

## *Gli articoli 47 e 48 del DL 17 Marzo 2020 N° 18: dall'utopia alla realtà.*

Avv. Francesco Marcellino

### **1.0 Premessa**

Preliminarmente appare opportuno ribadire che le osservazioni che seguono costituiscono espressione di quella libertà di manifestazione del pensiero – costituzionalmente consentita, garantita e protetta – e che, in quanto “libera”, si manifesta senza essere espressione di alcuna “sigla” o di “alcun interesse di parte”.

L'approccio e l'obiettivo è quello di contemperare i molteplici – e tutti legittimi – diritti ed interessi costituzionali del settore.

Non è certo questa la sede – e men che meno l'approccio dell'autore del testo – per essere portatore o far risaltare soltanto i diritti degli uni o gli interessi degli altri, ma tentare di esplorare un contemperamento tra essi al servizio dell'interesse collettivo.

Sia consentito infine dedicare questo contributo a tutti coloro i quali, grazie ad un confronto educato e intellettualmente stimolante, hanno manifestato interesse per la precedente riflessione e nuovi stimoli dai quali è scaturita la presente stesura.

### **2.0 I diritti in gioco**

Appare innanzitutto opportuno ricordare che **le tre macro categorie di diritti** in gioco all'interno dei testi degli articoli 47 e 48 del DL 17 Marzo 2020 N° 18 sono le seguenti:

- 1) Diritto alla salute, nella sua espressione del diritto all'erogazione della prestazione sociale/sanitaria della persona fragile;
- 2) Diritto al lavoro dell'operatore sanitario (amministrativo, etc...) impiegato negli enti erogatori delle prestazioni sociali/sanitarie a beneficio delle persone fragili;
- 3) I diritti/doveri sociali, economici e contrattuali posti in capo all'ente erogatore del servizio.

Pur se sopra richiamati in un ordine, essi non sono esposti in senso gerarchico sociale o mentale (per chi redige), ma tutti i diritti sopra menzionati, nell'approccio di chi scrive, sono equamente meritevoli di tutela e di contemperamento tra essi.

Il tentativo è quindi quello di “ragionare” su forme e modi di tutela di tutti i diritti e interessi legittimi affinché possano ipotizzarsi soluzioni che, nel corso di questa fase emergenziale, tutelino nel modo migliore possibile e comunque, tutt'al più, in egual misura, “tutti i diritti in gioco”.

Come noto il diritto all'erogazione della prestazione sociale/sanitaria della persona fragile è attualmente temporalmente sospeso – almeno con riguardo alle tipologie di servizi richiamate dalla norma nazionale e/o da quelle regionali – alla luce di un superiore diritto-dovere di tutela della salute pubblica.

Il suddetto superiore diritto-dovere di tutela della salute pubblica, così come ha determinato una contrazione di altri diritti fondamentali a discapito “di tutti” (libertà di circolazione, istruzione, lavoro, etc...), ha contratto anche il diritto all'erogazione della prestazione sociale/sanitaria della persona fragile, a tutela della loro stessa salute e di quella degli altri.

Il tentativo degli articoli 47 e 48 di prevedere ipotesi residuali di “*interventi non differibili in favore delle persone con disabilità ad alta necessità di sostegno sanitario*” e quello di prevedere altre “*prestazioni convertite in altra forma*” – a mio sommesso avviso migliorabili nelle forme e modalità previste – diviene pertanto espressione del contemperamento tra il



“diritto alla prestazione”, la necessaria “sospensione di esse” per momentanee e superiori ragioni di salute pubblica, l’evitarsi che la sospensione suddetta dell’erogazione delle prestazioni possa divenire causa essa stessa della lesione del più ampio diritto alla salute della persona fragile, con la necessità, comunque esistente e preminente, di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19.

Ebbene, il superiore tentativo, deve coniugarsi anche con il diritto al lavoro (e la sua specifica disciplina) degli operatori e con i diritti/doveri sociali, economici e contrattuali posti in capo all’ente erogatore dall’ordinamento giuridico.

Non può sorprendere – ma essere espressione di realtà e concretezza – se si afferma che l’equilibrio e la realizzazione del perseguimento di tutti i legittimi diritti ed interessi è cosa assai complessa.

### **3.0 Lo stato dell’arte e le ipotesi giuridicamente possibili**

Allo stato attuale, vi è di certo – per ragionevoli e fondate esigenze di tutela della salute pubblica – la temporanea sospensione dei servizi oggetto degli articoli in commento. Con essa, comprensibilmente, si è inteso diminuire i pericoli in capo ai soggetti fragili ed ai dipendenti degli enti erogatori e, così facendo, perseguire quel diritto costituzionale di tutela collettiva della salute pubblica.

Ciò, ovviamente, si sta ripercuotendo, all’esclusivo fine di tutelare un diritto/dovere costituzionale ritenuto prevalente, a discapito di tutte e tre le aree dei diritti sopra richiamati.

E’ comprensibile che chi “*porta la bandiera*” della rappresentanza degli uni anziché degli altri diritti, propenda per la tutela maggiore possibile dell’uno anziché dell’altro diritto/interesse.

Ma allo stato dell’arte vi è anche una previsione normativa degli articoli 47 e 48 confusa.

In particolar modo in questa sede vuole rappresentarsi come sia inopportuno che, all’interno del medesimo articolo 48, si sia tentato di disciplinare sia la sospensione dei servizi educativi e scolastici, sia quelli dei centri diurni per anziani e persone con disabilità. Diritti, servizi e prestazioni (di istruzione e di politiche socio-sanitarie) molto differenti tra loro. Sarebbe più corretto, anche in considerazione delle ulteriori eterogeneità regionali in materia sociale e sanitaria, che le previsioni inerenti i servizi educativi e scolastici trovassero disciplina in un articolo diverso e separato da quelle inerenti la sospensione dei servizi sociali e sanitari.

Con riferimento ai servizi di cui all’articolo 47 comma 1, il Legislatore – ancor di più in sede democratica parlamentare – si dovrebbe porre nell’ottica di disciplinarli e contemperarli in modo quanto più equilibrato possibile.

Pur con i margini di errore di cui tutti Noi comuni mortali siamo ampiamente forniti, sia consentito a chi scrive il presente testo di tentare di ragionare e di proporre possibili soluzioni di equilibrio. E ciò, pur se coraggiosamente consapevole che, nel tentativo di porsi *super partes*, di ragionare a tal fine e di offrire le proprie conoscenze e riflessioni a tutti, potrebbe essere (o non essere) apprezzato da tutti o da nessuno dei portatori di ognuno dei diritti e degli interessi appartenenti alle tre macro aree sopra richiamate.

Con riguardo alla necessità di tutelare il diritto alla salute, nella sua espressione del diritto all’erogazione della prestazione sociale/sanitaria della persona fragile e nelle sue ulteriori forme di evitare regressioni di salute, etc..., ricordandosi che allo stato attuale – nella quasi totalità – le prestazioni ordinariamente erogate sono “sospese”, il Legislatore d’urgenza ha previsto le due ipotesi alternative sopra richiamate degli “*interventi non differibili in favore delle persone con disabilità ad alta necessità di sostegno sanitario*” e quello di prevedere altre “*prestazioni convertite in altra forma*”.



Come già sostenuto, ribadisco che attuare l'ipotesi della *"conversione delle prestazioni in altra forma"*, contemperandole con la macro area dei diritti/doveri dei lavoratori e di quella dei diritti/doveri sociali, economici e contrattuali posti in capo all'ente erogatore del servizio è tutt'altro che facile da realizzare. E ciò in particolar modo in alcune aree geografiche e in considerazione anche dell'emergenza sanitaria in atto.

Il pericolo che si avverte – e in alcune ipotesi già in atto – è che le ipotesi "alternative" possano limitarsi ad alcune sole condizioni di salute e/o tipologie di servizi, etc..., anziché alle molteplici condizioni e bisogni di cui, l'eterogeneo mondo delle fragilità e dei servizi, è costituito. Potendosi così persino concorrere, pur se involontariamente, alla diffusione di incomprensibili disparità di trattamento.

Ove i portatori di interesse – anziché incontrarsi e porsi anche nei confronti del Legislatore con "soluzioni di equilibrio" – dovessero insistere nella prevalenza dell'una macro area dei diritti senza ben ponderare ed equilibrare le esigenze e le conseguenze sulle altre, l'ipotesi altamente probabile diviene quella di una contrazione complessiva di tutti i diritti in gioco.

Se, pertanto, paradossalmente, alla luce dell'emergenza in atto, ci siamo sentiti tutti più vicini, pur dovendo ottemperare alle misure di "distanziamento sociale", forse, a maggior ragione, si potrebbe addivenire a soluzioni di "incontro sociale" (e ancor prima intellettuale) proprio in questo momento, a dimostrazione della maturità sociale e delle riflessioni (su noi stessi e sul mondo) che, anche a causa dell'emergenza sanitaria, abbiamo avuto modo di fare (o, almeno, si spera!).

Di fatti, stante l'avvenuta sospensione delle attività, ciò solo legittimerebbe già la richiesta di misure a sostegno del lavoro e, così facendosi, una inevitabile ulteriore contrazione (o, almeno, posticipazione nel tempo) del diritto all'erogazione delle prestazioni sociali/sanitarie a beneficio delle persone fragili e, nel contempo, del diritto al lavoro dei dipendenti.

L'unica cosa che sta tutelando e determinando un potenziale equilibrio tra tutte le macro categorie dei diritti sopra richiamati – al momento – è proprio il disposto dell'articolo 48 comma 2, nella parte in cui, riconoscendosi in capo alle pubbliche amministrazioni l'autorizzazione al pagamento dei gestori del suddetto servizio per il periodo della sospensione, conduce ad una legittima aspettativa di "continuità", sia dei servizi sociali/sanitari per gli utenti, sia per i lavoratori, sia per gli stessi enti erogatori con riguardo ai diritti/doveri sociali ed economici che gli stessi devono garantire.

Piaccia o no, quindi, ad alcuni e/o ad altri, questa norma – anch'essa di non mirabile espressione – almeno nella parte a cui ci si riferisce, è l'unica che sta tenendo in fiduciosa speranza tutto e tutti!

**Se poi, anziché accettarsi che l'unica ipotesi indennitaria ritenuta equilibrata allo stato delle cose, possa essere quella del c.d. "vuoto per pieno" – equilibrata dal recupero di una quota parte di prestazioni da erogarsi a beneficio degli utenti allorquando sarà possibile ed unica idonea a garantire, anche nelle more, i livelli occupazionali ed i costi generali connessi al sostentamento degli standards strutturali, organizzativi e tecnologici evitandosi, nel contempo, di accedere alle misure a sostegno del lavoro di cui agli articoli 19 e seguenti del DL in commento – si preferisce esplorare altre ipotesi, allora appare opportuno rappresentarle a chi potrebbe avere qualche difficoltà nel conoscerle e/o nell'immaginarle.**

E magari, dall'approfondimento, come sopra detto, si comprende ancor di più come il disposto di cui all'intero comma 2 dell'articolo 48 DL 17 Marzo 2020 N° 18, poco o nulla afferisce con riguardo alla sospensione dei servizi educativi e scolastici. O, quantomeno,



proprio per rispetto di essi (penso all'assistenza all'autonomia ed alla comunicazione) sarebbe stato e sarebbe meglio disciplinarla in altra norma separata.

Come noto l'ente erogatore delle prestazioni sociali/sanitarie opera giusta autorizzazione, accreditamento istituzionale e rapporto contrattuale con la Pubblica Amministrazione.

Il rapporto contrattuale si fonda sul secolare e semplice principio del *"do ut des"*, ovvero dell'obbligo di erogare una prestazione in cambio di una controprestazione economica (c.d. *sinallagma contrattuale*).

Ebbene, il concetto di forza maggiore nel codice civile può in qualche modo rinvenirsi nell'art. 1467 c.c. (rubricato *"contratto con prestazioni corrispettive"*), il quale riconosce al debitore la facoltà di richiedere **la risoluzione del contratto** nel momento in cui la prestazione da lui dovuta sia diventata eccessivamente onerosa per fatti straordinari ed imprevedibili, estranei alla sua sfera d'azione. E lo si rinviene anche in materia di inadempimento contrattuale prevedendosi che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., l'obbligazione si *"estingue quando, per causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile"*.

Spero che appaia a tutti evidente che, in un settore come quello di cui si tratta, avente ad oggetto prestazioni qualificate Livelli Essenziali di Assistenza, ipotizzare di percorrere la *"risoluzione del contratto"* tra PA e Enti Erogatori risulta essere non solo del tutto fuori luogo ed improponibile (anche solo come tenuta sociale del sistema), ma nemmeno giuridicamente corretta, stante che, l'esecuzione della prestazione, non è *"impossibile"* (né per l'una, né per l'altro parte), ma solo transitoriamente impedita (dallo stesso Ordinamento Giuridico) alla luce dell'emergenza sanitaria in atto.

In presenza di una causa di forza maggiore, l'alternativa giuridicamente valida e sostenibile è proprio quella della *"sospensione"*, ovvero di quella forma giuridica che consenta alle parti di manifestarsi reciprocamente il maggiore e superiore interesse a conservare la relazione contrattuale, stante anche il riconoscimento della transitorietà e della non imputabilità all'una o all'altra parte della forza maggiore stessa, sospendendo l'esecuzione di una delle prestazioni contrattuali alla luce dell'emergenza epidemiologica.

Al fine di manifestare tutela per la macro area dei diritti e dei doveri di cui ai punti 2) e 3) sopra richiamati e di equilibrare ulteriormente tra tutti l'aggravio dell'emergenza sanitaria in atto, l'ipotesi del pagamento degli enti erogatori secondo il principio del c.d. *"vuoto per pieno"*, equilibrata dal recupero di tutto o parte delle prestazioni da erogarsi a beneficio degli utenti, appare essere – si spera non solo per chi scrive – quella certamente più equilibrata e da preferire (anche con riguardo ai risvolti e benefici sociali) rispetto a quella della risoluzione contrattuale.

Altre ipotesi, esistenti e che si ritiene preferibile non esporre, sarebbero tutte foriere di danno (maggiore o minore) all'uno o all'altro tra i soggetti coinvolti (utenti/dipendenti/enti).

#### **4.0 L'ipotesi, residuale, della conversione in altra forma delle prestazioni**

Con riguardo invece all'ipotesi residuale della conversione in altra forma delle prestazioni, altro non è, tecnicamente, che il prevedersi una temporanea *"ri-negoziazione"* tra le parti (PA/Ente erogatore), delle forme e modalità di erogazione delle rispettive prestazioni sinallagmatiche.

Se questa ipotesi appare – a parere di chi scrive – più facilmente proponibile per alcuni servizi educativi e scolastici a favore di alunni normodotati e non (e da qui, forse, anche, la difficoltà interpretativa ed applicativa della norma), mi sia consentito di ribadire le perplessità



circa l'esperibilità di ciò con riguardo ai servizi sociali e sanitari e con particolare riferimento a certe aree geografiche ed alla luce dell'emergenza epidemiologica in atto. Soprassedendo inoltre che, almeno con riferimento ai servizi educativi e scolastici, l'ipotesi di retribuzione specificatamente prescritta dal secondo periodo del comma 2 dell'articolo 48 ha assai poca pertinenza (o comunque foriera di confusione).

Bisogna tener conto che sull'avvio (o meno) di questa specifica ipotesi residuale, un gioco fondamentale lo svolge il fattore "tempo": ovvero la durata, più o meno prolungata, dell'emergenza sanitaria, la sua incidenza sulla condizione di salute delle persone con disabilità ma anche l'incidenza epidemiologica (e psicologica) dell'emergenza sulla popolazione (da intendersi in essa ricomprese le persone con disabilità, i familiari ed i dipendenti degli enti erogatori).

L'elemento "tempo" e l'elemento "incidenza epidemiologica" infatti, stanno già svolgendo un ruolo di "supremazia" rispetto a servizi, dinamiche domanda-offerta e forza lavoro disponibile sul campo. E nessuna di questa può essere sopravvalutata o sottovalutata sol perché, legittimamente, si è "portatori di una o dell'altra bandiera di legittimi interessi".

Secondariamente, ove il legislatore, anziché rimettere la conversione in altra forma delle prestazioni alla co-progettazione tra le parti – già difficile da realizzare in momenti non eccezionali – si premurasse di definire il più possibile forme e modi (sia con riguardo agli utenti, sia con riguardo ai dipendenti che con riguardo agli enti erogatori), allora probabilmente diventerebbe un'ipotesi un po' più facile da percorrere di quanto possa compiersi alla luce dell'articolo 48 al momento vigente.

Ciò, proprio alla luce del fatto che la suddetta "ipotesi alternativa", altro non è che una "ri-negoziazione" tra le parti contrattuali.

Dovendosi necessariamente tenere conto che una delle parti contrattuali è sempre e comunque la PA, non può nemmeno dimenticarsi che tra l'altro è proprio quel ramo amministrativo al momento impegnato in prima persona nell'emergenza sanitaria e fortemente coinvolto in essa e con la quale, comprensibilmente, sarebbe assai complesso allo stato "co-progettare" la riorganizzazione di un qualunque servizio comunque ritenuto al momento "secondario" rispetto all'emergenza epidemiologica (tanto da essere stato sospeso!).

Senza dimenticare, tra l'altro, anche le difficoltà oggettive degli enti erogatori che, alla luce dei diversi provvedimenti nazionali che si susseguono di chiusura e riduzioni di attività (l'ultimo annunciato ieri notte e in attesa di pubblicazione) conducono a una sempre più flebile presenza e attività nei settori amministrativi degli Enti.

Pertanto, a maggior ragione ed al fine di garantire la massima uniformità possibile di servizi, prestazioni e modalità su tutto il territorio nazionale, sarebbe auspicabile rimettere ciò alla potestà legislativa anziché a quella della "volontà" delle parti sui singoli territori. Così evitandosi, tra l'altro, che ciò possa realizzarsi solo a beneficio di alcune tipologie di persone, non in tutti i territori o non in modo adeguato rispetto i diritti costituzionali in gioco.

Stante l'eterogeneità delle fragilità e delle esigenze delle persone fragili, a sommosso avviso di chi scrive, sarebbe comunque più agevole e rispettoso di tutti (diritti/interessi, compiti e funzioni) prevedersi l'erogazione di servizi e prestazioni "in altra forma", preferibilmente negli stessi luoghi ove si svolgono normalmente, ma con forme alleggerite di organizzazione/gestione e previa valutazione, caso per caso, tra le Direzioni Sanitarie degli Enti erogatori e le Unità Operative preposte delle Aziende Sanitarie e, ovviamente, nel rispetto delle direttive sanitarie di contrasto e di contenimento del virus emanate dal legislatore e dall'ISS. Modalità che può certamente essere prevista e disciplinata dal legislatore nazionale.



Studio Legale  
**MARCELLINO**

Forse così “l’utopia”, a cui facevo riferimento nel precedente scritto, potrebbe divenire realtà. Quantomeno più facilmente su (tutti?) o alcuni territori e più uniformemente a livello nazionale. Ed ovviamente a beneficio di Tutti.

Mi sia consentito, di rappresentare infine che “l’*Utopia*”, a cui facevo riferimento nel testo redatto il 21 Marzo, esprime “il sogno rinascimentale di una società pacifica dove è la cultura a dominare e a regolare la vita degli uomini”. Come possiamo imparare da Tommaso Moro, da Erasmo da Rotterdam e da tanti altri.

Donando queste modeste riflessioni a beneficio di tutti. E, se utili, per il bene di tutti.

Dedicandole, con molta umiltà, alle persone con disabilità e loro familiari che manifestano stima, come anche ai dipendenti ed agli enti erogatori. Per me unico motivo, orgogliosamente, di servizio.

Catania 22 Marzo 2020

Avv. Francesco Marcellino