GIUSTIZIA INSIEME

Diritto dell"emergenza Covid-19 e recovery fund

Due giuristi per via: alla ricerca del "congiunto" perduto

di Vincenzo VitaleGiuseppe Maggio

26 settembre 2020

Due giuristi per via: alla ricerca del "congiunto" perduto. Scorribande per un'interpretazione giuridica semiseria

di *Vincenzo Vitale e Giuseppe Maggio*

"Lui: Morirei per te" Lei: Dimostralo" Anonimo

Sommario: 1. Premessa – 2. Nuove norme da interpretare – 3. Perimetrazione del concetto – 4. Quesiti sulla sussistenza del *fidanzamento* – 5. Un caso particolare: l'unilateralità del presunto fidanzamento – 6. Quesiti sulla stabilità del *fidanzamento* – 7. L'amico, il congiunto escluso – 8. La birichinata del Governo: tira in ballo la Cassazione! – 9. Epilogo.

1. Premessa

Sovvertendo una consistente e tralatizia abitudine propria dei giuristi, quella cioè di scrivere saggi, articoli o semplici note che siano intestate a un singolo autore, abbiamo, invece, qui ritenuto di approntare la presente riflessione a quattro mani per una ragione di fondo.

Ci si trova, infatti, di fronte a una serie di problemi – come a breve sarà dimostrato – talmente nuovi e inusuali nell'ambito della interpretazione giuridica, che pare opportuno riunire le forze,

non sembrando possibile che un singolo autore, da solo, possa opportunamente scandagliare, in modo adeguato e radicale, i quesiti in punto di diritto suscitati dalle nuove norme in tema di misure restrittive anti Covid-19.

Diciamo subito che le righe che seguono sono destinate a interpretare e perciò ad offrire, non solo alla platea dei giuristi, ma anche a quella più ampia dei semplici fruitori, una prima – e si spera persuasiva – interpretazione di recenti testi normativi consacrati in Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che verranno immediatamente qui indicati.

2. Nuove norme da interpretare

Come sarà ormai noto ai più, la così definita “fase 2” del periodo di emergenza sanitaria è stata inaugurata dall’emanazione del nuovo DPCM 26 aprile 2020, pubblicato in Gazzetta Ufficiale nel giorno successivo.

Il compito di definire gli spostamenti vietati e quelli consentiti viene demandato all’art. 1 del testo normativo. Orbene, la lett. a) della citata norma, indica una serie di ipotesi *tassative* che possano giustificare gli spostamenti, fra le quali le visite ai ***“congiunti”*****:** è esattamente all’ermeneutica di questo termine che sono dedicate le pagine che seguono.

Art. 1, comma 1 lett. a) DPCM 26 aprile 2020 (GU n.108 del 27-4-2020*)* : *“Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sull'intero territorio nazionale si applicano le seguenti misure:*

a) sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e ***si considerano necessari gli spostamenti per incontrare congiunti*** *purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie; in ogni caso, e' fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in una regione diversa rispetto a quella in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; e' in ogni caso consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza;”*

Non è mancato chi ha fatto immediatamente rilevare l’insufficiente determinatezza del lessico utilizzato dal Governo, tanto da rendere necessaria una prima risposta da parte di Palazzo Chigi. Sul sito web del Ministero, nella sezione dedicata alle FAQ (acronimo di lingua inglese equivalente a ‘domande frequenti’), si tenta un chiarimento, definendo i fantomatici “congiunti”

come di seguito riportato.

"Chi sono i congiunti con cui è consentito incontrarsi, secondo l'articolo 1, comma 1, lettera a), del Dpcm del 26 aprile 2020? *L'ambito cui può riferirsi la dizione "congiunti" può indirettamente ricavarsi, sistematicamente, dalle norme sulla parentela e affinità, nonché dalla giurisprudenza in tema di responsabilità civile. Alla luce di questi riferimenti, deve ritenersi che i* ***"congiunti"*** *cui fa riferimento il DPCM ricomprendano:* ***i coniugi, i partner conviventi, i partner delle unioni civili, le persone che sono legate da uno stabile legame affettivo, nonché i parenti fino al sesto grado (come, per esempio, i figli dei cugini tra loro) e gli affini fino al quarto grado (come, per esempio, i cugini del coniuge)."***

Ebbene, pare che si tratti di uno di quei casi in cui si risponde ad un quesito ponendone un secondo. Ciò in quanto, al fine di meglio comprendere il significato di un unico termine di dubbia interpretazione, si chiede al cittadino, destinatario finale della norma, di interpretarne altri. Per poter giungere alla piena intelligenza della categoria dei congiunti, infatti, il cittadino dovrà interrogarsi sul significato di "*legame affettivo*" e di "*stabile legame affettivo*", concetto certamente ricomprendibile nel primo, ma non a questo sovrapponibile, richiedendo il *quid pluris* della stabilità.

Meno di una settimana dopo la pubblicazione del DPCM in esame, il **Ministero dell'Interno** emana una **Circolare** interpretativa **n.0029415 del 02.05.2020**, allo scopo di superare i dubbi applicativi concernenti il termine "*congiunti*", che cosi recita:

"Spostamenti": *L'art. 1, comma 1, lett.a) consente, in via generale e ora in ambito regionale, gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute.*

In tale ambito il provvedimento innova la precedente normativa prevedendo espressamente che si considerano necessari, e come tali giustificati, gli spostamenti per incontrare congiunti purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie.

Con riguardo al termine ***"congiunti", si evidenzia che l'ambito cui si riferisce tale espressione può ricavarsi in modo sistematico dal quadro normativo e giurisprudenziale.***

Alla luce di tali riferimenti, deve ritenersi che la definizione ricomprenda i coniugi, i rapporti di parentela, affinità e di unione civile, nonché le relazioni connotate **'da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti (Corte di Cassazione, Sez. IV, Sent. 10 novembre 2014, n. 46351.)'**.

Proprio i ripetuti interventi volti a chiarificare la portata semantica del termine ***“congiunti”*** esigono che l’attenzione del giurista sia dedicata a questo sforzo.

3. Perimetrazione del concetto

In questa sede dobbiamo, infatti, accingerci ad una necessaria, ma rischiosa, opera di perimetrazione concettuale, che aiuti a identificare il significato giuridico da attribuire a questo termine.

Si tratta di un’operazione rischiosa perché, da bravi epigoni di Lucio Giavoleno Prisco, ben sappiamo che “*in iure civili omnis definitio periculosa est*”**[1]**, per cui siamo consapevoli di addentrarci in una sorta di “terreno minato”. Tuttavia, il compito del giurista è proprio questo e perciò dobbiamo correre questo rischio.

Cerchiamo, dunque, di capire, con la massima precisione possibile quale sia il significato giuridico da attribuire al termine ***congiunto***, soprattutto perché visitare un ***congiunto*** viene considerato dalla norma uno dei casi “di necessità” in virtù dei quali è possibile lasciare la propria dimora, fatto di per se eccezionale in epoca di piena pandemia.

Dal punto di vista etimologico, il termine congiunto indica elementi “uniti”, “a contatto”, addirittura “legati da vincoli di parentela o amicizia”***[2]*****.**

Questa etimologia, mette subito in difficoltà l’interprete perché, anche se evidenzia la specificità dei congiunti, sotto il profilo dell’esistenza di un vincolo, di una unione, accosta questi ultimi elementi addirittura alla parentela o all’amicizia, che invece devono essere tenuti diversificati dal vincolo di semplice congiunzione.

Siamo in presenza di quello che da punto di vista linguistico, e perciò anche concettuale, possiamo definire un caso di “affollamento semantico”, dal quale però bisogna cercare di liberarsi, allo scopo di comprendere meglio il senso del termine.

Importante in tale direzione può essere sicuramente ciò che viene specificato nella sezione FAQ del sito del Governo, dove si dice che congiunti sono anche i parenti fino al sesto grado e affini fino al quarto grado, aggiungendo che tali sono anche **“**i coniugi**,** *i partner conviventi, i partner delle unioni civili, le persone che sono legate da uno stabile legame affettivo”.*

Tralasciando per ovvi motivi il coniuge, dobbiamo riconoscere che è una fortuna che il Governo ci abbia prestato una mano d’aiuto, perché ci fornisce una preziosa indicazione che apre un

nuovo orizzonte finora ignoto per il giurista e che invece siamo chiamati a esplorare.

Ci si riferisce per un verso, ai partner conviventi e ai partner delle unioni civili: ma qui non c’è molto da dire, per il semplice motivo che le unioni civili risultano giuridicamente codificate e quindi si avvalgono di un’architettura formale facilmente riconoscibile, che viene in qualche modo assimilata all’unione matrimoniale; la convivenza, invece, pur non essendo formalmente registrabile dall’ordinamento giuridico, rappresenta comunque un dato di fatto, percepibile dal mondo esterno e possibile da attestare attraverso elementi oggettivi (residenza, dimora abituale, ecc.) o dichiarazioni testimoniali.

Il vero interesse del giurista, invece, nasce a proposito del riferimento allo *stabile legame affettivo* : *hic Rhodus, hic salta!*

L’operazione ermeneutica non può, peraltro, evitare di considerare anche l’aspetto pratico del problema legato ai controlli, che le Forze dell’Ordine sono state incaricate di effettuare a carico di chi si allontani dalla propria dimora, anche dal punto di vista della verifica della giustificazione fornita per legittimare lo spostamento.

Orbene, il primo elemento che si richiede è il *legame affettivo*; il secondo elemento è che tale legame sia *stabile*.

Cosa può intendersi per *legame affettivo*?

Il giurista non lo sa e, cosa più interessante, non è tenuto a saperlo; o meglio, lo sa come qualunque altra persona al mondo, ma non come giurista.

Non a caso, saggiamente, tutte le norme che sono dettate dalla legge in tema di matrimonio e di famiglia non una sola volta utilizzano il termine “affetto” o “amore”: si fa riferimento alla coabitazione, alla reciproca assistenza, all’educazione dei figli ecc. ecc., mai alla dimensione affettiva che, presupposta nella vita comune, non viene considerata dal giurista.

Infatti, come a tutti è noto, i sentimenti non sono “giuridificabili”, nel senso che non possono essere in nessun caso oggetto di rilevazione giuridica nelle forme canoniche del diritto: basti pensare alla lezione di Jürgen Habermas, quando appunto denunciava quanto fosse pericolosa ciò che lui definiva la “*colonizzazione dei mondi vitali*”**[3]**.

Ciò nonostante, il nostro scanzonato legislatore ha dimenticato questa veneranda lezione filosofica e giuridica e induce, quindi, i giuristi a esercitarsi su un terreno sconosciuto, quello appunto della *stabilità affettiva,* che sarebbe lo specifico dei congiunti.

A questo punto, conviene forse, proprio a causa della difficoltà nella concettualizzazione del termine, procedere attraverso una trattazione che sia sufficientemente esemplare.

Certamente, ci rendiamo conto dei limiti della nostra ricerca, in quanto non neghiamo di sentirci in questo momento come gli esploratori di un nuovo mondo e perciò chiediamo venia in anticipo per ogni inesattezza o approssimazione che probabilmente sarà inevitabile.

4. Quesiti sulla sussistenza del fidanzamento

Il luogo elettivo in cui si manifesta un’affettività non codificata è quello del *fidanzamento*, termine oggi forse desueto, ma di veneranda tradizione, anche perché esso si basa su una parola antica ma di inestinguibile bellezza: *fidanza*[4].

Con questo termine, si voleva indicare appunto un legame affettivo talmente serio e fondato da produrre una sorta di affidamento nelle mani dell’altro, come infatti accadeva – e accade – nel caso del *fidanzamento*, che altro appunto non significa se non il reciproco affidarsi l’un l’altro dei fidanzati.

Ecco dunque delinearsi un primo campo d’indagine, quello proprio del *fidanzamento*.

Il giurista comprende subito il problema, dal momento che, a differenza del matrimonio o delle unioni civili, il *fidanzamento* non è in alcun modo certificabile dal punto di vista giuridico. Infatti, a meno che non si cada nell’ipotesi, ormai sociologicamente quasi scomparsa, della promessa di matrimonio, di cui agli artt. 79 e segg. del Codice Civile, il *fidanzamento* rimane giuridicamente opaco, non rilevabile.

Tuttavia, va ammesso che il *fidanzamento* suppone di necessità un legame affettivo – anche se non sono da escludere i casi di fidanzamenti *per convenienza* o *combinati* al pari dei matrimoni – e suppone anche che questo legame sia in qualche modo *stabile*.

Il primo quesito riguarda, dunque, la necessità di appurare che il fidanzamento sia effettivamente supportato da un legame affettivo e non puramente strumentale.

La cinematografia americana ha offerto una soluzione a questo problema attraverso il noto film “Ricatto d’amore” del 2009 nel quale i due protagonisti, impersonati da Sandra Bullock e Ryan Reynolds, organizzano un fidanzamento, prodromico alle nozze, soltanto per lucrare la *green card,* che avrebbe permesso a Margaret (la protagonista) di permanere negli Stati Uniti: un fidanzamento perciò del tutto strumentale.

Tuttavia, il severo funzionario pubblico, a cui essi si erano rivolti per le pratiche necessarie, insospettito, mette in atto una singolare ma efficace procedura, per verificare se fra i due esistesse davvero un legame affettivo, minacciando – in caso contrario – una multa di ben 250.000 dollari.

Cosicché, sottopone ciascuno dei due *separatamente* a una serie di domande relative ai gusti, alle preferenze e alle abitudini dell’altro, allo scopo di verificare la reciproca conoscenza, considerata fondamento del legame affettivo: è noto, infatti, come ammoniva Sant’Agostino, che nessuno conosce più e meglio di chi ami**[5]**.

Non importa qui sapere come finirà il film (ovviamente bene, trattandosi di una commedia americana), ma l’espediente indicato può essere considerato uno strumento utile a disposizione delle Forze dell’Ordine, incaricate di controllare sul territorio le motivazioni giuridiche che giustificano lo spostamento dei singoli soggetti.

Immaginiamo la scena: Roma, ore 10:30 del mattino, Via del Tritone quasi deserta, un posto di blocco dei Carabinieri, lo stop intimato a un’automobile dal cui abitacolo un giovane trentenne simpatico e di sobria eleganza, interpellato dai militi, si giustifica: “*vado a far visita alla mia fidanzata*”.

A questo punto, i Carabinieri, di fronte a questa giustificazione in astratto ammissibile, allo scopo di dare un senso alla loro presenza in quel posto e alla funzione di controllo ivi esercitata, sono tenuti ad accertare che si tratti di un fidanzamento non strumentale, basato cioè su un autentico legame affettivo, il solo elemento che possa cioè legittimare lo spostamento del soggetto.

La cosa appare subito assai complicata, non solo perché si tratta di scrutare nei sentimenti delle persone, cosa alla quale i Carabinieri non sono abituati e per la quale non sono stati addestrati, ma anche perché la persona controllata non è tenuta a rivelare il nominativo della fidanzata**[6]**: come operare allora il controllo?

Il nostro Presidente del Consiglio evidentemente impegnato in affari di Stato, tutto preso dallo studio necessario per scrivere incomprensibili decreti di 500 pagine, non poteva soffermarsi su questi aspetti, tutto sommato secondari.

Meno male allora che c’è il giurista, il quale memore della tradizione dei *glossatori*, cerca di fuoriuscire dal pantano offendo una soluzione praticabile.

Si suggerisce perciò ai carabinieri – allo scopo di accertare la valenza affettiva dello sbandierato fidanzamento e nell’impossibilità di identificare la fidanzata – di chiedere al soggetto controllato

di effettuare una telefonata col proprio cellulare alla presunta fidanzata, senza svelarne i dati anagrafici, e di consentire poi al milite di parlarle al telefono. Sicché, mentre quest’ultimo proporrà all’ignota fidanzata almeno dieci quesiti circa le preferenze, i gusti, le abitudini del fidanzato, identiche domande saranno poste da un suo collega all’automobilista fermato per il controllo.

Si suggerisce qui una possibile bozza**[7]** per il breve questionario:

1) Che colore sono i capelli del/della suo/a fidanzato/a?

2) Quale il colore degli occhi?

3) Quale il colore preferito?

4) Quale la pietanza preferita?

5) Gli/le piace la “coda alla vaccinara”**[8]**?

6) Per quale squadra fa il tifo?

7) Quale il profumo preferito?

8) Quale tipo di musica preferisce?

9) In particolare quale brano?

10) Per chi vota?

La *concordanza delle risposte* – e non la semplice correttezza – sarà in grado di fornire alle Forze dell’Ordine verificatrici un *significativo indice* circa l’effettività del fidanzamento e, dunque, del legame affettivo che ne è base. In ogni caso, si apre una complessa questione che la giurisprudenza dovrà affrontare.

La questione riguarda per un verso il numero delle domande a cui si risponde concordemente e, per altro verso, il peso specifico che ciascuna domanda assume nel procedimento identificativo del *partner*: il primo aspetto riguarda la *quantità*, il secondo aspetto la *qualità* delle risposte concordanti.

A. Aspetto quantitativo: si può partire da un dato abbastanza certo, e cioè che se le concordanze siano inferiori alla metà, il fidanzamento è sostanzialmente da escludere**[9]** (a meno che non siano tutte di *significato elevato*, vedi *sub* B).

Se, invece, le concordanze fossero superiori alla metà, ma non complete, il loro valore giuridico va coordinato con il requisito che tratteremo subito dopo relativo alla qualità delle stesse.

Va da se che, in presenza di dieci concordanze, la questione non si pone più e il fidanzamento va considerato giuridicamente provato**[10]**.

B. Aspetto qualitativo: innanzitutto, distinguiamo le domande in tre gruppi: primo gruppo, domande *fisiognomiche* (nn. 1 e 2);

secondo gruppo, domande su *gusti sensibili* (nn. 4,5, e 7);

terzo gruppo, domande su *gusti spirituali/intellettuali* (nn. 3,6,8 e 9).

Si dà per scontato che se a rispondere sarà una donna, tutte le domande indicate, a prescindere dal gruppo di appartenenza, godranno del massimo peso specifico, perché è noto che le donne, essendo dotate di uno spirito di osservazione di straordinaria intensità e di una memoria elefantiaca, tutto sanno e nulla dimenticano: e perciò se una donna non sapesse rispondere anche soltanto ad una delle domande indicate, ciò significherebbe un *cripto-fidanzamento* (dalla parte della donna).

Non così per l’uomo, il quale, com’è noto, è un essere molto più semplice**[11]**.

Si diceva, dunque, che le concordanze non hanno tutte lo stesso peso: proponiamo qui una possibile graduazione, in attesa che la giurisprudenza conforti le nostre tesi.

Concordanze di *significato ridotto*: nn. 1 e 2**[12]**;

Concordanze di *significato medio*: nn. 3, 4 e 8**[13]**;

Concordanze di *significato elevato*: nn. 5, 6, 7, 9 e 10**[14]**

A questo punto, tuttavia, l’interprete deve ancora coordinare, per quanto riguarda le concordanze ottenute, il numero e la quantità.

Occorre, cioè, chiedersi se a parità di risposte concordanti, in virtù del solo significato più o meno elevato, alcune siano in grado di dimostrare giuridicamente l’esistenza del fidanzamento e altre no.

Questa è davvero la prova del nove della sensibilità giuridica dell’interprete, perché non ci sono griglie precostituite e anche perché – lo si ricordi – uno dei due soggetti che deve rispondere alle domande è sconosciuto e risponde all’agente di controllo soltanto per telefono.

Qui si può offrire solo una traccia; siamo dell’opinione che in presenza di almeno quattro concordanze di *significato elevato* si concretizzi un caso di presunzione di fidanzamento *iuris tantum*. In presenza di meno di quattro concordanze di *significato elevato*, non può parlarsi di presunzione, ma devono essere presenti o entrambe le concordanze di *significato ridotto*, oppure una di *significato medio* – a scelta – insieme ad una di *significato ridotto*.

Esemplificando: se le concordanze riguardano il tifo calcistico, le preferenze politiche e la “coda alla vaccinara”, per provare il fidanzamento sarà necessario o che ricorrano entrambe le concordanze circa il colore dei capelli e degli occhi del *partner,* oppure una fra queste accompagnata da una concordanza circa la pietanza, il colore preferito o il genere musicale prediletto.

Va da se che, per ovvie ragioni anti-discriminatorie, gli argomenti sopra sviluppati possono essere tranquillamente estesi anche nel caso di relazioni *omoaffettive*.

Ci rendiamo ovviamente conto che si tratta di operazioni interpretative nuove e complesse, che potrebbero dare adito anche a molte incertezze e perplessità, ma preghiamo i lettori di volerci accordare la loro comprensione, confidando anche nel prossimo impegno della giurisprudenza che, sia in sede di merito che di legittimità, potrà farsi carico di affrontare e risolvere con più attenzione i problemi che qui abbiamo soltanto accennato.

5. Un caso particolare: l’unilateralità del presunto fidanzamento

Poche parole vanno spese per un caso abbastanza raro, ma che tuttavia potrebbe verificarsi: quello in cui il soggetto controllato fuori dalla propria abitazione dichiari di muovere verso la propria fidanzata, ma che invece questa, telefonicamente raggiunta dall’agente di controllo – pur nella salvaguardia della sua identità che viene tenuta nascosta – dichiari inaspettatamente insussistente il *fidanzamento* con il soggetto controllato.

Intendiamo dire che essendo il *fidanzamento* un rapporto bilaterale, va escluso in modo categorico che la semplice affermazione unilaterale dello stesso possa servire a costituirlo come tale: in altre parole, il *fidanzamento* o è bilaterale, e bilateralmente dichiarato, oppure non è.

Ecco perché, va esclusa la possibilità di autocertificare l’esistenza del *fidanzamento*, a prescindere dal riscontro che possa essere fornito dall’altro soggetto in sede di verifica delle concordanze delle risposte. Poiché non si può unilateralmente certificare l’esistenza di un rapporto ontologicamente bilaterale.

6. Quesiti sulla stabilità del fidanzamento

Rimane ancora da investigare brevemente il problema della stabilità del *fidanzamento*, perché non è per nulla detto che un *fidanzamento* purchessia possa giustificare l’allontanamento dalla propria abitazione.

Infatti, è stato specificato dalla Presidenza del Consiglio che il legame affettivo – quale quello del *fidanzamento* – deve essere *stabile*.

Ora, che significa *stabile*?

Da un primo punto di vista significa sicuramente duraturo nel tempo, ma nessuno negherà che la semplice *durata* potrebbe non bastare a identificare la stabilità, essendo invece necessario il riferimento – anche in questo caso di carattere qualitativo – alla *intensità* del legame affettivo.

Una breve premessa si impone: la “rottura” del *fidanzamento* a volte va considerata *sospensione* dello stesso, a volte va invece considerata *interruzione*, nel senso propriamente giuridico dei termini. Il discrimine è dato dalla durata proporzionale del *fidanzamento* pregresso rispetto alla durata della “rottura”: di modo che, se il periodo della “rottura” è di breve durata – e comunque non superiore a tre mesi – può parlarsi di *sospensione* del *fidanzamento*; se, invece, il periodo di “rottura” è superiore ai tre mesi, il *fidanzamento* si considererà *interrotto*, e la durata valorizzabile ai fini della stabilità ricomincerà a decorrere *ex novo*, mentre il *fidanzamento* pregresso sarà *tamquam non esset*.

In generale, possono valere le seguenti brevi, e certo incomplete, osservazioni.

a) Un *fidanzamento* che duri meno di tre mesi non può essere considerato *stabile* in nessun caso **[15]**.

b) Un *fidanzamento* che duri da almeno due anni può essere considerato sicuramente stabile.

c) Un *fidanzamento* che sia durato per due anni, sia stato poi interrotto per alcuni mesi per cause varie, e poi sia ripreso, può considerarsi stabile? Se il *fidanzamento* si è interrotto solo per

qualche mese e la ripresa dura da almeno sei mesi, propendiamo a considerarlo stabile.

Se, invece, la “rottura” è durata alcuni anni, non basta che sia ripreso da sei mesi**[16]**, ma occorrerà una ripresa pari ad almeno la metà del periodo di “rottura”**[17]**.

a) Eppure, non tutte le “rotture” si equivalgono. Ci sono quelle, per dir così, *concordate*, che lasciano aperta un’occasione di ripresa possibile e a volte perfino probabile. Oppure, ci sono quelle traumatiche, dovute a vicende particolarmente impegnative, che hanno causato il brusco allontanamento dei fidanzati. Questa differenza introduce un interrogativo di carattere qualitativo, che si dovrà coordinare con quello di carattere quantitativo sopra descritto. Sarà il prudente apprezzamento del Giudice a rendere tale coordinazione materialmente praticabile **[18]**.

b) Analoghe considerazioni valgono circa le *motivazioni* della “rottura”. Anche in questo caso si introduce una differenza di matrice qualitativa in grado di influire sul criterio quantitativo. Si tratta di ulteriore interrogativo la cui soluzione dovrà essere lasciata alla sensibilità interpretativa della giurisprudenza, che dovrà valutare se e in che limiti una “rottura” causata da serie motivazioni, anche se breve, possa determinare un’interruzione del fidanzamento, minandone la stabilità *ex tunc*.

7. L’amico, il congiunto escluso

Il DPCM del 26 aprile 2020 nulla dice circa l’inserimento degli amici fra i congiunti, per far visita ai quali è consentito allontanarsi dalla propria abitazione, in deroga alle misure restrittive per il contenimento del contagio. Ciò potrebbe far intendere che la volontà normativa sarebbe nel senso di escludere gli amici dal novero delle persone presso cui potersi recare in visita. Perciò gli “amici” non sarebbero “congiunti”, in base al noto brocardo: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.*

Inoltre, il Presidente del Consiglio in persona, durante la conferenza stampa dedicata all’illustrazione del nuovo Decreto, ha esplicitamente escluso che fosse possibile organizzare incontri o feste in casa di amici, separando di netto la categoria dei congiunti da quella degli amici.

La questione pare chiusa qui, ma non lo è.

Poiché, come ben sapeva il Pretore romano – il quale ammoniva dicendo *da mihi factum, dabo tibi ius* (ribadendo cioè che il diritto trova la sua origine e il suo fondamento nei rapporti umani e

non nell’empireo volubile del potere che lo pone) – la realtà è più forte di ogni astrazione giuridica, e ci dice qualcosa di diverso, della quale il giurista non può non tener conto.

Infatti, la realtà ci dice che esistono, nella variegata tipologia delle esperienze di rapporto, accanto a relazioni pseudo-amicali, altre relazioni profondamente amichevoli, molto durature nel tempo e contrassegnate da un legale affettivo profondo e che, se pur diverso, non ha nulla da invidiare a quello proprio di un *fidanzamento* stabile**[19]**.

Uno dei due scriventi il presente testo, gode di una tale amicizia, in quanto dall’età di 6 anni all’età attuale (che è di 64) ha passato una parte significativa della vita in un felice e affettuosissimo rapporto con un compagno di classe, diventato poi collega universitario, nell’ottica di un’amicizia autentica e profonda.

Siccome si ritiene, a ragion veduta, che relazioni del genere possano ritrovarsi in numero anche rilevante, siamo di fronte a un vero e proprio problema di carattere sociale, mascherato da problema giuridico, il quale però, come vedremo, è uno pseudo-problema.

Orbene, vero è che la norma nulla dice in merito agli amici, neanche nell’interpretazione “autentica” data con la circolare del ministero sopra ricordata, ma a ben vedere, ciò sembrerebbe non poter determinare l’esclusione degli amici dai congiunti.

Infatti, principio cardine dello Stato di diritto è che *tutto ciò che non è espressamente vietato è concesso*, a differenza dei regimi totalitari dove vale il criterio opposto, secondo cui *tutto ciò che non è espressamente concesso è vietato*. In questo senso, dovrebbe concludersi che, in mancanza di un esplicito divieto normativo di far visita agli amici, questi debbano essere inclusi fra i congiunti.

Si tratta di un’interpretazione orientata al *favor libertatis*, che permetta gli spostamenti dalla propria abitazione anche per far visita agli amici con i quali esiste una *affectio* significativamente profonda e radicata.

Questa opzione ermeneutica permetterebbe, inoltre, di evitare fondati dubbi di legittimità costituzionale, che nascerebbero dall’esclusione degli amici da novero dei congiunti. Infatti, ove si preferisse l’interpretazione restrittiva, prospettata anche dal Governo, dovrebbe concludersi per un’irragionevole discriminazione fra amici e fidanzati.

Se, come dimostrato, lo stabile legame affettivo è proprio non solo dei fidanzati, ma anche di alcuni rapporti amicali, allora includere i primi fra i congiunti a cui è possibile far visita, ed escludere i secondi, determina certamente una violazione degli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Riteniamo, perciò, preferibile l’interpretazione estensiva della norma, che tra l’altro valorizza il rapporto di fidanza – nel senso sopra precisato – che può manifestarsi fra amici**[20]**.

Questa nostra prima lettura, quindi, non solo si attaglia meglio alle manifestazioni sociali del legame affettivo stabile, ma permette di interpretare la norma conservandone la validità, in ossequio al principio ermeneutico che impone di preferire, fra i possibili significati della norma, quello che ne salvi la legittimità costituzionale.

8. La birichinata del Governo: tira in ballo la Cassazione!

Nel corso della svolgimento di questa breve trattazione, si è finora volutamente evitato il riferimento che la circolare “interpretativa” del Ministero dell’Interno fa alla sentenza della Cassazione**[21]**, chiamata in ausilio del Governo per la definizione del termine congiunti.

La motivazione è semplice: non riteniamo il riferimento utile, ma quasi scanzonato e perfino dilettantesco, per le motivazioni che di seguito si diranno.

Occorre premettere che la pronuncia richiamata si occupa di un tema specifico: la risarcibilità del danno non patrimoniale in favore dei prossimi congiunti della vittima di omicidio colposo. Sintetizzando il ragionamento della Corte, possiamo affermare che la stessa ritiene di dover allargare il novero dei legittimati al risarcimento, includendovi non solo parenti, affini e coniuge, ma anche chi alla vittima sia legato da uno *stabile legame affettivo, connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti*: in altri termini non solo i conviventi, ma anche il/la fidanzato/a.

Ebbene, l’incompatibilità fra il significato che il termine congiunti deve assumere a quei fini, rispetto a quello che assume quale eccezione al divieto di allontanamento dalla propria dimora, è evidente.

Nell’ambito dell’omicidio colposo, il *legame affettivo stabile* viene identificato al fine di farne rilevare la tutelabilità giuridica e l’obbligo di risarcimento, nell’ipotesi di una sua lesione; nel caso in esame, invece, il *legame affettivo stabile* è quello che giustifica uno spostamento in deroga alle restrittive misure per la lotta alla pandemia.

Inoltre, nella sentenza della Corte di Cassazione citata, il riferimento è ad una delle fattispecie concrete *non tassative* di responsabilità extracontrattuale dalle quali può scaturire un obbligo al risarcimento del danno non patrimoniale; qui, invece, dovrebbe identificare una delle ipotesi

tassative di deroga al blocco sociale.

Infine, nel caso esaminato dalla Cassazione, il rapporto di affettività stabile deve essere circondato da evidenti riscontri probatori, perché se ne possa tenere conto a fini risarcitori, assumendo perciò concretezza e definizione nella sede dibattimentale; ai nostri fini, il legame affettivo stabile non può, invece, giovarsi delle dinamiche processualpenalistiche perché si dica provato, ma bisogna accontentarsi di una sfumata presunzione di veridicità raggiunta nei controlli operati “per strada” dagli agenti di controllo.

Insomma, la differenza è a tal punto evidente che il giurista può e deve tenerne conto sforzandosi di attingere una compiuta esegesi del provvedimento del Governo, anche quando sia lo stesso Governo a metterlo fuori strada.

Ne viene che la citazione della sentenza della Cassazione offerta dal Governo per giustificare il proprio strafalcione giuridico appare doppiamente errata.

Sotto un primo profilo, perché intende dare per vero ciò che vero non è, ritenendo desumibile dalla sentenza della Cassazione citata un’interpretazione del termine “congiunti” che da questa non è per nulla desumibile.

Sotto un secondo profilo perché, mentre nell’ambito del risarcimento del danno da reato, la dimensione affettiva è il fine del risarcimento o – ancora meglio – ne è insieme scopo e causa; nell’ambito della legislazione anti-Covid, la dimensione affettiva è la prova dell’eccezione rispetto al divieto generale di circolazione.

Ciò che la Cassazione chiede sia provato (per ottenere il risarcimento) qui diventa la prova che giustifica l’eccezione. In questo modo, vengono confuse e sovrapposte due dimensioni giuridiche eterogenee e fra loro incommensurabili.

Davvero birichino il Governo! Ci ha provato, ma non ci siamo cascati!

9. Epilogo

Siamo, così, giunti alla fine delle nostre *scorribande*, che certamente appaiono incomplete e sotto molti aspetti approssimative nonché bisognose di adeguati approfondimenti.

Tuttavia, confidiamo che nonostante le innegabili pecche di queste brevi riflessioni, sia possibile in esse scorgere l’apertura di un sentiero nuovo, percorribile da ogni giurista che voglia

sobbarcarsi la fatica di investigare istituti giuridici non solo nuovi, ma perfino collocabili ai margini, se non addirittura fuori, della dimensione strettamente giuridica e ovviamente nella speranza che egli non trovi difficoltà talmente insormontabili da interromperlo, alla stregua dei memorabili *Holzwege* di Heidegger.

Augurandoci, dunque, che le tracce qui indicate possano essere utili per nuovi e più consistenti sviluppi, non escludiamo che, in futuro più o meno prossimo, il Governo italiano – spesso imprevedibile e giuridicamente pirotecnico – possa creare ulteriori, nuove occasioni di riflessione, varando norme e istituti variopinti, impensabili, sostanzialmente estranei alla tradizione giuridica, ma certamente meritevoli di attenzione e di un sorriso.

[1] D. 50. 17. 202

[2] Cfr. voce *congiunto* in Enc. Treccani On-line reperibile in **http://www.treccani.it** .

[3] Cfr. *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, tr. It., Bologna, 1980.

[4]Cfr. voce *Fidanza* in Enc. Treccani On-line reperibile in **http://www.treccani.it** : *fidanza* s. f. [der. di *fidare*, per adattam. del fr. ant. *fiance*, der. di *fier* (che ha lo stesso etimo e le stesse accezioni dell’ital. *fidare*)], ant. – 1. Fiducia: *a lui non andava per la memoria chi tanto malvagio uom fosse, in cui egli potesse alcuna f. avere* (Boccaccio); *f. di sé*, sicurezza di sé, ardimento; *prendere f. in qualche cosa*, fidarsene, esserne sicuro; *dare f. a qualcuno d’una cosa*, dargliene ferma speranza; *a fidanza di*, confidando in: *O dolce lume a cui fidanza i’ entro Per lo novo cammin* (Dante); *fare a fidanza*, a confidenza.

[5] *De Trinitate*, 1 VIII, c.

[6] La mancanza di questo obbligo si desume dal fatto che nell’autocertificazione richiesta per lo spostamento, la visita al congiunto debba essere indicata *barrando* la casella delle motivazione di necessità, ma senza indicare le generalità dello stesso, che devono essere taciuti per la tutela della *privacy*

[7] Si tratta evidentemente di un semplice suggerimento suscettibile di correzioni o integrazioni.

[8] Abbiamo voluto inserire una pietanza marcatamente regionale allo scopo di garantire, in sommo grado, la prova di una conoscenza personale sufficientemente profonda e non legata alla semplice indicazione di una generica pietanza di gusto comune, come potrebbe essere l’ “arrosto” o il “fritto”.

[9] Sotto questo aspetto, il fidanzamento sarebbe da escludere pure in relazione al requisito della *stabilità* del legame affettivo, in quanto un numero ridotto di concordanze, anche ammesso che il fidanzamento fosse effettivamente sussistente, deporrebbe per un legame affettivo *labile* piuttosto che *stabile*.

[10] Uno dei due scriventi si permette qui di suggerire un criterio decisamente più rapido per decidere sull’esistenza o meno del *fidanzamento* che si atteggia come segue. Infatti, la concordanza sulla domanda n.6) appare agli occhi di chi scrive, probabilmente a causa di passioni calcistiche endemiche incurabili, dirimente in ordine alla questione, sia in senso positivo che in senso negativo. Così, se la concordanza sarà sulla squadra dell’ ”Inter”, allora anche se tutte le altre concordanze fossero errate, il *fidanzamento* sarà provato e il tifoso libero di circolare come meglio creda. Viceversa, anche se tutte le altre concordanze fossero esatte, la mancata concordanza sulla squadra dell’ “Inter” impedisce di riconoscere il *fidanzamento*. Per tutte le altre squadre, ovviamente, valgono i criteri ordinari.

[11] Cfr. M. Spelta, *Scusa se ti chiamo* *****, Milano, 2017.

[12] Ciò in quanto anche i semplici amici possono conoscere il colore degli occhi o dei capelli, ma gli amici non rientrano tra i congiunti, in quanto sono stati espressamente esclusi (*sub* par. 7).

[13] Abbiamo inserito la musica fra le concordanze di *significato intermedio* poiché anche i semplici conoscenti possono essere al corrente del genere musicale preferito, ma non per questo essere considerati congiunti.

[14] Si tratta delle risposte concordanti che denotano maggiormente una conoscenza dell’io profondo e, quindi, attestano con maggiore sicurezza l’esistenza del legame affettivo.

[15] I tre mesi, infatti, rappresentano a nostro avviso il periodo minimo indispensabile perché si possa immaginare il transito dalla semplice “infatuazione” ad un legame caratterizzato da una certa stabilità.

[16] In questo caso sarebbe anche opportuno, ai fini della certezza del diritto, che il questionario sopra delineato quale strumento preferenziale per accertare il *fidanzamento*, venga opportunamente retrodatato, per consentire l’accertamento diacronico delle concordanze: in tal senso, profeticamente, Cassazione, SS.UU., 2023 n. da definire.

[17] E ciò, ovviamente, per consentire il ri-consolidamento del rapporto affettivo.

[18] Infatti, anche una semplice sospensione di due mesi, dovrebbe essere considerata un’interruzione se causata da una “rottura” traumatica.

[19] Cfr. L. Lombardi Vallauri, *Amicizia, carità, diritto. L’esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Milano, 1969.

[20] Si badi: non ignoriamo che il rapporto amicale possa nascondere ulteriori insidie nel caso dell’amicizia uomo-donna, ove il confine fra un *fidanzamento* ancora non stabile (che non giustificherebbe lo spostamento) e un’amicizia duratura (che invece lo giustificherebbe) si fa più labile. Tuttavia, le esigenze di sintesi che questa sede impone non permettono un adeguato svolgimento del tema, che si prospetta corposo ed intricato. Ci si riserva, pertanto, di trattarne in future pubblicazioni, anche dopo il confronto con i primi approdi della giurisprudenza in merito.

[21] Corte di Cassazione, sez. IV Penale, sentenza 10 novembre 2014, n. 46351