



LA PUBBLICITA' SANITARIA CARATTERISTICHE , MODALITA' DI CONTRASTO, SCELTE DI INDIRIZZO

Il gruppo di studio "Cao c'è", nello spirito di ampia collaborazione con l'attuale dirigenza che lo contraddistingue, ritiene sia ormai indilazionabile suggerire alcuni spunti alla Cao Nazionale su come vada affrontato l'annoso problema della pubblicità sanitaria. Gli ultimi sviluppi giudiziari consentono di poter elaborare linee di comportamento **univoche** che non rendano vuoto il concetto di coordinamento e indirizzo che necessariamente la Cao nazionale deve assumersi; sottoponiamo le stesse alla professione in modo da permettere una valutazione condivisa e una auspicabile unitarietà di azione.

In base alla legislazione vigente, si può affermare che non sia stata negata agli Ordini, in nessun caso, la prerogativa di vigilanza sulla veridicità e correttezza della pubblicità informativa che non deve essere mai equivoca, ingannevole o denigratoria per quanto attiene alla tutela del cittadino, della sua salute e della sua sicurezza.

Tale prerogativa, però, è stata progressivamente resa di più complessa applicazione dal legislatore mediante i provvedimenti di deregulation presi in ambito pubblicitario. Ciò stante, è evidente comunque che si aprano spazi di manovra che conviene esplorare, corroborati da segnali di un'inversione di tendenza, legata sia all'azione chiarificatrice della magistratura, che ad un intervento diretto del legislatore che con la recente riforma ordinistica riafferma e rivitalizza il ruolo di garanzia dell'Istituzione a tutela della salute del cittadino.

Proprio in seguito al maggiore rafforzamento del ruolo riconosciuto all'Ordine, riteniamo sia indispensabile analizzare la situazione esistente e proporre schemi di valutazione e linee di intervento che rendano meno complesso e opinabile il controllo del fenomeno, e consentano a tutti i rappresentanti dell'Istituzione di esercitare il loro giusto ruolo di presidio degli interessi del cittadino a difesa del suo diritto alla salute.

Analisi del fenomeno

Anzitutto, è necessario chiarire quanto il fenomeno sia grave, quanto impatti sulla qualità delle cure, quanto venga fastidiosamente percepito come "narrazione" dalla categoria e quanto invece realmente incida sulla popolazione in generale.

A tal scopo, ad esempio, sono particolarmente interessanti i dati emersi da un'indagine condotta in Piemonte da Andi sulla percezione che l'utenza ha della categoria. Ovviamente tali dati fotografano una realtà circoscritta, ma in alcuni aspetti possono essere tranquillamente estrapolati o comunque fornire una base per ulteriori indagini più mirate.

Emerge chiaramente come, soprattutto nelle fasce di popolazione più giovani e meno scolarizzate, si stia assistendo a una progressiva deriva delle aspettative che porta da "qualità delle cure" a "acquisto di bene di consumo", paradossalmente confermata dal fatto che proprio queste fasce danno maggiore importanza al concetto di durata nel tempo dei risultati ottenuti. Emerge anche chiaramente come il concetto di visita gratuita sia ormai pesantemente entrato nelle aspettative della collettività, tanto da rappresentare la assoluta maggioranza del campione.

La possibilità di pubblicizzazione delle tariffe praticate, inserita con il commendevole intento di permettere da parte dell'utente una più agevole comparazione, unita all'eliminazione di un sistema di riferimento codificato, ha generato come ricaduta la percezione che fosse automaticamente paragonabile anche la qualità del servizio offerto, svilendo profondamente il ruolo cruciale del



professionista come "creatore" di un servizio e trasformandolo in quello di "venditore" di un servizio; ovvero, in altri termini, annullando totalmente nella percezione dell'utenza il valore di quello che è il primo fondamento di qualsiasi atto medico, la diagnosi, sviandone l'attenzione verso l'ultimo, il trattamento e la cura.

Come conferma, ecco un altro dato emerso dalla stessa indagine: pur essendo minoritario il ricorso all' "odontoiatria organizzata" (che qui per comodità di ragionamento si identifica con una forzatura consapevole la maggiore produttrice di pubblicità) è chiaro come la spesa media sostenuta presso questi soggetti sia decisamente superiore rispetto a quella destinata all'odontoiatra tradizionale. Il dato, in sé sorprendente, potrebbe anche indicare che si assiste ad una prevalenza di scelte terapeutiche più lucrose, ma standardizzate e non necessariamente ideali per il paziente, quindi con risvolti sicuramente di rilevanza deontologica (questo aspetto verrà analizzato estensivamente nel prosieguo). A riprova di quanto affermato, vedi quanto proposto dalla recentissima campagna di una nota catena, che afferma testualmente "curare una carie è un conto, farsi un impianto è tutta un'altra storia".

Pubblicità propriamente detta e pubblicità informativa

Altre considerazioni devono essere poste in merito alla qualità, la forza, la diffusione dei messaggi pubblicitari. E' ben chiaro che, a legislazione vigente, ogni mezzo pubblicitario (con un dubbio sugli strumenti elettronici, che analizzeremo nel prosieguo) sia libero ed ammesso. E' necessario contestualizzare, caso per caso, quali siano i limiti di una pubblicità trasparente, corretta, veritiera; e in termini generali distinguiamo subito che la pubblicità cosiddetta "informativa" è cosa ben diversa da quella puramente commerciale. Possiamo sin da subito affermare che le fonti europee distinguono chiaramente la pubblicità commerciale dall'attività informativa del professionista.

Pur esistendo casi di proposte chiaramente truffaldine o scorrette, di facile individuazione, la gran parte di questi messaggi ricade in un'ampia "zona grigia" che riguarda descrizione di casi clinici, (in questi casi ad esempio bisognerebbe verificare nel concreto, in base al contenuto del messaggio, il rispetto della normativa che espressamente, impedisce la "violazione del segreto professionale". Tale vincolo può essere superato solo nel caso di "giusta causa" e non per il "proprio o altrui profitto", che invece è espressamente l'elemento caratterizzante il reato, vedasi art. 622 cp. Ricordiamo che, ai sensi della normativa privacy anche il viso e' considerato al pari di nome e cognome, cioè il far vedere il viso, in maniera riconoscibile, non rende "anonimo" il soggetto) alternative terapeutiche, offerte di servizi particolari ma soprattutto propaganda di metodiche a volte francamente obsolete o sconfessate dalla clinica, a volte invece proposte come panacea a tutte le situazioni. Ci riferiamo al fenomeno dei cosiddetti redazionali, nei quali in assoluta autoreferenzialità si assiste alla descrizione di conoscenze e capacità affatto comuni, dando visibilità, ma soprattutto legittimazione presso l'opinione pubblica, a personaggi o strutture che non posseggono comprovate ed indiscutibili qualifiche di attendibilità scientifica; o peggio a introdurre surrettiziamente termini di paragone fuorvianti tra scelte terapeutiche diverse o inducendo false aspettative sui risultati.

Il fenomeno è presente soprattutto nel web (**sul quale, come abbiamo già detto, esistono elementi dubitativi circa le modalità, non possibilità, di utilizzo, di cui parleremo in seguito**), dove spesso assistiamo a forme di pubblicità occulta, e quindi non riconoscibile, veicolata da siti internet e pagine facebook, blog e tutte le altre forme di comunicazione oggi esistenti. In questi casi i più accorti, anche grazie alla consulenza di collaboratori specializzati, sono in grado di eludere facilmente ogni meccanismo di controllo approfittando dell'obiettiva difficoltà di visione da parte



degli organismi preposti, sia sfruttando le potenzialità del mezzo che con investimenti minimi permette di raggiungere una platea molto vasta, sia perché generalmente si affidano a uno stile comunicativo diverso, più colloquiale (contando sul fatto che la visione necessita, da parte del fruitore, di un atteggiamento decisamente più proattivo), producendo oggi i fenomeni distorsivi più pericolosi e scorretti, proprio perché non percepiti come messaggi pubblicitari.

Analisi delle aree di intervento

Il fenomeno sopra sintetizzato è stato variamente avvertito. Gli Ordini professionali in quanto enti esponenziali di categoria finora (ma nuovi spazi sono stati aperti dalla recente legge di riforma) non sono stati ritenuti portatori di interessi generali, pur svolgendo una funzione di controllo della veridicità e trasparenza dei messaggi pubblicitari per espresso riconoscimento del legislatore tanto comunitario quanto nazionale; questo ruolo importantissimo spesso è stato interpretato come strumento corporativo. La riflessione che se ne ricava consente di individuare alcuni punti fermi che possono essere sintetizzati come di seguito:

-La tutela del paziente deve essere il principio ispiratore di ogni intervento, a garanzia della sua salute e della sua sicurezza. Ogni messaggio di tipo pubblicitario deve essere immediatamente identificabile come tale, e la trasparenza dello stesso deve essere assoluta.

-Non si può pensare che la medicina e l'odontoiatria, pur in quanto servizi con caratteristiche peculiari, siano svincolate da un sistema che in generale tende a liberalizzare e deregolamentare qualunque attività che abbia implicazioni economiche. Nello specifico, non si può agire secondo linee che limitino al consumatore/paziente la possibilità di avere a disposizione tutte le informazioni necessarie per orientarsi nel mercato.

-L'attività del singolo professionista o delle società che vogliono promuovere la propria attività e i servizi offerti non è differenziabile. Lo è però attualmente il sistema di controllo, che sottopone il professionista ad un regime diverso da quello delle società operanti nel settore.

-Vanno individuati caratteri oggettivi di valutazione che permettano di non ricorrere, se non marginalmente, al concetto di decoro e dignità professionale che rientrando appieno tra le "norme in bianco" ormai rivestono carattere residuale essendo di difficile oggettivazione.

-La corretta informazione va valutata in assoluto a prescindere dalla natura e dalle sedi del messaggio. Il fenomeno pubblicità va quindi analizzato e contestualizzato individuando un giusto compromesso tra il diritto del consumatore/paziente ad avere una esaustiva informazione e la tendenza del mercato a proporre messaggi che, sfruttando l'inevitabile asimmetria di conoscenze tra operatori e fruitori, distorcano la percezione del pubblico proponendo soluzioni standardizzate come indistintamente applicabili o trascurino di evidenziare i rapporti costi/beneficio di dette soluzioni.

-Si può ipotizzare un intervento regolatore da parte del legislatore, soprattutto evidenziando le distorsioni del sistema attuale, ma per avere efficacia e non essere un mero auspicio della categoria tale intervento dovrebbe incidere in modo sostanziale sull'impianto complessivo attuale, azione non sappiamo se realizzabile e al quale la politica finora si è dimostrata poco sensibile.

Quando il paziente decide di ricorrere alle cure, non dispone della stessa capacità di scelta che possiede acquistando altri servizi. In altri termini, ricorre alle cure non per soddisfare desideri, ma per necessità.



In tale contesto il paziente deve poter avere consapevolezza, superando la situazione di " asimmetria informativa" in cui versa, che le cure proposte siano effettivamente le più adatte al suo caso e non quelle di massimo lucro per il proponente.

E questo senza necessariamente interferire con la libertà di scelta clinica del professionista, ma sottoponendola ad un sistema che , ad esempio con l'adozione di raccomandazioni cliniche specifiche, permetta di fare chiarezza sulla legittimità delle scelte terapeutiche adottate, chiarendone anche i rapporti costi/benefici e i risultati a lungo termine. Con inevitabili ricadute anche sotto il profilo della responsabilità dell'operatore, concetto probabilmente male accetto alla categoria, ma che porta inevitabilmente , per contro, alla ridefinizione della validità dell'esercizio professionale sotto forme societarie non direttamente sottoposte alla valutazione degli organi di controllo.

Diventa perciò imprescindibile rivolgersi alla popolazione generale per riaffermare (o recuperare) la percezione di unicità e dignità dell'atto medico, il suo valore di prestazione professionale, il ruolo della diagnosi e del piano di trattamento che non può essere ridotto a una banale "vendita " di riabilitazione orale. E quindi smontare all'origine il concetto che la salute orale segua concetti "commerciali" diversi da quelli che invece accompagnano qualunque altra prestazione medica.

Riconfermando pienamente quanto espresso nella definizione di "atto medico" rilasciata dall'UEMS nel 2006, che testualmente dice: " L'atto medico comprende tutte le azioni professionali, vale a dire le attività scientifiche, didattiche, formative ed educative , cliniche, medico tecniche compiute al fine di promuovere la salute ed il buon funzionamento, prevenire le malattie, fornire assistenza diagnostica o terapeutica e riabilitativa a pazienti, gruppi o comunità nel quadro del rispetto dei valori etici e deontologici. Tutto ciò rientra nei doveri del medico iscritto (cioè abilitato e iscritto all' Ordine dei medici) o deve avvenire sotto la sua diretta supervisione o prescrizione".

interventi operativi e tempi di implementazione

Nel quadro esistente, occorre predisporre interventi pratici in grado di governare il fenomeno e non di inseguirlo e subirlo come è stato fino ad ora, con la conseguente deriva a cui si assiste.

-Occorre incrementare la collaborazione con enti come ASL o Comuni sia per potere, da un lato, agevolmente disporre di tutte le informazioni necessarie, sia per poter porre in atto con efficacia tutte le misure sanzionatorie eventualmente erogate. Su questo aspetto è necessario avere supporto e legittimazione delle Cao provinciali con azioni mirate da parte della Federazione Nazionale.

-Risulta importante che l'Ordine, data la sua funzione di controllo debba conoscere le regole che presiedono al settore della pubblicità ingannevole, delle pubblicità comparativa, della pubblicità sleale ed illecita. Si può raggiungere l'obiettivo istituendo corsi di formazione specifica per i rappresentanti d'ordine affinché possano svolgere interventi mirati, competenti ed inattaccabili . Altrettanto importante è conoscere data la ormai ampia casistica quale sia stato il comportamento "medio" adottato dalle varie CAO in situazioni simili, approntando una sorta di vademecum, sia per una corretta valutazione con criteri il meno possibile discrezionali ma basati sul "comune sentire" delle varie Commissioni provinciali, sia per, in caso di contestazioni, poter opporre alle controparti considerazioni condivise che per tale ragione acquisiscano criteri di maggiore oggettività.

-E' necessaria la conoscenza approfondita del territorio: è impossibile il controllo quando non è nemmeno disponibile un censimento degli operatori di una determinata area, soprattutto quando alcuni non sono persone fisiche ma persone giuridiche: a tal scopo, ad es, si potrebbe intraprendere un'azione presso le camere di commercio con una ricerca basata sui codici ATECO. Tale aspetto potrebbe essere superato da un accoglimento della proposta di esercizio (per gli ambiti operativi



che non realizzino un prodotto trascendente l'opera del singolo professionista, cioè tutti quegli interventi terapeutici che, per poter essere realizzati, richiedono l'intervento simultaneo e coordinato di più medici, ma che invece realizzano la "normale" attività conservativa, ortodontica, protesica, chirurgica ecc.) esclusivo della professione da parte di STP, verso il quale parte della giurisprudenza si sta orientando, ma che al momento non è ancora incontestato. Inoltre, si potrebbe spingere per avere una modifica regolamentare che preveda la comunicazione di posizione lavorativa, e la conseguente giurisdizione disciplinare, indipendentemente dalla provincia di iscrizione. Meglio ancora sarebbe se si arrivasse all'iscrizione legata alla posizione lavorativa prevalente, prendendo spunto, ad es., da quanto previsto dal costituendo albo degli igienisti, introducendo apposite modifiche nello statuto degli Ordini. Questo aspetto assume maggiore importanza anche alla luce della recente riforma delle istituzioni ordinistiche, che modifica anche i procedimenti disciplinari, benchè questa materia non sia ancora pienamente definita mancandone i decreti attuativi.

-Il fenomeno della disinformazione indotta dalla pubblicità sanitaria ha probabilmente anche dei risvolti costituzionali, per cui si può ipotizzare di interpellare preventivamente giuristi (giudici di cassazione, costituzionalisti, docenti di diritto) , per poter intervenire , soprattutto nei casi più eclatanti, con provvedimenti mirati che facciano precedente e che assumano il valore di linea guida, come avvenuto con la recente sentenza del Consiglio di Stato. Permettendo così di intervenire individuando i casi più emblematici per istruire una serie di "cause pilota" con interessamento e supporto, oltre che delle Cao territoriali, anche della Cao nazionale: non tutte le realtà posseggono la necessaria forza economica per sopportare procedimenti lunghi e complessi, e questo sistema permetterebbe inoltre di concentrare gli sforzi su quelle situazioni che effettivamente possano rivestire carattere paradigmatico, e quindi permettere di "fare giurisprudenza" considerato che spesso il potere giudiziario ha vicariato il potere legislativo.

-E' necessario pensare ad una formazione educativa alla deontologia fin dagli studi universitari, unendola a un percorso di insegnamento su argomenti gestionali ed economici. Illustrando ai futuri professionisti quali siano le utilità, i danni, gli effetti, i limiti della pubblicità sanitaria si può creare una cultura della corretta informazione e della corretta gestione manageriale. Ciò permetterebbe da un lato di inserire nel sistema formativo dei corretti concetti di gestione economica, che permettano la giusta redditività del proprio operato, e consentano ai nuovi entrati di valorizzare responsabilmente la propria professionalità indipendentemente dalla forma di esercizio, e dall'altro di dare piena conoscenza della particolarità della propria professione dal punto di vista etico.

Come affrontare le pubblicità scorrette (riferimenti legislativi ed esempi pratici)

Una breve premessa per analizzare correttamente la questione: cosa si intende per "pubblicità", pubblicità ingannevole, veritiera, trasparente? Per pubblicità si intende (D.Lgs. 2 agosto 2007, n.145 contro la pubblicità ingannevole) qualsiasi forma di messaggio che è diffuso, in qualsiasi modo.....allo scopo di promuovere ...la prestazione di servizi...

Pubblicità ingannevole: qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche a cui è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente; oppure è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi: l'esistenza o la natura del



prodotto, le caratteristiche principali del prodotto quali disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post vendita, i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo (come non pensare a pubblicità di prezzi scontati senza l'indicazione del prezzo finale) artt.21 e seguenti D.Lgs.206/2005. Risulta, certamente, ingannevole quella pubblicità che, riguardando gli aspetti della salute e sicurezza, omette di darne completa notizia in modo da indurre i pazienti a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza (come non pensare all'implantologia per chiunque con il 100% di successo o garantita a vita?). Infatti, TAR Lazio 24 aprile 2009, n.4138, *“la consapevolezza dell'operatore professionale sul piano tecnico-scientifico e delle diverse caratteristiche prestazionali dei prodotti rende l'omissione di informazioni utili al consumatore sicuramente addebitabile alla società”*.

Il concetto di trasparenza significa che la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale, con modalità, anche grafiche, che la rendano immediatamente distinguibile dalle altre forme di comunicazione, essendo espressamente vietata ogni forma di pubblicità subliminale (e qui il pensiero va, immediatamente, a tutte quelle forme di redazionali citate in precedenza).

Il concetto di veridicità viene esplicitato dalla Corte di Cassazione in alcune sentenze ed ancorato a due aspetti basati su 1) il Codice Deontologico (3717/2012...*dovrà giudicare se la pubblicità posta in essere dalle due società, delle quali il dott. X era direttore sanitario, fosse o meno conforme a veridicità e correttezza sulla base del codice deontologico*) e 2) scientificità delle affermazioni (17417/2011.....*il sindacato su valutazioni di carattere tecnico/specialistico formulate dall'organo disciplinare di prima istanza*); non essendo applicabili semplicemente i principi di “dire quello che si fa” e “fare quello che si dice”, come dimostrano le pubblicità di “trattamenti” con acqua di Lourdes o bicarbonato.

È indubbio che la pubblicità costituisca una pratica commerciale, essendo quest'ultima “qualsiasi azione omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto (cioè qualsiasi bene o servizio) ai consumatori”.

Val la pena evidenziare, quindi, che pratiche commerciali contrarie alle norme di diligenza professionale (e qui ci si richiama, ad esempio, alle raccomandazioni cliniche in odontoiatria o alle linee guida) sono considerate pratiche commerciali sleali e che il contenere informazioni false, costituisca azione ingannevole, anche omettendo informazioni rilevanti quali, ad esempio, la necessità di manutenzione (come non pensare a tutte le forme di pubblicità che omettono la necessità di controlli e terapie di mantenimento post intervento) (art. 6 e 7 della Direttiva 2005/29 e D.Lgs. 2 agosto 2007 n.145).

Inquadrato quindi, attraverso i riferimenti normativi e giurisdizionali, l'ambito di riferimento della pubblicità, occorre ora introdurre l'aggettivo seguente: commerciale (o promozionale) e informativa. La pubblicità informativa (legge 248/2006, 148/2011, DPR 137/2012) si applica a tutte le professioni regolamentate, di contro dalla pubblicità commerciale o promozionale (Direttiva 123/2006 e D.Lgs. 59/2010) sono espressamente escluse le professioni sanitarie (art. 2 Direttiva e art. 7 del D.Lgs). In ogni caso l'abolizione dei limiti alla pubblicità professionale non è assoluta, infatti l'art.24, comma 2, della Direttiva stabilisce che :

“Gli Stati membri provvedono affinché le comunicazioni commerciali che emanano dalle professioni regolamentate ottemperino alle regole professionali, in conformità del diritto comunitario, riguardanti, in particolare, l'indipendenza, la dignità e l'integrità della professione nonché il segreto professionale, nel rispetto della specificità di ciascuna professione. Le regole professionali in materia di comunicazioni commerciali sono non discriminatorie, giustificate da motivi imperativi di interesse generale e proporzionate”



Di tutta evidenza, quindi, la volontà del Legislatore (sia comunitario, che nazionale) di delimitare gli ambiti pubblicitari delle professioni regolamentate e, tra queste, garantire un'ulteriore tutela all'ambito sanitario. Infatti quest'ultimo incide sulla tutela della salute e della vita, elementi, questi, che occupano una posizione preminente tra i beni protetti sia dal Trattato UE che dalla Costituzione italiana.

La volontà del legislatore di porre l'accento sul carattere "informativo" (e non suggestivo-promozionale, che tenta di promuovere la vendita di un bene o un servizio) appare chiaramente dall'iter legislativo di approvazione del d.l. 223/2006 (cd Bersani). Infatti il testo del decreto legge prevedeva che fosse eliminato *"il divieto, anche parziale, di pubblicizzare i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle prestazioni"*, mentre nella legge di conversione (la 248/2006) cambia il tenore del testo che diventa *"il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine"*. dello stesso tenore la legge 148/2011 ed il DPR 137/2012 *"E' ammessa con ogni mezzo la pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni. La pubblicità informativa di cui al comma 1 deve essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non deve essere equivoca, ingannevole o denigratoria"*

Quindi viene stabilito di sottrarre il cittadino alle "sirene incantatrici" della pubblicità commerciale suggestiva, fatto ribadito anche in diverse affermazioni giurisprudenziali :

- Corte Giustizia Europea 19 maggio 2009 causa C-531/06 *"un'attività orientata in un'ottica professionale può offrire maggiori garanzie per la collettività rispetto a quella imprenditoriale che ha obiettivi meramente economici"*
- CGE Causa C-446/05 *"Anzitutto, le prestazioni di cure non sono come le altre prestazioni di servizi. Esse producono effetti sull'integrità fisica e psichica del beneficiario e sull'equilibrio psicologico di quest'ultimo. Inoltre, il paziente vi ricorre per far fronte ad un'esigenza effettiva di ristabilire la propria salute o, se del caso, di salvaguardare la sua stessa vita. Data l'importanza degli interessi in gioco, il paziente, nel momento in cui decide di ricorrere o meno alla prestazione di cure, non dispone della medesima libertà di scelta di cui dispone normalmente con riguardo agli altri servizi. Quando ricorre alla prestazione di cure, il paziente non soddisfa un desiderio ma fa fronte ad una necessità..... In altri termini, il paziente deve poter essere certo che, allorché lo specialista cui si è rivolto gli consiglia o gli raccomanda di sottoporsi ad un trattamento, tale consiglio o tale raccomandazione siano motivate unicamente da esigenze di tutela della salute.... detto rapporto di fiducia verrebbe compromesso qualora i prestatori di cure dentarie fossero autorizzati a fare pubblicità dei loro servizi allo scopo di promuoverli"*
- CGE C-335/2017 *"Inoltre, tenuto conto dell'importanza del rapporto di fiducia che deve prevalere tra il dentista e il paziente, si deve ritenere che la tutela della dignità della professione di dentista sia parimenti tale da costituire un siffatto motivo imperativo di carattere generale. Orbene l'utilizzo intensivo di pubblicità o la scelta di messaggi promozionali aggressivi,, può nuocere, deteriorando l'immagine della professione di dentista, alterando il rapporto tra i dentisti e i loro pazienti nonché favorendo la realizzazione di cure inadeguate o non necessarie alla tutela della salute e pregiudicare la dignità della professione di dentista"*



- Corte Cassazione S.U. 19705 del 23 ottobre 2012 *“La sentenza impugnata ha infatti ritenuto che il messaggio pubblicitario inserito nel box era connotato da slogan sull’attività svolta dal ricorrente, con grafica tale da porre enfasi sul dato economico e contenente dati equivoci, suggestivi ed eccedenti il carattere informativo, per cui il messaggio integrava modalità attrattiva delle clientela con mezzi suggestivi ed incompatibili con la dignità e il decoro professionale, per la marcata natura commerciale dell’informativa sui costi molto bassi.*

Quindi pubblicità informativa, con specifiche caratteristiche (funzionali a che il consumatore, come scritto negli atti parlamentari di conversione del d.l.223/2006, *“attraverso la trasparenza del mercato e la conoscibilità delle diverse alternative”* possa compiere una scelta informata) che abbiamo prima richiamato, giacché (Consiglio di Stato n. 3467/2018) *“non può essere condivisa la tesi che vorrebbe liberalizzata l’attività pubblicitaria svolta dagli esercenti attività libero professionali sanitarie ed integralmente la l.n. 175 del 1992”* essendo *“l’effetto abrogativo della disciplina successiva alla l. n. 175 del 1992 dovesse ritenersi circoscritto alle sole disposizioni concernenti il divieto di svolgimento di pubblicità informativa dei servizi professionali ovvero alle norme che si pongano in contrasto con i principi di libertà, trasparenza e veridicità della pubblicità, nonché di non equivocità e correttezza delle informazioni veicolate”*., *“mantenendo però un potere di verifica, da parte dell’ordine di riferimento, sul contenuto del messaggio pubblicitario, al fine di valutare il rispetto dei limiti legali consistenti nella trasparenza e nella veridicità del messaggio.”*

Ad onor del vero esiste una sentenza di “segno opposto” che afferma la possibilità di svolgere pubblicità promozionale (T.A.R. Lazio Sez. I n. 4943/2015 *“sulla base delle norme primarie applicabili e dei principi comunitari vigenti in materia, sia la pubblicità promozionale che la pubblicità comparativa sono lecite, e non possono essere vietate, laddove prive di profili di ingannevolezza, equivocità e denigratorietà.*

E’ del pari pacifico che il divieto di pubblicità comparativa permane pure nel codice deontologico approvato nel 2014, che, pur abbandonando il criterio del “decoro” quale parametro di valutazione dei messaggi pubblicitari, continua a utilizzare, al secondo comma dell’art. 54, una serie di parametri, alcuni dei quali molto generici e comunque non previsti dalla vigente normativa, potenzialmente idonei a produrre il medesimo effetto di una applicazione restrittiva della concorrenza, in precedenza riconducibile al richiamo al concetto di “decoro professionale”), sentenza su cui il grado superiore non si è espresso nel merito delle affermazioni (C.d.S. Sez. VI n.167/2016 *“L’appello della FNOMCeO deve, pertanto, essere accolto e, per l’effetto, accertata la prescrizione dell’illecito, deve essere annullato il provvedimento dell’AGCM 4 settembre 2014, n. 25078”*).

Tuttavia quanto sentenziato dal TAR Lazio contrasta con la sentenza della Corte di Giustizia Europea (C-475/2011) che ritiene lecita l’esistenza di norme deontologiche che vietano forme pubblicitarie contrarie all’etica professionale, nonché con tre sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (oltre alla già citata n.19705/2012, anche le n.14368/2012 e la 10304/2013).

Quindi, stabilita la portata delle “liberalizzazioni” all’interno del quadro legislativo italiano (TAR Liguria n. 802/2017 e Consiglio di Stato n. 3467/2018), è possibile trarre spunti anche su altri aspetti richiamati nella legge 175/92.

Il primo punto su cui vorremmo richiamare l’attenzione è quanto stabilito dall’art. *“Art. 9-bis legge 175/92 - 1. Gli esercenti le professioni sanitarie di cui all’articolo 1 nonché le strutture sanitarie di*



cui all'articolo 4 possono effettuare la pubblicità nelle forme consentite dalla presente legge e nel limite di spesa del 5 per cento del reddito dichiarato per l'anno precedente".

Infatti, tale articolo, non impedisce di fare pubblicità informativa, ma tende a limitare la possibilità di svolgere campagne pubblicitarie eccessive e massive, come, tra l'altro stabilisce la Corte di Giustizia Europea C-335/2017 per la quale *"l'utilizzo intensivo della pubblicità o la scelta di messaggi promozionali aggressivi.... può nuocere.....alla tutela della salute e pregiudicare la dignità della professione di dentista"* e, secondo la Corte, entrambi questi elementi costituiscono *"motivi imperativi di interesse generale"* tali da rendere lecito una limitazione (non assoluta, ma proporzionata al raggiungimento degli obiettivi *"imperativi di interesse generale"*) della possibilità di svolgere pubblicità. Pertanto, a nostro parere, tale articolo è pienamente vigente e si raccomanda alla CAON di farsi parte attiva per gli aspetti di scala nazionale.

Un ultimo aspetto merita di essere analizzato.

Il quadro legislativo italiano si inserisce nel più ampio quadro normativo europeo. Per costante pronuncia da parte della Corte Costituzionale (n. 170/1984) *"La normativa comunitaria - si è detto in quella pronuncia - entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità"*. Nonché (n.113/1985) *"qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario"* ed inoltre (n.389/1989) *"Come questa Corte ha affermato nella sentenza n. 170 del 1984 e in altre successive, il riconoscimento dell'ordinamento comunitario e di quello nazionale come ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti, porta a considerare l'immissione diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili come la conseguenza del riconoscimento della loro derivazione da una fonte (esterna) a competenza riservata, la cui giustificazione costituzionale va imputata all'art. 11 della Costituzione e al conseguente particolare valore giuridico attribuito al Trattato istitutivo delle Comunità europee e agli atti a questo equiparati"*. pertanto *"le norme comunitarie direttamente applicabili prevalgono rispetto alle norme nazionali, anche se di rango legislativo, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi"*. *"E se, sul piano dell'ordinamento nazionale, tale esigenza si collega al principio della certezza del diritto, sul piano comunitario, invece, rappresenta una garanzia così essenziale al principio della prevalenza del proprio diritto su quelli nazionali da costituire l'oggetto di un preciso obbligo per gli Stati membri (v., in tal senso, Corte di giustizia delle Comunità europee: sent. 25 ottobre 1979, in causa 159/78; sent. 15 ottobre 1986, in causa 168/85; sent. 2 marzo 1988, in causa 104/86)"* le norme comunitarie direttamente applicabili prevalgono rispetto alle norme nazionali, anche se di rango legislativo, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi.

Orbene la Direttiva 2000/31 (Direttiva sul commercio elettronico, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare in commercio elettronico, nel mercato interno) all'art.8 (Professioni regolamentate) prevede che *"Gli Stati membri provvedono affinché l'impiego di comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte, fornite da chi esercita una professione regolamentata, siano*



autorizzate nel rispetto delle regole professionali relative, in particolare, all'indipendenza, alla dignità, all'onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi.”

La Corte di Giustizia Europea ha stabilito che “la pubblicità di prestazioni di cura del cavo orale e dei denti, effettuata mediante un sito Internet creato da chi esercita una professione regolamentata, costituisce una comunicazione commerciale che fa parte di un servizio della società dell'informazione o costituisce un siffatto servizio, ai sensi dell'articolo 8 della direttiva 2000/31”

Pertanto si rileva come, la pubblicità effettuata attraverso internet o social media necessiti, obbligatoriamente, di autorizzazione. Poiché non vi è stata nessuna abrogazione espressa di articoli della legge 175/92, parrebbe essere possibile che, per la fattispecie specifica della pubblicità attraverso i servizi della società dell'informazione, essa possa essere appieno richiamata o, in subordine, essendo la valutazione della correttezza del messaggio pubblicitario demandata all'Ordine, sia quest'ultimo a dover dare autorizzazione.

Infine si rende necessario chiarire quali modalità di intervento siano possibili di fronte a quelle forme di comunicazione pubblicitaria in grado di indirizzare, con subdola efficacia, il cittadino verso la scelta di opzioni terapeutiche più lucrose per il proponente, ma standardizzate e non necessariamente ideali per il paziente, quindi con risvolti sicuramente di rilevanza deontologica.

Questo aspetto può e deve essere valutato, richiamandosi direttamente a numerosi articoli del Codice Deontologico e cioè all'art.4 (Libertà e indipendenza della professione. Autonomia e responsabilità del medico), all'art. 6 (qualità professionale e gestionale), art. 16 (procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati), art. 18 (trattamenti che incidono sull'integrità psico-fisica), art. 65 (Società tra professionisti), art. 68 (Medico operante in strutture pubbliche e private), art. 69 (Direzione sanitaria e responsabile sanitario), art. 70 (Qualità ed equità delle prestazioni), art. 79 (Innovazione e organizzazione sanitaria). La possibilità di ispezione, da parte dell'Ordine, per la verifica del rispetto dei “doveri” professionali trova la sua origine normativa nell'art.8 della legge 175/92. Sulla portata dello stesso si sono avute alcune pronunce della Corte di Cassazione, tra cui Cass. Civ. Sez. Unite 14/10/1998, n.10151 che descrivendo la portata della legge 175/92 afferma che “...non essendo contestabile che l'apparato normativo in esame presidia l'osservanza delle regole di correttezza professionale nel delicato settore della pubblicità della professione medica la quale deve svolgersi secondo specifiche prescrizioni di legge e con il controllo dell'ordine professionale che si esprime...e nello svolgimento dell'attività ispettiva di cui all'art.8 al fine di vigilare sul rispetto dei “doveri” inerenti alla professione,”. Sulle modalità di esercizio dell'attività ispettiva prevista nel comma 2 dell'art.8 “gli ordini hanno la facoltà di promuovere ispezioni presso gli studi professionali degli iscritti ai rispettivi albi provinciali, al fine di vigilare sul rispetto dei doveri inerenti alle rispettive professioni”, si è espressa la Cass. Civ. Sez. III 23/01/2002 n.743 che ha stabilito che tale attività ispettiva può essere svolta sia direttamente che indirettamente, anche per tramite di un'agenzia investigativa.

Considerazioni finali

Oltre a quanto esposto nei paragrafi precedenti, diviene necessario porre il problema di come si intenda o si desideri modificarne la regolamentazione.

Se cioè ci si debba limitare a contenere i danni, come fino ad ora sostanzialmente si è fatto, e con risultati ahimè deludenti; o se sia possibile ipotizzare scenari diversi, che però oggettivamente



richiedono l'intervento del legislatore e quindi, necessariamente, l'espressione di una chiara e condivisa richiesta da parte della categoria eventualmente supportata da altre azioni che ne richiedano l'attenzione.

Infatti, nel primo caso, sarà opportuno raccogliere tutto quanto con il tempo emerge dal chiarirsi della giurisprudenza, fino a comporre un corpus di sentenze che permetta di schematizzare quanto è possibile o ammesso, come esemplificato nel paragrafo precedente.

A nostro avviso, però, tale approccio si scontra con tempi di attuazione incompatibili con la diffusione del fenomeno e la sua rapida evoluzione. Questo tipo di atteggiamento soffre inoltre, e in molti casi è già successo, del vulnus rappresentato dall'interpretazione di quelle "zone d'ombra", precedentemente menzionate, che aprono spazi ad interventi di organismi terzi, come il garante della concorrenza o altri, in grado di vanificare o depotenziare l'azione svolta.

D'altro canto, mettendo in campo forze che spaziano dal creare movimenti di opinione alla pura azione lobbistica, è pensabile voler porre all'attenzione del legislatore le tematiche sopra esposte, richiedendone un intervento in senso profondamente riformatore. Né questo entra in contrasto con norme superiori vigenti, perché non può dimenticarsi quanto statuito dalla Corte di giustizia europea, sez. seconda, del 13 marzo 2008, nella causa n. 446/05, ove si afferma che una normativa nazionale (nella specie la legge belga 15 aprile 1958 relativa alla pubblicità in materia di cure dentistiche) che vieti a chiunque, nonché ai prestatori di cure dentistiche, nell'ambito di una libera professione o di uno studio dentistico, di effettuare qualsivoglia pubblicità nel settore delle cure dentistiche, non contrasta con l'art. 81 del Trattato che tutela la libera concorrenza all'interno del mercato unico.

In tal caso diventa imperativo avviare una discussione quanto più ampia e condivisa possibile all'interno della categoria, che sia in grado di evidenziare correttamente le varie opzioni disponibili e permetta un'azione efficace. Non dimenticando però che il fine ultimo di ogni modifica deve essere quello di migliorare, o comunque tutelare, gli interessi del cittadino nella sua più alta accezione. E cioè non solo di correggere quanto può rivelarsi distorsivo del mercato, ma anche quanto incide non solo sulla qualità delle cure a cui il cittadino accede, ma soprattutto sulla percezione di queste, della loro utilità e modalità di attuazione. Intervendo cioè sul fenomeno più pericoloso per la collettività che la liberalizzazione selvaggia ha provocato, lo svilimento della cura intesa come risposta a una necessità a quella della cura come soddisfacimento di **falsi bisogni**.

In tal senso le strade percorribili possono essere solo la persecuzione di un integrale ritorno alla situazione quo ante, con un totale divieto di ogni forma di pubblicità, o, meno ambiziosamente, ad una maggiore incisività dei meccanismi di controllo.

La scelta intrapresa porterà alla costruzione di scenari diversi, anch'essi meritevoli di accurata analisi.

Il ritorno al totale divieto della pubblicità sanitaria in tutte le sue forme comporta anche l'impossibilità per il cittadino ad accedere a tutte quelle informazioni che per comodità di enunciazione definiamo "neutre", cioè sede, orari, specializzazioni ecc., peraltro facilmente verificabili in quanto a veridicità e trasparenza, ledendo però un suo diritto fondamentale, cioè quello di poter avere libero accesso alle informazioni. Si ritornerebbe cioè a uno scenario simile a quello presente alcuni anni fa, in cui l'unico mezzo "pubblicitario" ammesso era la targa affissa, anch'essa rigidamente regolamentata, e l'inserzione sugli elenchi telefonici. Attualizzandolo ad oggi, potrebbe eventualmente prevedere anche la possibilità di tenere un sito internet considerandolo una sorta di vetrina virtuale, mantenendo però le stesse limitazioni. Un tale atteggiamento restrittivo, benchè sicuramente bene accetto alla categoria, appare sicuramente antistorico, in un'epoca che prevede la massima libertà di informazione e la libera circolazione delle stesse. E probabilmente non sarebbe nemmeno in grado di estirpare il fenomeno, non potendo intervenire che con estrema



difficoltà in situazioni quali pagine facebook surrettiziamente definite come " di uso interno e destinate ai pazienti dello studio" o blog personali mascherati con le stesse diciture.

La scelta opposta potrebbe essere quella di mantenere la situazione attuale, modificando esclusivamente il momento dell'intervento dell'organismo di controllo, in questo caso gli Ordini, rendendolo preventivo. In tal caso ogni messaggio, ***in qualsiasi forma diffuso***, andrebbe sottoposto prima della sua diffusione all'esame dell'Ordine che dovrebbe verificarne la congruità sia a norma di legge che di rispondenza ai dettami del codice deontologico.

Questa soluzione non può oggettivamente essere accusata di introdurre ulteriore burocratizzazione, essendo l'Ordine un organo di tipo amministrativo, che prevede la necessità di una risposta entro 30 giorni dalla presentazione della domanda, secondo la norma del silenzio-assenso. Prevede però anche, in caso di diniego, che lo stesso sia opportunamente motivato e che, nel caso il diniego provochi un accertato danno economico al proponente, si attivino meccanismi risarcitori, e quindi un ruolo di assunzione di responsabilità da parte dell'Ordine deliberante di assoluta rilevanza. Tale responsabilità inoltre permanerebbe anche successivamente, qualora il messaggio "autorizzato" venisse modificato autonomamente dal professionista, dando piena applicazione al concetto di dovere di verifica " in vigilando" in caso di contenzioso medico-paziente.

Anche questa soluzione , probabilmente tecnicamente e politicamente più facilmente percorribile, richiedendo sostanzialmente la necessità di un emendamento alle leggi presenti senza stravolgerne l'impianto, avrebbe poi comunque la necessità, per poter essere pienamente applicabile, di un corollario di norme chiarificatrici, in grado cioè di ovviare a delle criticità già parzialmente emerse con l'ordinamento attuale.

Necessiterebbe, ad esempio, di una chiara individuazione dell'Ordine destinatario della domanda (e qui ci richiamiamo a quanto precedentemente considerato, nei cenni fatti sulla competenza disciplinare e sulla attuale assenza di decreti attuativi della riforma ordinistica che ne regolano il funzionamento). Infatti sarebbe ben diverso se l'Ordine competente ad autorizzare una comunicazione pubblicitaria fosse quello coinvolto per competenza territoriale di diffusione della stessa, piuttosto che quello di iscrizione dell'appellante; e nel caso di presenza di direttore sanitario, altrettanto andrebbe considerato. Inoltre , andrebbe altrettanto chiaramente espressa la competenza in caso di società operanti in modo diffuso sul territorio; cioè se mantenere in capo l'autorizzazione preventiva all'obbligatorio direttore sanitario di ogni singola struttura, con la possibilità però di generare pareri difformi a seconda dell'Ordine coinvolto, e quindi ricadere nella possibilità di contenzioso ricordata precedentemente; caso affatto improbabile vista la strutturazione molto spesso in forma di franchising di dette catene. Andrebbe infine valutato se , soprattutto nei casi di messaggi veicolati da mezzi di ampia diffusione , concedere una autorizzazione preventiva valida su tutto il territorio nazionale, ma anche in questo caso andrebbe comunque chiaramente individuato quale sia l'Ordine coinvolto nell'espressione del parere.

In tal caso sarebbe necessario a nostro avviso ricorrere a una valutazione che necessariamente potrebbe solo essere rilasciata dalla FNOMCeO , con conseguente obbligo di comunicazione , sotto forma di circolare, in analogia a quanto già avviene nei casi di sospensione/ allerta/ cancellazione a tutte le 106 sedi ordinistiche.