

Publicità Sanitaria: norme vigenti e profili di etica deontologica

Norme vigenti e profili di etica deontologica

Nel corso degli anni la materia della pubblicità sanitaria ha molto interessato l'attività del legislatore italiano il quale a più riprese l'ha ridisegnata con innovazioni normative che hanno dato un volto nuovo al sistema pubblicitario in campo medico ed odontoiatrico, e ciò sia per le prestazioni professionali individuali che per quelle associative e societarie.

L'evoluzione legislativa è stata caratterizzata da un susseguirsi di norme che hanno stravolto l'impianto originario della legge n.175 del 1992 e per comprenderne le trasformazioni bisogna prendere le mosse da quest'ultima legge, che aveva stabilito forme e modi di diffusione del messaggio pubblicitario, determinando le sanzioni da applicare al sanitario che non si fosse attenuto alle prescrizioni di fonte legislativa e deontologica, contestualmente individuando l'Ordine Provinciale come soggetto titolato e legittimato all'esercizio del potere di verifica e di applicazione delle misure disciplinari.

La legge n.175/1992 consentiva la pubblicità concernente l'esercizio delle professioni sanitarie, soltanto mediante targhe, insegne, iscrizioni sugli elenchi telefonici, sugli elenchi generali di categoria, attraverso periodici destinati esclusivamente agli esercenti e attraverso giornali, quotidiani e periodici d'informazione anche non destinati esclusivamente ai professionisti della sanità.

I messaggi pubblicitari, nelle forme consentite dalla legge, potevano però contenere soltanto le seguenti indicazioni: a) nome, cognome, indirizzo, numero telefonico ed eventuale recapito del professionista e orario delle visite o di apertura al pubblico, b) titoli di studio, titoli accademici, titoli di specializzazione e di carriera, senza abbreviazione che possano indurre in equivoco, c) onorificenze concesse o riconosciute dallo Stato; d) coloro che avevano praticato una branca specialistica presso strutture sanitarie o istituzioni private convenzionate senza possedere il relativo titolo di specializzazione potevano fare menzione della disciplina specialistica esercitata con espressioni che ripetevano la denominazione ufficiale della specialità e che non inducevano in errore o equivoco sul possesso del titolo di specializzazione. La legge, quindi, escludeva la possibilità di pubblicizzare le caratteristiche del servizio reso e il prezzo della prestazione.

La legge n.175 del 1992 si è caratterizzata, inoltre, per tre importanti novità, riguardanti, nello specifico, il potere dell'Ordine, la competenza territoriale dell'Ordine ed il sistema sanzionatorio. Vediamo di cosa si tratta più precisamente:

- la prima è contenuta nell'art. 2 secondo il quale: "ai fini del rilascio del nulla osta, l'Ordine o il Collegio professionale deve verificare l'osservanza delle disposizioni di cui all'art.1". All'Ordine professionale, dunque, è stato attribuito un potere di verifica da estrinsecare con la concessione del nulla-osta e questa funzione di controllo è stata configurata dal legislatore e ontologicamente intesa come un adempimento preventivo all'autorizzazione alla diffusione del messaggio pubblicitario; successivamente rilasciata dal Sindaco per i liberi professionisti e dalla Regione per le strutture sanitarie complesse;
- la seconda contenuta nell'art.2 secondo il quale: "quando l'attività a cui si riferisce l'annuncio sia svolta in provincia diversa da quella di iscrizione all'albo professionale, il nulla osta è rilasciato dall'Ordine della provincia nella quale viene diffuso l'annuncio stesso". Viene così a realizzarsi una spartizione della competenza territoriale nel senso che all'Ordine provinciale nel cui ambito ricade il messaggio pubblicitario è stato riconosciuto il controllo connesso all'attività di verifica, mentre rimane impregiudicato e quindi

confermato il potere disciplinare dell'Ordine di iscrizione del sanitario con il compito di giudicare le violazioni normative e deontologiche e l'eventuale irrogazione della sanzione punitiva;

- la terza contenuta nell'art.3 secondo il quale: "se la pubblicità non autorizzata contiene indicazioni false, la sospensione è da sei mesi ad un anno. Alla stessa sanzione sono soggetti gli esercenti le professioni sanitarie che effettuino pubblicità a qualsiasi titolo con mezzi e forme non disciplinati dalla presente legge". La particolarità della disposizione, pertanto, consiste nel suo precetto vincolante proprio sulla predeterminazione delle sanzioni disciplinari irrogabili essendo state queste tipizzate in quella della sospensione a sua volta circoscritta nell'arco temporale da sei mesi ad un anno.

A sconvolgere tale quadro è stata l'introduzione nel nostro ordinamento dell'art.2, comma 1, del decreto legge n.223/2006, convertito nella legge n.248/2006, meglio noto come decreto Bersani, in base al quale "in conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di consentire di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali:

- a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti;
- b) il divieto, anche parziale, di svolgere la 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".

Con la pubblicazione del decreto Bersani l'intento del legislatore, nel rispetto del principio comunitario della libera concorrenza del mercato e della libertà di circolazione dei servizi, è stato sicuramente quello di favorire la diffusione delle qualifiche complete dei sanitari e delle prestazioni erogate, dei presidi diagnostici utilizzati, dei procedimenti terapeutici seguiti, delle tariffe applicate, in modo da consentire al paziente una scelta autonoma e ponderata in base alle proprie esigenze.

Tuttavia l'emanazione della legge, sovrapponendosi ad un quadro normativo preesistente, ha inevitabilmente posto problemi di ordine interpretativo, sia di carattere sostanziale che di carattere procedurale, come quello relativo alla vigenza ovvero abrogazione della legge n.175/1992, che ha disciplinato dettagliatamente la materia non lasciando margini di discrezionalità agli Ordini professionali, chiamati al rilascio del nulla osta in presenza di messaggi pubblicitari conformi alle disposizioni normative allora in vigore.

Al di là delle diverse interpretazioni susseguitesi nel tempo, appare inequivocabile che il decreto Bersani non contiene, nella materia che ci occupa, alcuna abrogazione specifica della legge bensì si limita, esclusivamente, ad abrogare le norme che prevedono tariffe obbligatorie nel minimo e il divieto, anche parziale, di pubblicizzare i titoli e le specializzazioni, le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle prestazioni.

Come abbiamo visto, la legge n.175 del 1992 non conteneva, in realtà, un divieto di pubblicità ma ne regolava l'esercizio limitando, appunto con (taciti) divieti parziali, il veicolo pubblicitario (targhe, inserzioni sugli elenchi telefonici, elenchi generali di categoria, periodici a destinazione specifica, quotidiani e periodici e l'oggetto della comunicazione pubblicitaria (titoli di studio, titoli accademici, titoli di specializzazione e di carriera, senza abbreviazioni che possano indurre in equivoco).

Il Decreto Bersani ha, dunque, rimosso tutto ciò che può intendersi come divieto, totale e parziale, consentendo, pertanto, l'utilizzo di altri veicoli pubblicitari rispetto a quelli già consentiti dalla legge n.175/1992 ed ha allargato l'oggetto della comunicazione pubblicitaria ad altre notizie anche diverse dai titoli di studio, titoli accademici, titoli di specializzazione e di carriera, consentendo, specificatamente, anche di comunicare le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle prestazioni.

Non avendo il decreto operato abrogazioni se non relative a divieti, totali o parziali, né avendo abrogato specifiche norme di legge si deve ritenere che tutte le regole relative al controllo, anche preventivo, da parte del Sindaco o della Regione e dell'Ordine, restino tuttora in vigore soprattutto per quel che riguarda le targhe e le insegne mentre per quanto concerne gli altri veicoli pubblicitari (pensiamo ad esempio ai siti internet) la prassi invalsa nel corso degli anni si è attestata sulla opportunità della verifica preventiva, anche se non obbligatoria,

del solo Ordine perché non bisogna dimenticare che l'attività pubblicitaria resta sempre e comunque sottoposta al potere disciplinare ordinistico allorché si dovessero rilevare messaggi o annunci non conformi alla legge ovvero non trasparenti e non veritieri, per cui è interesse di ciascun sanitario ottenere una verifica preliminare che lo mette al riparo dal rischio di un atto sanzionatorio.

Alla stessa stregua, infatti, non possono che rimanere in vigore anche le norme che prevedono sanzioni.

Un elemento particolarmente rilevante è che il decreto Bersani non ha soltanto confermato ma ha anche potenziato la centralità delle funzioni dell'Ordine professionale avendo a questo riconosciuto un ruolo fondamentale di verifica sulla trasparenza e veridicità del messaggio pubblicitario.

Pertanto è mutato il sistema del controllo dell'Ordine: non più una verifica limitata al riscontro degli elementi obiettivi e a valutazioni di tipo meramente tecnico bensì verifica della dichiarazione del sanitario sui requisiti professionali posseduti e sulle caratteristiche del servizio offerto rivolta ad accertare la trasparenza e la veridicità del messaggio veicolato con un potere discrezionale tendente anche ad escludere la possibilità di pubblicità che, per modalità e contenuto, possa presentare il carattere della ingannevolezza, cui fa di conseguenza da contraltare la responsabilità trasferita in capo al sanitario stesso in ordine appunto alla legittimità dell'annuncio destinata agli utenti fruitori delle prestazioni professionali.

Una conferma di quanto sopra la possiamo rinvenire in una decisione della Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie secondo la quale: "La legge 4 agosto 2006, n.248 (cd. Decreto Bersani) ha introdotto sostanziali novità riguardanti la pubblicità in ambito sanitario, senza però aver abrogato in toto la legge n.17 5/1992. Infatti, l'eliminazione della procedura di autorizzazione, conseguenza delle nuove norme, non fa venir meno ma, semmai, aumenta la responsabilità di chi vuole compiere atti di pubblicità informativa essendo rimasto intatto, se non rafforzato, il potere dell'Ordine di verificarne trasparenza, veridicità e decorosità per forma, contenuto, modalità" (cfr. decisione n.23 del 27 maggio 2013).

Più significativo l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione che, con una sentenza n.3717 del 9 marzo 2012, ha precisato che le liberalizzazioni introdotte dalla legge Bersani trovano applicazione non solo per i professionisti ma anche per le strutture sanitarie gestite da società di capitali.

Il Massimo Consesso ha sottolineato che la nuova disciplina "prescinde dalla natura individuale, associativa e societaria dei soggetti che rispetto ai quali rileva l'esercizio della professione sanitaria, atteso che la stessa è attuativa dei principi comunitari volti a garantire la libertà della concorrenza e il corretto funzionamento del mercato e sarebbe illegittimo, oltre che irragionevole, limitarne la portata all'esercizio della professione individuale, fermo restando che, all'interno del nuovo sistema normativo, nel quale la pubblicità non è soggetta a forme di preventiva autorizzazione, gli Ordini professionali hanno il potere di verifica, al fine dell'applicazione delle sanzioni disciplinari, della trasparenza e della veridicità del messaggio pubblicitario".

Il pronunciamento della Corte di Cassazione segna un passaggio di indirizzo particolarmente rilevante in quanto la sentenza sottende due differenti e, per loro stessa natura, contrastanti interessi. Da un lato la possibilità di pubblicizzare la prestazione offerta con metodi e contenuti sempre più estremi e concorrenziali, dall'altro la necessità di tutelare il cittadino da pubblicità ingannevoli in un ambito di sicuro interesse stante la natura del bene protetto: la salute.

Ed ecco il riconoscimento del compito dell'Ordine che si mantiene in una posizione di equilibrio, attento a rendere un giudizio deontologico che calibri il messaggio in termini di decoro e dignità della professione, comunque secondo criteri di veridicità e correttezza del messaggio.

Con l'introduzione del decreto Bersani è consentita, altresì, l'indicazione del prezzo della prestazione: aboliti i minimi tariffari teoricamente l'Ordine non potrebbe intervenire nemmeno in presenza di prezzi assolutamente indignitosi a meno che dette indicazioni non abbiano requisiti tali da farle ricomprendere nel concetto di pubblicità ingannevole. Il prezzo della prestazione potrà essere "parametrato al raggiungimento degli obiettivi perseguiti" ovvero il medico potrà ottenere dal paziente somme diverse e maggiori se l'obiettivo sanitario previsto verrà raggiunto: non più solo onorari parametrati ai (e obbligazioni di) mezzi ma anche onorari parametrati ai (e obbligazioni di) risultati.

L'art.2 della legge Bersani può essere definita quale norma quadro che, recependo i principi del diritto comunitario sulla libertà di concorrenza nell'ambito delle attività commerciali e delle professioni regolamentate per garantire l'effettiva facoltà di scelta degli utenti fruitori anche attraverso la comparazione delle prestazioni offerte dal mercato, ha fissato una cornice legislativa entro cui riconoscere la libertà della pubblicità informativa destinata però ad essere completata, come in effetti è stata poi completata, con una successiva normazione di rifinitura.

L'opera di completamento è intervenuta attraverso la riforma degli ordinamenti professionali che ha meglio regolamentato la pubblicità dei servizi professionali introducendo regole più qualificate al fine di garantire

l'indipendenza, la dignità, l'integrità della professione, ma del pari la tutela generale del consumatore a non essere sviato da messaggi che l'asimmetria dell'informazione tra clienti e prestatori di servizi può rendere particolarmente insidiosi.

I confini pubblicitari sono stati delineati dall'art.3, comma 5, del decreto legge n.138/2011 secondo il quale "la pubblicità informativa, con ogni mezzo, avente ad oggetto l'attività professionale, le specializzazioni ed i titoli professionali posseduti, la struttura dello studio ed i compensi delle prestazioni è libera. Le informazioni devono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere equivocate, ingannevoli, denigratorie". Ancora più esplicita risulta il decreto attuativo della legge n.138/2011, emanato con il DPR n.137 del 2012 il cui art.4 esplicitamente prescrive:

1. "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 ed i compensi richiesti per le prestazioni".
2. "La pubblicità informativa di cui al comma 1 dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non deve essere equivoca, ingannevole o denigratoria".
3. "La violazione della disposizione di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare..."

Volendo riassumere il dettato normativo possiamo affermare che le disposizioni legislative che disciplinano la materia pubblicitaria da un lato la qualificano libera mentre dall'altro ne delimitano i confini e convergono sulla prescrizione di alcune sostanziali limitazioni perché le informazioni pubblicitarie in un regime libera possono spingere a forme di pubblicità estreme, sleali e lesive dell'indipendenza e della dignità della professione, per orientare laddove si vuole la scelta del cittadino.

La comunicazione pubblicitaria tra i professionisti ed i cittadini, infatti, deve essere rispettosa degli obblighi di conformità del messaggio pubblicitario ai principi di trasparenza, veridicità e correttezza, quale contenuto portante ed imprescindibile dell'attività professionale. Vale a dire:

- trasparenza nel senso di notizie palesi e comprensibili;
- veicolate tramite un'informazione sanitaria corretta e veritiera con dati oggettivi resi noti senza ambiguità e con l'uso di espressioni di rigore scientifico e devono essere oggettivi, controllabili e scientificamente verificabili;
- veicolate tramite un'informazione non equivoca, ingannevole o denigratoria, intendendo per tale qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare la scelta dei destinatari, ed anche il loro comportamento economico, ovvero che, per questo motivo, leda o possa ledere la serietà professionale di un concorrente che esercita l'attività sanitaria impedendo in modo sleale che l'attenzione dell'utente possa su quest'ultimo ricadere.

Proprio in funzione della precipua finalità di tutelare il consumatore nella fase preliminare di effettuazione di una scelta consapevole sia in quella di fruizione della prestazione, rimane confermato, ai sensi di legge, il potere di controllo dell'Ordine professionale esercitabile con la verifica sull'oggetto, nonché sulle modalità con cui la pubblicità sanitaria è realizzata e ciò nella duplice finalità di prevenire eventuali fattispecie di illecito nelle forme della pubblicità informativa e di reprimere con l'esperibilità della funzione disciplinare condotte etiche scorrette quando il messaggio rivolto al pubblico, assume forme e contenuti contrari alle disposizioni legislative e ai principi deontologici.

Profili di etica deontologica

Ritorniamo al decreto Bersani per ricordare che l'art.2, comma 3, prescriveva di adeguare ai principi di liberalizzazione dallo stesso recepiti ed entro il 1° gennaio 2007 le disposizioni deontologiche che contenevano prescrizioni sulla pubblicità sanitaria e sulle tariffe professionali anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni; in mancanza di adeguamento entro il suddetto termine dell'1 gennaio 2007 le norme pattizie che risultavano in contrasto con l'abrogazione del divieto di pubblicità informativa e delle tariffazioni fisse e minime sarebbero diventate nulle.

Nel rispetto del principio legislativamente sancito di garantire la qualità delle prestazioni si è proceduto con l'attività di adeguamento del codice di deontologia medica che veniva adottato nel 2006 con l'innovazione di tre disposizioni: l'art.54 riguardante gli onorari professionali, l'art.55 riguardante l'informazione sanitaria e

l'art.56 riguardante la pubblicità dell'informazione sanitaria, nonché di linee guida, allegata allo stesso codice, dettate per regolamentare esplicitamente la materia.

Detti articoli e l'allegato regolamento esplicativo si proponevano di mantenere fede ai principi immutabili dell'etica della professione, chiarendo le differenze tra informazione e pubblicità in ambito sanitario per garantire una comunicazione corretta e veritiera tra professionisti e cittadini.

Il timore era, ed è, quello che l'uso ambiguo del termine "pubblicità informativa" potesse ingenerare confusione dopo che anche il mercato sanitario è stato pervaso dalle suggestioni della competizione e del marketing e la professione del medico e dell'odontoiatra, dal punto di vista giuridico, è divenuta un'impresa, sia pure sui generis. Il termine pubblicità, infatti, ha la connotazione invasiva, promozionale e reclamistica propria dei messaggi intesi a convincere e persuadere i cittadini verso la scelta dei servizi pubblicizzati, anche attraverso la comparazione della qualità delle proprie prestazioni rispetto a quelle di altri, cioè la messa a confronto dei risultati conseguiti per dimostrarne la maggiore efficacia ed attendibilità, che però deprime per una certa pericolosità atteso che in campo sanitario la comparazione dei risultati si può prestare spesso a grossolane interpretazioni ingannevoli circa l'efficacia delle prestazioni oggetto di pubblicità.

L'informazione sanitaria", invece, corrisponde all'offerta di notizie utili e funzionali per il bene salute delle persone, consentendo loro di scegliere consapevolmente quali competenze professionali corrispondono ai loro bisogni, di essere aggiornati sui progressi delle conoscenze scientifiche praticamente utilizzabili e sulle possibili alternative di cure offerte dalla moderna tecnologia sanitaria.

Il codice del 2006 è stato coniato introducendo il divieto categorico della pubblicità promozionale e comparativa.

Con l'adeguamento del codice del 2006 è stato modificato anche l'art.54 sugli onorari professionali.

La nuova norma deontologica ribadiva il principio dell'intesa diretta tra medico e cittadino, riaffermava che l'onorario nel rispetto del decoro professionale doveva essere commisurato alla difficoltà, alla complessità e alla qualità della prestazione, tenendo conto delle competenze e dei mezzi impegnati, e in violazione della normativa Bersani non doveva essere subordinato ai risultati delle prestazioni medesime.

Senonché con una decisione storica n.25078 del 2014 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato sanzionava la Federazione Nazionale ritenendola responsabile di avere posto in essere, con l'adozione del codice deontologico del 2006, un'intesa restrittiva della concorrenza del mercato e una lesione dei principi di liberalizzazione delle professioni intellettuali regolamentate, alterando il normale meccanismo concorrenziale. Sotto la lente di ingrandimento del Garante proprio le disposizioni deontologiche di cui all'art.56 e 54 rispettivamente sulla pubblicità dell'informazione sanitaria e sui compensi professionali ed individua chiaramente quelle limitazioni contrarie alla legge, e quindi da rimuovere, ritenute idonee ad ostacolare ingiustamente l'attività pubblicitaria dei medici e degli odontoiatri.

Vediamole nel dettaglio:

Sulla pubblicità promozionale. Il codice deontologico contempla soltanto la possibilità della pubblicità informativa mentre vieta quella promozionale e, secondo l'Antitrust, tale divieto è da considerarsi illegittimo posto che scopo della pubblicità è proprio la promozione dei servizi offerti da un professionista. La legittimità della pubblicità promozionale è espressamente prevista dall'art.2, lettera f), della Direttiva comunitaria n.2000/31/CE dell'8 giugno 2000 che definisce "comunicazioni commerciali...tutte le forme di comunicazione destinate a promuovere, in modo diretto o indiretto, beni, servizi, o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che svolge un'attività commerciale, industriale o artigianale o una libera professione".

Sulla pubblicità comparativa. Per il Garante tale forma di pubblicità va considerata legittima perché essa è, per sua natura, finalizzata alla valorizzazione degli elementi che differenziano il servizio pubblicizzato e quindi ha un contenuto puramente informativo. Per sostenere la legittimità di questa forma di pubblicità il Garante richiama la Relazione del 2014 della Commissione Europea che ha "ampiamente riconosciuto che la pubblicità, ed in particolare la pubblicità comparativa, può essere uno strumento di concorrenza fondamentale per le nuove imprese che fanno il loro ingresso nel mercato e per le imprese esistenti che lanciano nuovi prodotti".

Sul decoro professionale. Il parametro del decoro professionale, richiamato quale clausola generale per la pubblicità informativa, può condurre secondo il Garante ad interpretazioni restrittive stante la mancata identificazione di criteri che concorrono ad individuare chiaramente l'esatto contenuto prescrittivo. Ma il Garante va oltre e precisa che la nozione di decoro ben può essere inserita nei codici di autoregolamentazione ma esclusivamente come principio generale incentivante la concorrenza tra professionisti al fine di rafforzare i doveri di correttezza professionale e di garantire il corretto espletamento della professione. Ciò in quanto dice

il Garante la nozione di decoro “deve essere utilizzata quale principio generale dell’agire del professionista, potendo essere volta, a titolo esemplificativo, a garantire lo svolgimento diligente ed esaustivo delle prestazioni professionali richieste, la coscienziosa preparazione tecnica, la disponibilità all’aggiornamento continuo anche dei collaboratori e dipendenti, l’efficiente organizzazione del team professionale, la correttezza professionale nei confronti dei colleghi e degli utenti”.

Sulle tariffe. Oltre al richiamo al decoro professionale da parte dell’art.54, per le quali considerazioni ci si rimette a quanto sopra detto, le linee guida ammettevano messaggi informativi contenenti le tariffe delle prestazioni erogate fermo restando che le caratteristiche economiche di una prestazione non dovevano costituire aspetto esclusivo del messaggio informativo. Il Garante, invece, reputa che la sola indicazione del tariffa professionale rappresenta un utile elemento informativo nella determinazione delle scelte dei consumatori, oltre ad incentivare la concorrenzialità tra i prestatori d’opera.

Il Tar Lazio, chiamato a decidere sul ricorso proposto dalla Federazione Nazionale avverso il provvedimento sanzionatorio dell’Antitrust, con sentenza n.4943/2015 ha ritenuto, identicamente a quanto affermato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che il codice di deontologia medica del 2006 abbia introdotto limiti alla pubblicità sanitaria non compatibili con il quadro normativo attuale e che non sono ammesse limitazioni deontologiche ulteriori rispetto a quelle stabilite dalla legge.

La pubblicità per il Tribunale Amministrativo Regionale deve soltanto tutelare il destinatario del messaggio per cui deve essere:

- a) corretta,
- b) trasparente),
- c) veritiera
- d) non ingannevole
- e) concorrente vietando l’utilizzo di informazioni aventi contenuto denigratorio.

Di recente il Consiglio di Stato, con la sentenza n.167, depositata il 19 gennaio 2016, ha accolto il ricorso in appello della Federazione Nazionale avverso la suddetta sentenza annullando la pronuncia di primo grado e, per l’effetto, anche il provvedimento sanzionatorio dell’Antitrust.

Bisogna comunque sottolineare che il Supremo Collegio giunge all’anzidetta decisione accogliendo l’eccezione di prescrizione dell’illecito amministrativo per decorso del termine quinquennale con la conseguenza che la sanzione pecuniaria essendo stata adottata oltre il termine consentito è risultata essere illegittima e, pertanto, andava annullata.

Secondo i giudici di secondo grado, diversamente da quanto asserito dal Tribunale Amministrativo del Lazio che aveva qualificato la condotta sanzionata un illecito permanente, la consumazione della violazione e cioè l’adozione delle norme deontologiche ritenute in contrasto con le norme di legge si sostanzia in una condotta istantanea la cui produzione non presenta i caratteri della continuità e permanenza, con la conseguente decorrenza del termine prescrizione dal momento stesso del suo verificarsi.

Risolta la questione pregiudiziale, il Consiglio di Stato nulla ha detto in merito alla questione e cioè se le norme deontologiche sulla pubblicità sanitaria debbano intendersi idonee a restringere in maniera sensibile la concorrenza mediante l’imposizione degli ingiustificati divieti o vincoli nell’utilizzo degli strumenti pubblicitari, anche se detto giudice, nella fase cautelare del giudizio, nel sospendere l’efficacia della sanzione pecuniaria comminata, si è preoccupato di mantenere fermi gli effetti confermativi del provvedimento dell’Autorità Garante.

Quale è la situazione attuale?

Durante l’istruttoria del procedimento di infrazione dell’Antitrust, nell’anno 2014 la Federazione Nazionale ha adottato il vigente codice di deontologia medica normando nuovamente in materia di pubblicità sanitaria e di compensi professionali con una maggiore corrispondenza ai principi comunitari della libertà concorrenziale tenendo conto delle indicazioni fornite dal Garante.

Tuttavia, secondo l’Antitrust, poco cambia con il codice di deontologia del 2014 rispetto a quello 2006, nonostante sia stato eliminato il parametro del decoro professionale ed il divieto della pubblicità promozionale, restando dunque fermi la disciplina dell’informazione sanitaria ed il divieto della pubblicità comparativa.

L'Autorità Garante ha rilevato che per quanto sia stato eliminato dall'art.56 il criterio del decoro professionale, a cui si doveva adeguare la pubblicità sanitaria, sono stati tuttavia introdotti al secondo comma parametri generici e comunque non previsti dalla vigente normativa nazionale e, pertanto, potenzialmente suscettibili di una interpretazione restrittiva della concorrenza, al pari di quanto riscontrato per il concetto del decoro.

La disposizione prescrive, infatti, che la pubblicità sanitaria deve essere funzionale all'oggetto, trasparente, veritiera, prudente, obiettiva e pertinente mai equivoca, ingannevole o denigratoria.

Ad avviso del Garante, con i termini "prudente, obiettiva e pertinente" si vuole nuovamente vincolare la pubblicità a clausole dal contenuto non definito che possono produrre i medesimi effetti in precedenza riconducibile al concetto del decoro professionale

Ed ancora, pur essendo stato eliminato il divieto della pubblicità promozionale, l'Autorità Garante ha osservato che al terzo comma dell'art.56 è ancora previsto un generale divieto di pubblicità comparativa delle prestazioni che, oltre ad essere in contrasto col vigente dettato normativo, costituisce una limitazione dell'attività promozionale delle professioni sanitarie.

Di non poco rilievo è la circostanza che dette considerazioni con riferimento alle nuove norme del codice deontologico del 2014 sono state condivise dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, nella sentenza annullata.

Ancora l'Antitrust ha censurato l'art.54 sui compensi professionali che, all'ultimo comma, nel prescrivere la possibilità di prestare gratuitamente l'opera professionale, ne delimitava il campo aggiungendo purché tale comportamento non rivesta una connotazione esclusivamente commerciale, condizione quest'ultima restrittiva dei principi di libera concorrenza del mercato.

La Federazione Nazionale, pertanto, ha sospeso l'applicazione degli artt.54 e 56 nelle parti contestate dal Garante al fine di evitare una procedura di infrazione e, per lo stesso motivo, ancora oggi dette disposizioni deontologiche risultano sospese in attesa di una nuova regolamentazione.

Il provvedimento dell'Antitrust e la sentenza del Tar Lazio, che hanno censurato le norme del codice deontologico del 2006 nonché contestato alcune del vigente codice del 2014, suscitano forti perplessità circa la conformità di quest'ultimo alle norme primarie dettate in materia di pubblicità sanitaria.

E' vero che la sanzione amministrativa è stata annullata ma è altrettanto vero che il Consiglio di Stato, nel risolvere l'eccezione pregiudiziale di prescrizione, ha omesso di valutare gli aspetti sostanziali della materia del contendere.

Quindi cosa avverrà adesso posto che due dati sono certi? Il provvedimento sanzionatorio non esiste più, ripeto per motivi procedurali, pur tuttavia la posizione assunta dall'Antitrust e l'orientamento giurisprudenziale del Tar Lazio certamente non possono non fungere da utili punti di partenza per rimodulare conformemente le norme deontologiche sospese considerato che una loro riattivazione potrebbe comportare il rischio di andare incontro ad una nuova procedura di infrazione.

Per cui gli Ordini professionali, e per essi la Federazione Nazionale degli Ordini, dovranno affrontare le conseguenze di questa liberalizzazione della pubblicità sanitaria e, poiché il codice deontologico è ispirato ai principi costituzionali della tutela della salute individuale e collettiva, sarà necessario temperare questi principi con quelli comunitari della libera concorrenza, evitando la supremazia degli uni sugli altri.

Francamente si può legittimamente dubitare che la scelta dei consumatori possa essere garantita e protetta soltanto da condotte fondate sulla trasparenza, correttezza e veridicità, lasciando ampio spazio di manovra alle sole regole del mercato della competizione.

Allo stato degli atti, è pacificamente ammessa l'informazione sanitaria di cui all'art.55.

Diverso è il discorso per la pubblicità dell'informazione sanitaria di cui all'art.56.

Qui bisogna intervenire in quella parte del secondo comma della disposizione ritenuta contraria alle disposizioni di legge e cioè sui parametri della prudenza, obiettività e pertinenza fermo restando la regola secondo la quale la pubblicità deve essere funzionale all'oggetto, trasparente, veritiera e corretta e non deve essere equivoca, ingannevole e denigratoria.

L'adeguamento tuttavia non sembra presentare un effetto stravolgente in quanto i canoni messi in discussione nella realtà ben possono considerarsi compresi in quelli della trasparenza, veridicità e correttezza essendo tutti rivolti a soddisfare la stessa esigenza, a tutela sempre della scelta consapevole e cosciente dell'utenza, della diffusione di messaggi dal contenuto palese, riconoscibile e verificabile scientificamente.

Più delicato, infine, il discorso sulla pubblicità promozionale rivolta all'accaparramento della clientela mediante la promozione dei propri servizi, già ammessa, e quella comparativa da ammettere con l'eliminazione del prescritto divieto.

Queste in buona sostanza, sempre al fine di assicurare un'effettiva facoltà di scelta attraverso la promozione e comparazione dei servizi sanitari offerti, potranno essere apprezzate positivamente in presenza di dati oggettivi scevri da enfasi, non equivoci, ingannevoli e denigratori onde evitare il rischio interpretazioni distorte sull'efficacia delle prestazioni pubblicizzate, anche se rimane forte l'interrogativo su chi debba compiere detta comparazione.

Pertanto, nel regolamentare la pubblicità promozionale e quella comparativa è necessario introdurre prescrizioni specifiche su:

- il rispetto dei rigorosi vincoli di oggettività e delle conoscenze scientifiche accreditate;
- un'esposizione delle competenze e capacità professionali chiara, non fuorviante e non basata sull'eccezionalità delle virtù professionali o dei bassi costi delle prestazioni offerte;
- l'assenza di raggiri, artifici e di espressione lesive delle qualità e dignità professionale dei Colleghi per coartare la volontà di scelta dell'utenza;
- divieto di quelle pubblicità occulte che, con offerte di terapie miracolose ma nella realtà inefficaci, illusorie e, pertanto, dannose mascherano finalità lucrative e di puro profitto economico anziché quelle di cura della salute che sono storicamente connaturate ad una professione da esercitare con decoro e dignità.

Il tutto sempre a salvaguardia della salute individuale e collettiva.

Si tratta di un compito arduo e certamente di non facile soluzione che non dovrà vietare tour court forme di pubblicità da definire estreme ma piuttosto dovrà regolamentarle per assicurarsi che la collettività possa operare le scelte che influiscono positivamente sulla propria salute in maniera appropriata, corretta e autonoma.