritti di stato della persona”, trascrizione della domanda di revocazione <i>ex art.</i> 2652, comma 1, n. 9- <i>bis</i> e inapplicabilità della relativa disciplina	» 1159
ARIANNA FUSARO	
Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi	» 1169
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES E SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI	
<i>Derecho a la identidad personal: desarrollo y distinción con los derechos del ser humano</i>	» 1193
CLAUDIA IRTI	
La persona anziana: sulla rilevanza giuridica della nozione.....	» 1215
GIOVANNI MARINI	
Intersezionalità: un esercizio di realismo giuridico.....	» 1225
MARISARIA MAUGERI	
Intersezionalità e diritto dei contratti.....	» 1245
ARNALDO MORACE PINELLI	
Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età.....	» 1251
TERESA PASQUINO	
La dignità tra <i>ethos</i> e <i>nomos</i> nel “diritto gentile” di Paolo Zatti	» 1261
FABRIZIO PIRAINO	
L'applicazione diretta dei diritti inviolabili	» 1277
PIETRO RESCIGNO	
L'atto patrimoniale della persona vulnerabile	» 1295
ANNARITA RICCI	
Sistemi reputazionali e libertà del consenso al trattamento dei dati personali.....	» 1297

UMBERTO ROMA	
Accettazione tacita di eredità dell'amministratore di sostegno per il beneficiario incapace?	» 1311
LILIANA ROSSI CARLEO	
I diritti fondamentali dei consumatori tra specificità e complementarietà	» 1321
ROBERTO SENIGAGLIA	
Spunti critici sulla capacità contrattuale del minore.....	» 1331
MICHELE TAMPONI	
Gli enti religiosi nel codice del terzo settore	» 1345
MANUELA TOLA	
Pagamenti digitali e fragilità della persona	» 1359
ANGELO VENCHIARUTTI	
La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità.....	» 1371
ALBERTO VENTURELLI	
Autodeterminazione e divieto dei trattamenti di conversione	» 1381
FILIPPO VIGLIONE	
Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità	» 1401

DIRITTO DI FAMIGLIA

ENRICO AL MUREDEN	
La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extra-matrimoniale».....	» 1419
GUIDO ALPA	
La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni.....	» 1429
GIUSEPPE AMADIO	
Lo scioglimento della convivenza	» 1447
ANTONINA ASTONE	
Il divieto di trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati da maternità surrogata	» 1463
FEDERICO AZZARRI	
Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta	» 1475
VALERIO BRIZZOLARI	
La famiglia "sovraindebitata"	» 1487
LORENZA BULLO	
Diritto di famiglia, riforme e funzione notarile	» 1505
ENRICO CAMILLERI	
Il nuovo rito delle relazioni familiari, il prisma dell'effettività e i formanti del diritto di famiglia: verso un ordine possibile	» 1529
LISIA CAROTA	
Omogenitorialità e tutela del rapporto con il genitore d'intenzione.....	» 1545

BIANCA CHECCHINI	
Famiglie omoaffettive: dichiarazione di nascita e adozione in casi particolari, un approfondimento	» 1563
MADDALENA CINQUE	
Interferenze tra coniugio e convivenza di fatto	» 1579
ALESSANDRA CORDIANO	
Note in tema di violenze domestiche e di genere nel nuovo processo di famiglia....	» 1597
FRANCESCA CRISTIANI	
I trasferimenti immobiliari tra coniugi nella negoziazione assistita tra forma e sostanza	» 1613
MATTEO DELLACASA	
Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato	» 1627
VALENTINA DI GREGORIO	
La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia.....	» 1647
GILDA FERRANDO	
Lo stato di figlio nel prisma dell'interesse del minore.....	» 1663
PAOLO GALLO	
Assegni di separazione e divorzio e venir meno dell'arricchimento.....	» 1677
ATTILIO GORASSINI	
Gli adulti adulterati e la fame di "famiglia". Il nuovo cannibalismo dell'antropocene ...	» 1691
GIOVANNI IORIO	
Appunti per una riforma delle adozioni in Italia	» 1703
LEONARDO LENTI	
Rileggendo, 40 anni dopo, i rapporti fra i coniugi e la separazione personale di Paolo Zatti.....	» 1717
MANUELA MANTOVANI	
Sullo <i>status</i> dei bambini nati da gestazione per altri all'estero. <i>Nilhil novi?</i> Riflessioni a margine di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.....	» 1727
MARIA ROSARIA MARELLA	
Fra modernizzazione e tradizione: l'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari.....	» 1753
FRANCESCA NADDEO	
Crisi coniugale ed accordi preventivi.....	» 1773
SALVATORE PATTI	
Norme in tema di «violenza domestica o di genere». Prime osservazioni	» 1789
ENRICO QUADRI	
Il principio contributivo tra fisiologia e patologia della vita familiare	» 1795
SILVIO RIONDATO	
"Persona comunque convivente" e legalità penale, nell'album di "famiglia" del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.).....	» 1809
FILIPPO ROMEO	
Fenomeni migratori, tutela del minore e diritto all'unità familiare	» 1825

UGO SALANITRO	
Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile.....	» 1839
FRANCESCO SANGERMANO	
Famiglia e giuridicità. Da isola lambita dal mare del diritto a “fonte” ispiratrice della norma giuridica.....	» 1849
MICHELE SESTA	
Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari	» 1857
ARIANNA THIENE	
Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile	» 1867
STEFANO TROIANO	
Il diritto allo stato di figlio e il problema della sua effettività	» 1885

ENRICO CAMILLERI

IL NUOVO RITO DELLE RELAZIONI FAMILIARI,
IL PRISMA DELL'EFFETTIVITÀ E I FORMANTI
DEL DIRITTO DI FAMIGLIA:
VERSO UN ORDINE POSSIBILE

SOMMARIO: 1. Premessa. Mutamenti sociali e relazioni familiari. – 2. Inesorabilità del caos o possibilità di un nuovo ordine? Il riaccendersi del dibattito sui formanti del diritto di famiglia. – 3. Il nuovo rito delle relazioni familiari e il prisma dell'effettività della tutela. – 4. Segue: uno sguardo d'insieme. – 5. Il prisma dell'effettività e il nuovo regime degli ordini di protezione contro gli abusi familiari: la caratura normativa del rimedio. – 6. Un nuovo orizzonte di senso?

1. *Premessa. Mutamenti sociali e relazioni familiari*

Non vi è lettura d'insieme o analisi di dettaglio, dedicata al tema delle relazioni familiari, che possa oggi prescindere dai mutamenti sociali che le hanno interessato, slargandone l'ordito e permeandone la trama¹.

Ritmo e verso delle trasformazioni di costume e canoni culturali hanno infatti investito la formazione sociale primaria in termini inediti² quanto parossistici³, sicché drastico si impone l'adeguamento della lente del diritto, alla ricerca di una nuova ottimale curvatura.

Del *verso* delle trasformazioni intervenute o in atto è certo arduo fornire rappresentazione univoca, molteplici essendone le chiavi interpretative, per lo più polarizzate in punto di sensibilità culturale; valga dunque richiamare il suggestivo tratteggio secondo cui, a tentativi di preservazione della matrice solidaristica del personalismo costituzionale, lungo la parabola discendente che conduce al liberalismo di stampo anglosassone, si contrapporrebbe una visuale ribaltata, di ascesa a quella medesima soglia libertaria, vale a dire un percorso di progressiva emancipazione da vincoli e limiti, percepiti ormai come fuori tempo massimo⁴.

Di là dal segno che a quelle trasformazioni voglia darsi, resta comunque difficilmente revocabile in dubbio il *continuum* tra due mo(vi)menti: quello che dalla istituzione a struttura gerarchica ha condotto all'affermazione del diverso modello della comunità tra individui con pari dignità, diritti e doveri, suggellato (pur tra molte lacune) dalla

¹ Questa la prospettiva indicata, ormai più di vent'anni addietro, dal Maestro che celebriamo: cfr. ZATTI, *Familia, familiae – Declinazione di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 337 ss., ma spec. 343 ss.

² Cfr. LENTI, *Diritto di famiglia*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2021 6 ss.

³ Cfr. per tutti Cfr. ROSA, *Accelerazione e alienazione. Per una critica del tempo nella tarda modernità*, Torino, 2015, 11 ss.

⁴ Così BUSNELLI, *Conclusioni. Per un'ermeneutica della famiglia "moderna": l'idea del "rammendo"*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di SALANITRO, Pisa, 2019, 155 ss.

legge sul divorzio e soprattutto dalla legge di riforma del 1975⁵; e quello che ha visto crescere la rilevanza annessa a bisogni, interessi, spazi di libertà dei singoli⁶, anche a prescindere o contro le istanze riferibili al “gruppo”; e soprattutto che ha visto abbandonare il paradigma monista della “società naturale” fondata sul matrimonio tra soggetti di sesso diverso⁷.

Ebbene, è lungo questo itinerario che, come noto, l’idea di famiglia ha preso a reclamare declinazione al plurale⁸ e le istanze individuali ad assumere ruolo sempre più centrale, al punto che se ne è compendiata la parabola in un dittico di immagini icastiche, quella del passaggio “dal casato alla persona”⁹ e quella dell’ “arcipelago”¹⁰.

2. *Inesorabilità del caos o possibilità di un nuovo ordine? Il riaccendersi del dibattito sui formanti del diritto di famiglia*

A mutamenti di questa proporzione del substrato sociale il diritto non è rimasto certo insensibile; li ha talora propiziati ma soprattutto ha tentato di assecondarli e comunque di recepirli e rifletterli, come testimonia l’esteso perimetro degli interventi normativi che si sono susseguiti, dalla legge di riforma in qui¹¹.

Senonché, paradossale per quanto sia, al numero crescente di interventi “regolatori” si è accompagnata anche la percezione di un progressivo affievolimento della loro attitudine conformativa rispetto a scelte e comportamenti dei singoli. Senza dire, poi, che lo stesso ordito dei principi primi di riferimento è andato esso stesso modificandosi, di certo nella articolazione complessiva – a misura di un sistema delle fonti fattosi via via multilivello¹² – ma soprattutto in alcuni dei suoi capisaldi.

Il volgere dalla tutela dell’istituzione a quella dell’individuo e l’affermarsi di più modelli, in luogo di quello unico fondato sul matrimonio, nel mentre hanno fatto dell’articolo 29 Cost. un *fossile, il resto di un organismo un tempo vivente*¹³, hanno altresì messo a nudo una ben più generale perdita di capacità regolativa del diritto, esso stesso ormai conformato anziché conformante la realtà sociale: la legge, si è affermato, «non ha [più] in sé la forza per conformare ad un modello determinato la realtà sociale che intende disciplinare» giacché «il diritto specie il diritto vivente», come applicato e talvolta creato

⁵ Cfr. già RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 51; ID., *Rapporti tra l’individuo e la comunità familiare*, in *Persona e comunità familiare*, a cura di STANZIONE, Napoli, 1985, 40; ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, I,1, *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, 2a ed., Milano, 2011, 22 ss. In parte diverso, come noto, è l’autorevole insegnamento di MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 12 s., ma spec. 13.

⁶ Cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 96.

⁷ Valga, per tutte, la drastica affermazione di JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, vol. II, t. I, Torino, 1952, 3, secondo cui «presupposto veramente costante nel matrimonio sta nella diversità di sesso tra le persone che contraggono il vincolo».

⁸ ZATTI, *Familia, familiae*, cit. 32 e ss.; cfr. altresì SCALISI, «La famiglia» e «le famiglie», in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 211 ss. ma spec. 222 ss.

⁹ Cfr. ENARCA ROCA I TRIAS, *Familia y cambio social: de la casa a la persona*, Madrid 1999.

¹⁰ Cfr. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 520 ss.

¹¹ Cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit. 8. Si vedano, altresì, i molti contributi raccolti nel volume a cura di SALANITRO, *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit.

¹² Cfr. per tutti BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 361 ss.; nonché P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, spec. 107 ss.

¹³ Ma vedi BUSNELLI, *Conclusioni. Per un’ermeneutica della famiglia “moderna”*, cit., 163.

dai giudici, si comporta piuttosto come uno specchio che finisce per riflettere l'immagine di ciò che la mutevole realtà sociale gli pone innanzi»¹⁴.

L'effetto collaterale di accelerazione sociale e sistematico ritardo della disciplina giuridica si è così misurato proprio nel progressivo indebolimento di quel canone interpretativo della coppia *famiglia-diritto* che aveva, ad esempio, indotto la dottrina d'oltreoceano a descrivere una *channelling function in Family Law*¹⁵, ritenendo cioè che *the law creates or (more often) supports social institutions which are thought to serve desirable ends*¹⁶. Così evidentemente non è più e il fenomeno interessa peraltro quasi tutte le società aperte e secolarizzate¹⁷.

Mal comune a parte, resta allora al giurista nazionale di fare i conti non soltanto con uno scenario instabile ma nel quale soprattutto il diritto appare in perenne rincorsa del fatto sociale e incapace di orientarlo; da qui la necessità di aggiornare la riflessione sui "formanti" del diritto di famiglia e soprattutto sulle *funzioni* che alle regole giusfamiliari, di qualsiasi matrice, si ritenga utile o necessario anettere.

Vero è che risulta ormai acquisito in letteratura il sopravvento del formante giurisprudenziale su quello legale; tuttavia, almeno alle condizioni date, ciò appare ben lungi dall'inverare il paradigma dell'*ordinamento del caso concreto*, demandato sì a mediazione giudiziale ma secondo chiare indicazioni di sistema¹⁸. Pericolosamente privo di precise coordinate, quel formante (quello giurisprudenziale, appunto) si mostra anzi esposto al rischio di ridondare in deteriore dottrina delle corti¹⁹ e così concorrere ad alimentare l'immagine di un diritto di famiglia fattosi asistemático quando non caotico²⁰.

Ne scaturisce l'esigenza di fissare un nuovo orizzonte di senso, interrogandosi sulla desiderabilità di un recupero della attitudine conformativa classica delle relazioni familiari, ovvero della promozione di una capacità conformativa che si appunti sui comportamenti più che sugli assetti, sulla capacità di risposta effettiva – anche rimediale – alle istanze di soddisfacimento di vecchi e nuovi bisogni degli individui, più che sulla aderenza di quella medesima risposta a ciò che una data *forma* e la sua disciplina astratta legittimino.

Sui formanti del diritto di famiglia si è invero recentemente tornati a riflettere, complici i segmenti – solo ultimi in ordine di tempo – di un *plot* riformatore in più puntate, dipanatosi lungo circa tre lustri: dalla legge 4 aprile 2001, n. 154, recante *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, sino alla legge 20 maggio 2016, n. 76, dedicata

¹⁴ Cfr. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e interessi individuali*, estratto da *Scritti in onore di Giovanni Furgiale*, a cura di CONTE e LANDINI, T. I, Mantova, 2017, 8. Si vedano però SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità dell'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1043 ss., ma spec. 1049; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 365 ss. ma spec. 370.

¹⁵ Cfr. SCHNEIDER, *The Channelling Function in Family Law*, 20 *Hofstra L. Rev.* 495 (1992).

¹⁶ Cfr. ID., *op. ult. cit.*, 498.

¹⁷ Cfr. criticamente BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1447 ss.

¹⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 61 ed *ivi* spec nt. 207.

¹⁹ Cfr. già BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.* 2014, 461 ss.; PARDOLESI e PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *For. it.*, 2017, V, 114 ss. ed *ivi* spec. 122. Rappresentativa di un improvvido abbrivio creativo è certo la via giudiziaria alla valorizzazione del *best interest of child*: cfr. criticamente SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 430 ss.; CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 478 ss.; BILOTTI, *La norma personalista, la famiglia "fondata sul matrimonio" e il diritto alla genitorialità naturale*, in *Jus*, 2021, 445 ss.

²⁰ Cfr. LENTI, *op. cit.*, XIX-XX. Diversamente SPADAFORA, *La "nuova" autonomia privata familiare tra norma sostanziale e norma processuale*, in *Fam e dir.*, 2023, 177 ss.

alla *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*. Un *plot* certo tutto domestico e a matrice positiva, benché idealmente saldato al rinnovato *lóγος* sui diritti fondamentali, alimentato dalla Carta di Nizza (e non solo)²¹, oltre che parallelo ad un nuovo corso interpretativo di matrice pretoria, che ha investito molti aspetti della disciplina della famiglia²².

Si è così sollevato l'interrogativo, stimolante e solo a prima vista provocatorio, se non vi siano troppe riforme per un diritto in crisi²³, stante appunto la sensazione di *una rincorsa senza fine* tra fonti normative e oggetto della regolazione; la crisi di funzione conformativa del formante legislativo è apparsa, da questa prospettiva, diagnosi persino scontata, stanti le evidenze di un legislatore che *non arriva o arriva tardi*²⁴ e che non di rado offre comunque modelli che la società sembra rifiutare o ignorare²⁵.

Da qui la proposta di un programmatico investimento sul formante giurisprudenziale, allorché il giudice, del resto già protagonista di un diritto di famiglia *giurisprudenzializzato*, può farsi interprete «delle nuove istanze sociali, anche adattando istituti pur regolati dal legislatore e fare da filtro per identificare quelle nuove formazioni o istanze socio-affettive che possono accedere alla protezione costituzionale»²⁶. Non, beninteso, una delega in bianco alla giurisprudenza, bensì una delega per così dire “condizionata” all'assolvimento, da parte dello stesso giudice, del mandato di opportuno temperamento tra ragioni individuali e principio di solidarietà sociale, in stretta aderenza al disegno costituzionale.

D'acchito speculare si direbbe, d'altra parte, il punto di vista di chi, non meno persuasivamente, ha argomentato le ragioni del perdurante ricorso privilegiato – anche per il futuro prossimo – allo strumento della legge²⁷, seppure in chiave di legislazione per principi. Quest'ultima è infatti ritenuta meglio in grado di assicurare una risposta *quanto meno di ultima istanza* alle esigenze di temperamento tra soggettivismo e solidarietà, persino quante volte resti inattuata, rilevando comunque *quale indicatore di assetti valoriali ed equilibri normativi*²⁸.

In altri termini, quanto più forte si avverte il rischio che un'eccessiva indulgenza verso il decisionismo equitativo ridondi in moltiplicatore di bilanciamenti non controllati, tanto più l'usbergo della legislazione per principi si lascia apprezzare quale saldo ancoraggio di sistema²⁹.

²¹ V. però BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 287 ss.; ID., *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, cit. 1153.

²² Tra le plurime questioni possono citarsi la vicenda degli illeciti endofamiliari (fin già a partire da CASS. 7 giugno 2000, n. 7713); la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione in tema di PAS e diritto alla bi-genitorialità (cfr. CASS., ord., 24 marzo 2022, n. 9691); quella a Sezioni Unite sul rapporto tra ordine pubblico internazionale e adozione – secondo legge estera – da parte di coppia omosessuale (cfr. CASS., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006) nonché, infine, quella della Corte Costituzionale in tema di adozione e relazioni familiari (CORTE COST., 23 febbraio 2022 n. 79), con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art 55 della l. adoz.

²³ Cfr. BENEDETTI, *Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso*, in *Dir. succ. e fam.*, 2020, 393 ss.

²⁴ *Ivi*, 395-396.

²⁵ *Ivi*, 397.

²⁶ *Ivi*, 403.

²⁷ Cfr. SALANITRO, *Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti)*, in *Juscivile*, 3/2021, 638 ss.

²⁸ *Ivi*, 646.

²⁹ *Ivi*, 647.

Ora, di là da una lettura che ne metta in esponente le polarizzazioni, ci pare che le proposte ricostruttive richiamate consentano, a ben vedere, di rintracciare un fattore comune e si prestino per questa via a essere riannodate ad alcuni dei contributi teorici più convincenti, emersi nel quadro dell'articolato dibattito nostrano su *rules e standards*, cui pure non vi è qui modo di dar conto se non per schematizzazione assai sommaria³⁰.

Ed invero, affermare come indefettibile il bilanciamento tra gli interessi che le diverse vicende della compagine familiare (in crisi o meno) mettono in gioco, equivale intanto ad impostare, qui più che mai, il confronto *legge-giurisprudenza* in funzione della bisettrice dei rimedi o, se si preferisce, della effettività delle tutele³¹.

Altro è però dire che quel bilanciamento sia da attuare secondo un quadro di principi – prima ancora che di clausole – generali di caratura costituzionale³², da intendere alla stregua di *un modo di argomentare*³³; altra cosa è ritenere, seguendo diversa dottrina, che quei principi ammontino pur sempre a norme, ancorché dotate di certe peculiari caratteristiche, così da soggiacere ai vincoli del diritto positivo (costituzionale come europeo)³⁴.

D'altra parte, una volta che si dica “controllata” – appunto in termini di vincoli positivi di sistema – la mediazione giudiziale per principi generali, a maggior ragione tale dovrà dirsi anche quella che ai medesimi faccia ricorso, seppure a partire o attraverso sintagmi indeterminati. Precisamente, controllata in più penetrante misura, allorché si tratti di fare applicazione di norme *a contenuto indeterminato composte di fattispecie e disciplina*³⁵; e controllata entro uno spazio di manovra più esteso, seppur da amministrare esso stesso secondo le coordinate di *fonti formali dell'ordinamento*³⁶, laddove la regola del caso concreto passi per l'impiego di clausole generali in senso stretto, che rimettono al giudice l'attuazione di un bilanciamento tra interessi confliggenti.

L'alternativa tra formante legale e giudiziale si fa, a questa stregua, meno drastica e lacerante, persino in una materia come quella delle relazioni familiari.

Vero è infatti che in essa la legge sempre meno regola o comunque regola in modo insoddisfacente, che non mancano norme a contenuto indeterminato e soprattutto clausole generali c.d. in senso stretto, particolarmente a rischio di impieghi distorsivi (su tutte quella del “migliore interesse del minore”³⁷), dandosi quindi le condizioni potenzialmente più propizie per una incontrollata creatività delle corti. Tuttavia, la discrezionalità giudiziaria, qui comunque necessaria, giacché sola in grado di tenere il passo delle trasformazioni sociali e culturali in divenire, recupera – nei termini esposti – ancoraggi

³⁰ Vedi LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2018, 1 ss. ma *ivi* spec. 17, testo e note.

³¹ Cfr. *ivi* 16 ss.

³² Imprescindibile è, in questa materia, il riferimento a MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto. Atti del Convegno*, Arbor Sapientiae, 1992, 317 ss. Si veda, altresì, LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2011, 345 ss.

³³ Secondo le indicazioni di LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 2018, 5 ss.

³⁴ Cfr. GUASTINI, *I principi nel diritto vigente*, in *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, a cura di BESSONE e GUASTINI, Padova 1995, 113 ss.; LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 21; GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 633 ss. ma spec. 641-642.

³⁵ In questi termini ancora LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 25.

³⁶ *Ivi*, 28.

³⁷ Vedi *supra*, nt. 22.

chiari al telaio ordinamentale, ossia *fedeltà a valori e vincolo metodologico di coerenza logico-semanticamente con i testi normativi formalmente accreditati come fonti*³⁸.

Di più, per la via indicata ci pare sia la stessa attitudine conformativa della legge a far mostra di nuova visibilità, seppure da diversa posizione; la si apprezza non più lungo il piano della regolazione diretta e financo di dettaglio di assetti e relazioni, bensì lungo quello più arretrato e rarefatto dell'indirizzo conformativo secondo principi ordinamentali (e valori che questi traducono). Simmetricamente, il ruolo delle corti, per esaltato che sia, rimane allora entro la soglia della tollerabilità³⁹, rintraccia precise coordinate e dunque recupera limiti e legittimità. Richiamando un autorevole insegnamento, mette del resto conto una volta di più sottolineare come «l'art. 101 Cost., che è base della costruzione di un giudice che vive in una situazione di quasi totale indipendenza (..) gli pone degli obblighi di fedeltà per i quali la tessitura che va a compiere deve seguire un ordito che non gli lascia molti margini di libertà o discrezionalità»⁴⁰.

È pur vero, come si è in altra prospettiva osservato⁴¹, che l'incertezza è *sottraendo della effettività*, ma il suo azzeramento non è in definitiva né desiderabile né concretamente perseguibile: non lo è certamente nella cornice di un sistema multilivello e interconnesso⁴² e non lo è neppure guardando in chiave esclusivamente domestica ad ambiti come quello delle relazioni familiari, laddove effettività è anche “adattamento” del rimedio somministrato alle caratteristiche della *species facti* all'attenzione del giudice. Ciò che è viceversa desiderabile, oltre che dovuto, è che questa incertezza del risultato ultimo si mantenga entro la soglia che rende comunque prevedibile l'iter argomentativo e i vincoli che si danno lungo la via per pervenirvi⁴³.

3. *Il nuovo rito delle relazioni familiari e il prisma dell'effettività della tutela*

Abbracciare, anche nella materia che ci occupa, questa più generale prospettiva ricostruttiva, ci pare possibile oltre che necessario, in punto di metodo come di sistema; non però anche sufficiente a conseguire una mitigazione del grado di entropia che oggi connota la dimensione giuridica delle relazioni familiari.

Va, infatti, intanto rimarcato il telaio dei principi ordinanti della materia, perché se ne possa poi predicare un qualche ruolo – indiretto – in chiave di concorso alla soluzione di conflitti; per altro verso, non può trascurarsi il nesso quasi circolare che si dà tra coordinate di sistema e postura della complessiva regolazione giuridica della famiglia.

Nell'orizzonte di quali principi vanno, in buona sostanza, decifrati e risolti i conflitti di cui le relazioni familiari possano essere teatro, sussumibili o meno che siano entro questa o quella fattispecie legale? E, d'altra parte, può ancora assumersi orientato,

³⁸ Cfr. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 29 ma già IRTI, *I “cancelli delle parole” (intorno a regole, principi, norme)*, Napoli, 2016, 57 ss. Si veda, altresì, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit. 84; G. PERLINGIERI - ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, spec. 40-41.

³⁹ Cfr. PARDOLESI e PINO, *op. cit.*, 120.

⁴⁰ Così VERDE, *L'effettività della tutela giudiziaria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di GRISI, Napoli 2019, 673. Cfr. altresì LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, *ivi*, 21 ss. ma spec. 39.

⁴¹ Cfr. F. AULETTA, *Crisi di effettività, corti europee e risoluzione dei conflitti*, in *DPCIEC*, 1/2023, 233 ss.

⁴² *Ivi*, ma spec 236 ss.

⁴³ Cfr. ancora GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, cit., 646-648.

il diritto di famiglia, al governo di una serie di rapporti, in funzione esclusiva della loro riconducibilità a forme determinate e alla disciplina per esse dettata⁴⁴ o va invece inteso nella chiave della promozione di istanze e del soddisfacimento di bisogni legati alla centralità della persona e alla sua autodeterminazione?

Sembra invero piuttosto agevole descrivere una convergenza dei formanti legale e giurisprudenziale intorno alla polarità dei diritti individuali, della loro attuazione e della risposta alla domanda di tutela che esprimono.

Sia pure per frammenti, basti riassuntivamente richiamare la vicenda degli illeciti endofamiliari e l'apertura pretoria al rimedio aquiliano⁴⁵, la riforma della filiazione⁴⁶, l'evoluzione delle azioni di stato nel segno della centralità dell'interesse del minore⁴⁷; e ancora, il corso interpretativo intrapreso in tema di maternità surrogata o matrimoni omosessuali⁴⁸, fino al *turning point* della legge 76/2016. Momento di svolta, in effetti, non tanto per via della codificazione di indici di riconoscibilità giuridica *altri* dal negozio matrimoniale; piuttosto, in ragione della centralità assegnata all'autodeterminazione dei privati⁴⁹: la legge sulle unioni civili, si è bene osservato, mette in esponente un "*potere nomo-poietico endogeno*" e vi rintraccia anzi un criterio ordinante non equivoco⁵⁰.

Più tasselli dunque – interesse del minore, autonomia conformativa delle relazioni affettive, diritto alla bi-genitorialità, diritto alla conoscenza della verità biologica, rilevanza della persona in chiave di limite e risposta rimediale contro aggressioni pur provenienti dalla medesima cerchia familiare, giusto per citarne i principali – descrivono se non già un (diverso) ordine, di certo precise traiettorie, le quali tutte passano a ben vedere per il "punto" della persona e degli interessi giuridicamente rilevanti che vi fanno capo.

Ebbene, in un quadro siffatto si inserisce oggi la riforma del processo civile, delineatasi attraverso la legge di delega del 2021 (legge 26 novembre 2021, n. 206) e la successiva norma attuativa, consegnata al d.lgs 10 ottobre 2022, n. 149. Connotata da un raggio d'azione piuttosto esteso, essa impatta infatti pure sulla materia delle relazioni familiari⁵¹, di cui riorganizza il piano processuale secondo rito unificato⁵²; nonché il pia-

⁴⁴ Cfr. TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 1 ss.

⁴⁵ Sia, in proposito, permesso rinviare a CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 145 ss.

⁴⁶ Si veda, per tutti, C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

⁴⁷ Cfr. LENTI, *Filiazione genetica e interesse del minore: la rotta perduta è perduta?*, in *Juscivile*, 3/2021, 613 ss.

⁴⁸ La chiave di lettura dell'ordine pubblico internazionale è alla base delle considerazioni di G. PERLINGIERI - ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., 94 ss., 155 e ss. Sui matrimoni same-sex si rinvia, per tutti, GENTILI, *Un ossimoro giudiziario: l'efficace inefficacia del matrimonio omosessuale*, in *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in cassazione*, a cura di TORINO, RomaTre Press 2013, 57 ss. Sulla maternità surrogata, oltre alle indicazioni già contenute nella precedente nt. 22 cfr. VENUTI, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, nota a CASS., ord., 21 gennaio 2022, in *Giur. it.*, 2022, 1825 e ss.

⁴⁹ Cfr. T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, op. e loc cit.; BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1788.

⁵⁰ Cfr. SPADAFORA, *La "nuova" autonomia privata*, cit., 181 ma v. già AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1765 ss.

⁵¹ Cfr. CARRATA, *Rito unico per le controversie in materia di famiglia*, in *Enc. del dir.*, I tematici, IV, *Famiglia*, Milano, 2022, 1219 ss.; TOMMASEO, *Verso la riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Il giusto proc. civile*, 2022, 645 ss.; DANOVÌ, *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, in *Fam e dir.*, 2022, 837 ss.; VULLO, *Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2022, 357 ss.

⁵² Dedicato ora allo "*stato delle persone, dei minorenni e della famiglia*" e versato nei nuovi artt. 473 bis e seguenti c.p.c.

no sostanziale, incidendo direttamente e indirettamente⁵³ su norme dettate dal codice civile come dalle leggi speciali in tema di divorzio, adozione e negoziazione assistita⁵⁴.

Di più, però, la novella arricchisce di nuove prospettive e contenuti il dibattito sui formanti del diritto di famiglia (in crisi).

Lo fa da un punto di vista descrittivo, appartenendo al formante legale epperò, *ratione materiae*, condizionando quello giurisprudenziale attraverso il governo del *farsi* stesso della mediazione giudiziale. Ma lo fa, soprattutto, con ben più rilevanti implicazioni ricostruttive e sistematiche, mettendo in esponente molte delle facce rifrangenti del prisma dell'effettività⁵⁵: l'effettività come misura della tutela somministrabile e l'effettività *nel* processo⁵⁶, l'effettività genericamente endoprocessuale ma riflessa nel contrappunto dell'efficienza⁵⁷, nonché infine quella che con felice sintesi si è indicata come *effettività in-vece* del processo⁵⁸.

Su ciascuno di questi fronti riteniamo che la riforma Cartabia, per lo meno dalla specola del nuovo rito delle relazioni familiari, incida; il che è peraltro un fatto in sé significativo, indipendentemente dalla misura di reale conseguimento dei risultati sperati, aspetto su cui pure più di una riserva appare fondato nutrire⁵⁹.

4. *Segue: uno sguardo d'insieme*

L'adeguatezza del rimedio alle caratteristiche concrete del fatto o, se si preferisce, la più acconcia misura della tutela somministrabile, costituisce notoriamente l'angolo critico superato il quale soltanto l'accesso alla giustizia diviene realmente "utile", ai fini della pienezza di risposta al bisogno emerso⁶⁰. La lezione chiovendiana, per cui il processo deve consentire a chi ne abbia titolo di conseguire "*tutto quello e proprio quello*" che ha diritto di conseguire⁶¹, costituisce d'altra parte la fondamentale intuizione condotta poi ai più avanzati sviluppi attraverso la teorica dei rimedi⁶², che la arricchisce e rende più incisiva, valorizzando (del rimedio) la mobilità del piano di azione e soprattutto la capacità plastica di adattamento al fatto⁶³.

⁵³ Si pensi alla abrogazione tacita degli artt. 342 *bis* e *ter* cod. civ., di cui meglio si dirà *infra*. Per un riferimento a questo aspetto v. comunque DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia"* (D.lgs 10 ottobre 2022, n. 149). *Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1407 ss. ed *ivi* spec. 1459.

⁵⁴ Cfr. *ivi*, 1408 e ss.

⁵⁵ Cfr. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc del dir.*, Annali, X, Milano, 2017, 355; cfr. altresì VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, *ivi*, 381 ss.

⁵⁶ Vedi F. AULETTA, *L'effettività nel processo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, cit., 43 e ss.

⁵⁷ Per tutti F. AULETTA, *Lezione di analisi economica del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 633 ss.

⁵⁸ Cfr. ZOPPINI, *L'effettività in vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 676 ss.

⁵⁹ Si veda DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 1411 ss.

⁶⁰ Cfr. fra i molti TROCKER, *La formazione processuale del diritto europeo*, Torino, 2011, spec. 128 ss.; SIRENA e ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 359 ss.

⁶¹ Cfr. CHIOVENDA, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 99 ss.

⁶² Imprescindibile il rinvio a DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *For. it.*, 1989, V, 131; *Id.*, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano 2003, spec. 341 ss.; *Id.* *Forme e tecniche di tutela. Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, Napoli, 1989; MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 15 ss.; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1045 ss.

⁶³ Cfr., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 1 ss., ed *ivi* spec. 5; VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 666 ss.

Ebbene, la riforma sembra effettivamente porre al centro del suo ordito la somministrazione della più adeguata “quantità” di tutela, a favore di chi risulti titolare di interessi qualificati, ritenuti prevalenti nel singolo conflitto.

Così può ben leggersi l’esplicita attribuzione al giudice di poteri officiosi in tema di tutela dei minori, e non solo: a mente dell’art 473bis.2 c.p.c., il giudice potrà infatti adottare d’ufficio i provvedimenti più opportuni e altresì disporre mezzi di prova anche al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile ma nel rispetto del contraddittorio. Inoltre, a mente del comma 2 dello stesso articolo, “*con riferimento alle domande di contributo economico*” è possibile disporre l’integrazione della documentazione già depositata, nonché ordini di esibizione e indagini sui redditi.

Nella medesima prospettiva, seppur con le diverse sfumature legate al carattere temporaneo ed urgente delle misure in questione, ci pare debba intendersi l’ordinanza con cui il giudice emette i provvedimenti ex art 473 bis.22, comma 1; e, ancora, la formulazione del piano genitoriale che, ex art 473bis.50 e tenendo conto dei *piani* già allegati dalle parti con ricorso e comparsa di risposta, sempre al giudice è consentito di adottare allorché, in sede di separazione e divorzio, debba provvedere nei sensi dell’art 473 bis.22⁶⁴.

Nel segno della somministrazione del rimedio più adeguato al bisogno espresso può d’altra parte leggersi il corpo di disposizioni dedicate all’ascolto del minore, che idealmente si dipana dall’art 473 bis.4 c.p.c. e si articola nei successivi artt. 473 bis.5 e 6, nonché negli artt. 152 quater e quinquies delle disposizioni di attuazione al c.p.c. Per quanto “superflua” sia, specie alla stregua dell’art 24, comma 1 della Carta dir. UE, non può in particolare trascurarsi la forte carica programmatica consegnata alla previsione per cui *le opinioni del minore* – come recita significativamente l’inciso finale dell’art 473 bis.4, comma 1, c.p.c. – «devono essere tenute in considerazione avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità»⁶⁵.

Difficile, infine, non legare alla prospettiva della più congrua *misura della tutela* i diversi dispositivi che presidiano l’attuazione dei *dicta* resi⁶⁶.

Significativo è intanto il fatto che, ai sensi dell’art 473 bis.36, comma 1, i provvedimenti, anche temporanei, in materia di contributo economico *della prole o delle parti* siano immediatamente esecutivi e costituiscano titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale; e, ancora, che il giudice possa “imporre all’obbligato di prestare idonea garanzia reale o personale”⁶⁷ (art 473 bis -36, comma 2).

In posizione di preminenza si colloca, tuttavia, il riordino che il nuovo art 473 bis.39 ha dato a quanto già oggetto dell’art 709 ter c.p.c.; è stata infatti resa adesso esplicita l’attingibilità alla tecnica coercitiva indiretta di cui all’art 614 bis c.p.c. – peraltro potenzialmente in concorso con la misura risarcitoria *in favore dell’altro genitore o, anche d’ufficio, del minore* (comma 2)⁶⁸ – per il caso di gravi inadempienze che arrechino pre-

⁶⁴ Cfr. F. TOMMASEO, *Nuove regole per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam e dir.* 2023, 288 ss. ma spec. 291.

⁶⁵ Vedi DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 1451; CARRATTA, *Rito unico per le controversie in materia di famiglia*, cit., 1237.

⁶⁶ Cfr. per tutti CARRATTA, *op. cit.*, 1243 ss.; CARAPEZZA, *Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614 bis e 709 ter c.p.c. nella riforma del processo della famiglia*, in *Dir. fam e pers.*, 2022, 634 e ss.

⁶⁷ Cfr. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, 1415 ss.

⁶⁸ In argomento si vedano, tra i molti contributi, C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, VI ed., 2017, Milano 2017, spec. 241 ss.; SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*,

giudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento della modalità di affidamento o l'esercizio della responsabilità genitoriale⁶⁹.

Non è tutto, però. Come anticipato, il nuovo rito dedicato alle relazioni familiari valorizza la prospettiva dell'effettività *nel* processo. Lo fa prevedendo, in più "luoghi", che il giudice possa adottare provvedimenti "temporanei ed urgenti", sebbene preferibile forse sarebbe stato discorrere di provvedimenti *provvisori* d'urgenza, così da non alimentare improprie commistioni con misure cautelari, le quali non all'effettività endoprocessuale pertengono, quanto all'effettività *del* processo⁷⁰.

Alla promozione della effettività endoprocessuale possono ascriversi gli artt. 473 bis.15 e 473 bis.22, così come le disposizioni dettate in tema di violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt 473 bis.42, comma 5 e soprattutto 473 bis.69 e 70 c.p.c.)⁷¹, di cui si dirà meglio nel prosieguo. Per essi, secondo le indicazioni già ricavabili dalla dottrina, è infatti dato rintracciare il dispiegarsi di «una forma minore del potere di decisione ultimo», che consente allo stesso giudice investito della formazione della resgiudicata di «prescrivere alle parti una regola cogente del rapporto in corso di amministrazione del conflitto giudiziale»; un potere appunto diverso, per presupposti e fini, da quello che si sostanzia nell'intervento cautelare e «comunque privo della possibilità di ogni stabilizzazione o anche soltanto di una qualche gittata ulteriore alla litispendenza»⁷².

L'effettività endoprocessuale evoca, d'altra parte, anche l'efficienza, sebbene vada subito chiarito che tra le due direttrici si dà rapporto sì complementare ma non certo di identità⁷³, semmai potenzialmente antagonistico.

Il riferimento all'efficienza deve così intendersi legato piuttosto alla ricerca dell'ottimale commisurazione dei mezzi ai fini, della risorsa scarsa "giustizia" al conseguimento – attraverso e durante il processo – di *tutto quello e proprio quello* cui l'interesse rilevante emerso legittimamente può ambire. E allora, però, vero essendo, dall'angolazione in esame, che la qualità della regola precede la (pur necessaria) qualità degli aspetti organizzativi⁷⁴, ecco che l'unificazione del rito e la prevista creazione di un organo specializzato si lasciano apprezzare quali fattori non solo di semplificazione⁷⁵ ma appunto di maggiore congruità possibile del *mezzo* al fine, innanzitutto in punto di allineamento del diritto – processuale – al fatto; basti dire del resto che, mentre è profondamente cambiato, negli ultimi decenni, il diritto di famiglia sostanziale, pressoché immutato è invece rimasto quello processuale, ancorato alle linee di fondo del codice di procedura del 1940, fatti salvi sporadici interventi di più urgente "adattamento"⁷⁶.

in *Fam e dir.*, 2017, 289 ss.; DANOVÌ, *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 293 ss. ma spec. 318 ss.

⁶⁹ Cfr. CARAPEZZA FIGLIA, *op. cit.*, 637 ss. Si veda inoltre la *Relazione sulle novità normative della Riforma "Cartabia". Diritto e Procedura civile*, a cura dall'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, 2023 ed *ivi* la Sezione II dedicata al Diritto di Famiglia e dei minori, a cura di F. Agnino e V. Amirante, 322 ss.

⁷⁰ Cfr. F. AULETTA, *L'effettività nel processo*, *cit.*, 45. Cfr. altresì la *Relazione sulle novità normative della Riforma "Cartabia". Diritto e Procedura civile*, *cit.*, 308 ss.

⁷¹ Cfr. comunque CARRATTA, *Rito unico per le controversie in materia di famiglia*, *cit.*, 1232 ss.; TOMMASEO, *Verso la riforma della giustizia familiare e minorile*, *cit.*, 656, nonché 659-660.

⁷² Cfr. F. AULETTA, *op. cit.*, 47, cui si riferisce il virgolettato.

⁷³ Cfr. per tutti I. PAGNI, *op. cit.*, 401, nonché ancora F. AULETTA, *op. ult. cit.*, 51.

⁷⁴ Così F. AULETTA, *Lezione di analisi economica del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 633 ss.

⁷⁵ Cfr. DANOVÌ, *Il nuovo rito*, *cit.*, 841.

⁷⁶ *Ivi*, 839-841.

Un ultimo tratteggio merita, infine, quella che si è definita come effettività in-vece del processo e con cui si allude al conseguimento dei medesimi risultati pratici cui è ordinariamente funzionale il giudizio ma a prescindere da esso e piuttosto per il tramite dell'autonomia privata⁷⁷. Per quanto possa sulle prime sembrare controintuitivo, giacché quella di riforma è legge del processo di famiglia, essa promuove la via della composizione degli interessi non mediata per via giudiziale, bensì raggiunta in forza di accordi tra le parti, specie in sede di negoziazione assistita: in questa direzione erano già chiare le indicazioni contenute appunto nella legge di delega, n. 206/2021 (art. 1, comma 35) e si devono oggi leggere gli artt. 9 comma 1, lett. i) e 29, comma 5, del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, con cui sono state apportate modifiche all'art 6 della 10 novembre 2014, n. 162.

D'altronde, per restare comunque alla trama degli artt. 473 bis e ss. c.p.c., basterà riferirsi all'art 473 bis³⁷ per avvedersi del risalto assegnato alle determinazioni, appunto convenzionali, assunte prima e a prescindere dal processo⁷⁸. E nella medesima prospettiva di valorizzazione dell'autonomia negoziale delle parti può apprezzarsi l'indicazione di favore verso il ricorso alla mediazione familiare, ai fini della composizione della crisi già conclamata: ai sensi dell'art 473 bis.10, infatti, *il giudice può in ogni momento informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare e invitarle a rivolgersi a un mediatore*⁷⁹.

5. *Il prisma dell'effettività e il nuovo regime degli ordini di protezione contro gli abusi familiari: la caratura normativa del rimedio*

Quanto è parso di poter cogliere ad una lettura pur sommaria della riforma del processo di famiglia nel suo insieme, riteniamo trovi conferma, in sedicesimo, guardando al nuovo regime degli ordini di protezione contro la violenza familiare, oggi ridisegnato lungo gli articoli 473 bis 69-71 c.p.c., che compongono l'ultima delle sette sezioni in cui si articola il Capo III (Disposizioni speciali) del novello Titolo IV bis del Libro II del codice di rito, dedicato appunto al procedimento in materia di *persone, minori e famiglie*.

Va detto intanto che il legislatore ha operato una duplice scelta di concentrazione della materia all'interno delle disposizioni citate, l'una però esplicita, l'altra implicita.

La scelta esplicita attiene al profilo processuale, che rintracciava infatti la propria cornice nell'art 736 bis c.p.c.⁸⁰ e che è oggi allogato nell'art 473 bis.71 del codice di rito civile.

Si è trattato certo di una necessità dettata dall'esigenza di riconduzione anche di questo segmento del "processo di famiglia" entro la nuova cornice unitaria di cui si è detto; e ciò, nonostante il permanere di tratti di specialità, consistenti nell'essere rito monocratico deformalizzato, attivabile vuoi a partire da ricorso in pendenza di giudizio di merito, vuoi *ante causam*⁸¹. L'opzione "topografica" di concentrazione è inoltre da

⁷⁷ Così ZOPPINI, *op. cit.*, 679.

⁷⁸ Ampia disamina in SPADAFORA, *op. cit.*, 181 ss.

⁷⁹ Cfr. TOMMASEO, *Verso la riforma della giustizia familiare e minorile*, cit., 655; ID., *Nuove regole per I giudizi di separazione e divorzio*, cit., 292.

⁸⁰ V., fra gli altri, F. AULETTA, *Lazione civile contro la violenza delle relazioni familiari*, (art 736 bis c.p.c.), in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1045 ss.; BASILICO, *Profili processuali degli ordini di protezione familiare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1116 ss.

⁸¹ Cfr. già F. AULETTA, *op. e loc. ult. cit.*; D'ALESSANDRO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 232 ss. Nel senso dell'accostamento alle misure cautelari cfr. già CASS., 15 gennaio 2007, n. 625; *Relazione sulle novità normative della Riforma "Cartabia"*. *Diritto e Procedura civile*, cit., 331 ss.

salutare come opportuna, giacché consente un più diretto raccordo con le previsioni generali in tema di violenza domestica e di genere, che si trovano ora disciplinate agli artt. 473bis.40 e ss. c.p.c.

Giova infatti subito precisare che il raccordo tra i due segmenti normativi, quello dedicato alle violenze domestiche o di genere, da una parte, e quello dedicato agli ordini di protezione, lo si apprezzi o meno in punto di generica co-appartenenza alla medesima ampia cornice della *violenza familiare*⁸², si fa di certo preciso e circostanziato in ciò, che l'art 473 bis.46, comma 1, c.p.c. operando un richiamo espresso, consente che il giudice, *quando all'esito dell'istruzione, anche sommaria* ravvisi la fondatezza delle allegazioni, adottati i provvedimenti più idonei a tutelare vittima e minore, compresi quelli (ordini di protezione, appunto) disciplinati dall'art 473 bis 70.

La somministrazione dell'ordine di protezione si dà, per questa via, in guisa di possibile provvedimento provvisorio, adottabile nelle more del processo a cognizione piena, il che, peraltro, invero ai nostri fini una ennesima "traccia" di intervento promozionale della effettività *nel* processo.

Implicita è invece la scelta di sostanziale abrogazione tacita⁸³ degli artt. 342 bis e ter c.c., i cui contenuti sono infatti sì riversati nel corpo, rispettivamente, degli artt. 473 bis.69 e 70 c.p.c., ma anche modificati secondo tratti solo in apparenza marginali: gli ordini divengono ora adottabili pure dopo che sia cessata la coabitazione (art 473 bis 69, comma 1, ult. periodo) e la loro durata, pur rimanendo non superiore all'anno, può essere prorogata per gravi motivi, non solo ad istanza di parte, come era, bensì anche del pubblico ministero, in presenza di minori (art 473 bis 70, comma 3)⁸⁴.

Riprendendo considerazioni già svolte in altra sede⁸⁵, va intanto ribadito che il rimedio degli ordini di protezione, nel porre enfasi sul pregiudizio arrecato alla vittima dalla condotta imputabile *al coniuge o all'altro convivente* – non predeterminata ex ante, né necessariamente connotata da specifico disvalore – consente di scorgere un netto primato della persona. Quante volte, infatti, ne sia stata gravemente pregiudicata la integrità fisica o morale ovvero ancora la libertà, ecco che la somministrazione degli ordini di protezione si dà come incondizionata rispetto a ogni possibile temperamento, legato alle diverse istanze riconducibili al consorzio in sé e alle ragioni della sua unità.

Torneremo sulle implicazioni che ciò consente di trarre in punto di principi ordinanti delle relazioni familiari. Mette intanto conto osservare che, allora, se di bilanciamento è dato qui parlare, esso va apprezzato principalmente in relazione alla *quantità della tutela* somministrabile, nel segno cioè della maggiore adeguatezza della misura prescelta, che è rimesso infatti al giudice di modulare rispetto alle specificità del caso. In questa chiave si danno, peraltro, contenuti "necessari" ed "eventuali"⁸⁶ degli ordini adottabili, la stessa esecuzione del provvedimento reso sembra rispondere al modello "deformalizzato" della c.d. esecuzione breve⁸⁷ e, ancora, l'orizzonte temporale massimo

⁸² In questo senso FOTI, *Gli ordini di protezione tra sostanza e processo. La violenza familiare nella riforma Cartabia: il disvelamento della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2022, 585 ss. ma spec. 602 ss.

⁸³ Così DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 1459.

⁸⁴ Cfr. ancora *ivi*, 1460. Sia consentito rinviare a CAMILLERI, *Ordini di protezione contro gli abusi familiari, bilanciamento degli interessi e primato della Persona*, in *Giust. civ.*, 2022, 157 ss. ed *ivi* spec. 174.

⁸⁵ Cfr. RENDA, *Abusi familiari e ordini di protezione*, in *Enc. del dir., I tematici, IV, Famiglia*, Milano, 2022, 1 ss.; RICCIO - GIANNONE CODIGLIONE, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2019, 61 ss.

⁸⁶ Cfr. BIANCA, *Diritto civile, 2.1. La famiglia*, VI, cit., 573.

⁸⁷ Cfr. VULLO, *L'esecuzione degli ordini civili di protezione contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 129 ss., spec. 141 ss.

di validità della misura (un anno), nonché le ragioni (*gravi motivi*) di possibile circostanziata sua proroga (per il *tempo strettamente necessario*) rimarcano appunto la prospettiva dell'adeguatezza della risposta giudiziale al bisogno di tutela emerso.

Fin qui però si è ancora ai connotati per così dire classici del rimedio, per quanto ribaditi dalla novella al codice di rito. Altri aspetti si segnalano invece in punto di novità del regime e da essi è possibile trarre interessanti spunti ricostruttivi.

Alla stregua delle disposizioni del codice civile che ne hanno sagomato il profilo originario (artt. 342 bis e ter c.c.), gli ordini di protezione hanno da subito esibito un connotato strutturale stabile, riassumibile nella coppia fattispecie “aperta” – effetti. Tanto quello del “grave pregiudizio alla integrità fisica o morale, ovvero alla libertà” del coniuge o convivente, quanto quello riferito alla “condotta” integrante abuso familiare, sono infatti sintagmi indeterminati cui è però possibile dare contenuto lungo una ben precisa linea di continuità interpretativa, specie giurisprudenziale⁸⁸.

Così, l'adesione del *rimedio* (degli ordini) alla fattispecie descritta si è mantenuta entro un solco classico, che ha visto l'uno attestarsi in continuità rispetto all'altra e recepirne la selezione degli interessi operata⁸⁹; e ciò, quantunque non siano mancate sollecitazioni, di dottrina e giurisprudenza, orientate a far leva sul riferimento alla convivenza non coniugale – e dunque alla maggiore lassità qualificativa di rapporti che vi si accompagna – per estendere (del rimedio, appunto) il perimetro soggettivo di applicazione. Basti dire, complice già l'art 5 della legge 154 del 2001 e successivamente il richiamo diretto agli ordini di protezione contenuto nell'art. 1, comma 14, della legge 20 maggio 2016, n. 76, della condivisibile opinione secondo cui il rimedio in questione sarebbe (stato) attingibile anche per le altre relazioni affettive non matrimoniali⁹⁰, incluse le convivenze disciplinate dai commi 36 ss. dell'art. 1 della legge n. 76, seppur mancante un rinvio espresso all'art. 342-bis c.c. come quello che si dà invece per le unioni civili⁹¹.

Ebbene, questo modello di raccordo fattispecie-rimedio, all'esito del travaso della disciplina sugli ordini di protezione dal codice civile al codice di rito (artt. 473 bis. 69 e ss.), fa mostra oggi di una vistosa linea di faglia, che schiude la strada ad una pur limitata dimensione normativa del rimedio medesimo⁹².

L'inciso di chiusura del comma 1 dell'art 473 bis. 69 c.p.c., a tenore del quale i provvedimenti di cui al successivo art 473 bis. 70 *possono essere adottati, ricorrendone i presupposti, anche quando la convivenza è cessata*, fatalmente apre la via di accesso alla tutela anche a rapporti connotati dal prevalere della sostanza dell'*affectio* familiare sui indici precisi di riconoscibilità giuridica, a partire dunque dalle convivenze *more uxorio* non riscontrabili in sede di anagrafe; rapporti che permangono cioè in una dimensione esclusivamente fattuale e che si strutturano secondo linee tracciate dagli stessi protagonisti, benché connotati da tratti di pregnanza e non occasionalità.

Con ciò però si finisce con il demandare al giudice la verifica, nel caso concreto, del ricorrere di interessi giuridicamente rilevanti eventualmente *altri* da quelli direttamente

⁸⁸ Ci si riporta, ancora una volta, alla schematizzazione proposta da LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 24 ss. Si veda, altresì, VERDE, *L'effettività della tutela giudiziaria*, cit., 673.

⁸⁹ Cfr. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, 341 ss.; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, cit., 151.

⁹⁰ Cfr. ad es. TRIB. RIETI, 6 marzo 2006, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 606.

⁹¹ Si veda, per tutti, RENDA, *Abusi familiari e ordini di protezione*, cit., 4 ss. Sul tema delle convivenze di fatto in seno alla legge 76/2016, cfr. BALESTRA *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam e dir.*, 2016, 919 ss.

⁹² Su cui, per tutti, MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, cit., ed *ivi* spec. 22 e ss.

formalizzati dalla norma di fattispecie (art 473 bis.69 c.p.c.) e al rimedio stesso finisce con il doversi ascrivere una quota di normatività.

Non beninteso che possa dirsi avallata un'operazione di incontrollata creatività giudiziale, giacché saranno ancora una volta i principi ordinamentali già richiamati nelle pagine precedenti a guidare l'apprezzamento giudiziale del bisogno (di tutela) emerso. E neppure, da altra angolazione, assumersi ribaltati gli esiti cui persuasivamente si è pervenuti in letteratura circa un raccordo “regola-rimedio” che all'una assegni primato sull'altro (dunque pur sempre *ubi ius ibi remedium* e non l'inverso)⁹³.

Non si tratta, infatti, di predicare un abbandono della fattispecie bensì semmai di mettere in esponente il ricorrere di elementi che ne vedano completarsi il disegno tra le pieghe del rimedio. Il rimedio resta un'ombra che segue la fattispecie ma, in certa misura ed entro certi limiti, può trattarsi di un'ombra che la fattispecie stessa completa; in altri termini, non più solo ombra prodotta *dalla* fattispecie, bensì *a partire* da essa.

Da tale ultimo punto di vista vale anzi la pena di rilevare come una simile pur limitata cifra “normativa” del rimedio si apprezzi anche alla stregua delle conseguenze patrimoniali cui l'adozione dell'ordine di protezione può mettere capo, ex art 473 bis.70. Per poco, infatti, che gli ordini si reputino attingibili anche a partire da relazioni familiari “non qualificate”, si perviene indirettamente ad associare a queste ultime, seppur temporaneamente, tratti (es. obblighi di mantenimento) della disciplina che non hanno o che comunque non appartiene loro⁹⁴, giacché viceversa propria della sola crisi del rapporto coniugale, della unione civile o delle convivenze di fatto risultanti da dichiarazione anagrafica ex art 1, comma 37, legge 76/2016, in tale ultima ipotesi peraltro in guisa di misura alimentare⁹⁵.

6. *Un nuovo orizzonte di senso?*

Sull'abbrivio delle considerazioni svolte in relazione agli ordini di protezione è possibile riguadagnare una visuale d'insieme e provare a riprendere il filo della riflessione iniziale sul telaio di principi ordinanti in tema relazioni familiari.

Riteniamo infatti che la lettura della riforma del rito di famiglia attraverso il prisma dell'effettività consenta di fissare dei punti – adeguatezza e quantità della tutela somministrabile *attraverso il e nel* processo; congruità dei mezzi processuali rispetto al fine della miglior risposta al bisogno ecc. – congiungendo i quali si traccia una direttrice che sta in rapporto con la parabola evolutiva delle relazioni familiari e con il suo fuoco, costituito oggi dal primato della persona e degli interessi che vi fanno capo.

Vero è, come opportunamente ricordato, che diritti/interessi non evocano di per sé sostanza ma indicano procedimenti⁹⁶ e che pertanto “la strategia” che su di essi e la loro attuazione faccia affidamento necessita della precisazione circa il “progetto sociale” che vi è sotteso⁹⁷; e vero è del pari che la postura “rimediale” che viene così ad assumere la regolazione giuridica delle relazioni familiari produce l'esternalità negativa di una sorta

⁹³ Cfr. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, 703 ss., ma spec. 739.

⁹⁴ Indicazioni convergenti già in RENDA, *op. cit.*, 9.

⁹⁵ Cfr. PARADISO, *Regolamento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, nel *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna, 2020, sub art. 1, commi 36-37, 479 ss.

⁹⁶ Lo ricorda BILOTTI, *Un nuovo diritto di famiglia*, cit., 1041, richiamando anche la pagina di BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, 167.

⁹⁷ Cfr. BILOTTI, *op. cit.*, 1042.

di *overshooting* processuale, specie in relazione a dispositivi, quali quello degli artt. 473 bis.40 e ss. o 473 bis.69 e ss. c.p.c., che non consentano selezione “all’ingresso” delle allegazioni di parte ricorrente, le quali solo successivamente – e a rito attivato, appunto – possono ben rivelarsi inconsistenti o insufficienti.

Senonché, ci pare intanto che quella diversa progettualità sociale possa, nella materia familiare, ricostruirsi in ciò, che al congedo dal modello costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio e sulla procreazione naturale ha fatto seguito la valorizzazione della *Grundnorm* personalista⁹⁸. E ancora che, in questa chiave, l’apprezzamento di bisogni e istanze individuali cui dare risposta – anche di tutela – debba sì passare per bilanciamento degli interessi e ragionevolezza, ma da declinare in chiave di autodeterminazione individuale e autoresponsabilità⁹⁹, prima e più che di solidarietà e istanze di unità che vi si riannodano¹⁰⁰.

Quanto, invece, al rischio di una estesa attivazione del rito, si tratta del prezzo necessario di un trade off con il conseguimento della miglior risposta al bisogno di tutela.

È in ciò che l’intreccio delle plurime traiettorie evolutive cui si è fatto cenno e che originano dai diversi formanti ci pare possa affrancarsi dalla immagine caotica che pure sulle prime restituisce e ricomporsi invece in guisa di unitario, coerente disegno¹⁰¹.

Non beninteso quello che raffiguri forme ordinate, chiuse nel numero e definite negli assetti disciplinari, bensì quello che dia piuttosto risalto al tratto comune delle molte forme possibili.

Di là dall’abdicare alla conseguibilità di un *ordine* nelle relazioni familiari, si tratta piuttosto di promuoverne l’*ordine possibile* in una società pluralista, ossia quello risultante dall’intersezione di fondamentali direttrici del sistema multilivello delle fonti: i principi generali scaturenti dagli artt. 2 e 3 della Carta Costituzionale, il diritto a “costituire una famiglia” (art. 9 Carta dir. UE) nonché al “rispetto della vita privata e familiare” (art. 8 Conv. eur. dir. uomo)¹⁰².

Per questa via, peraltro, finiscono con l’essere ripristinate – quando mai realmente smarrite – le condizioni di senso per intendere pur sempre unica la nozione di famiglia, indipendentemente dalle forme in cui si manifesti: una comunità di amore e affetti¹⁰³, di cui non altri che i singoli protagonisti decidano estensione, capillarità e intensità dei nessi.

⁹⁸ È, dunque, a nostro avviso di “sostituzione” il nesso tra i due paradigmi di cui al testo, su cui si interroga BILOTTI, *op e loc. ult. cit.*

⁹⁹ Cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2018, *passim* ma spec. 95 ss. Sul ruolo dell’autoresponsabilità cfr. ancora ZATTI, *Famiglia, familiae*, cit., 347.

¹⁰⁰ Si veda T. AULETTA, *Nuovi assetti della solidarietà nei rapporti di coppia*, in *Juscivile*, 5/2021, 1300 ss.

¹⁰¹ Cfr. BILOTTI, *Un nuovo diritto di famiglia*, cit., 1042.

¹⁰² Cfr. HOLOCH, *La protezione della vita familiare nella CEDU e nella Carta dell’UE*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 95 ss.

¹⁰³ Così S. PATTI, *La famiglia: dall’isola all’arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 507 ss. ma spec. 518; cfr. altresì BUSNELLI, *Conclusioni. Per un’ermeneutica della famiglia “moderna”: l’idea del “rammendo”*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 162.