

Milano-Roma, 30 novembre 2020

Spett.le
Ordine dei Medici e degli Odontoiatri di Milano
Via Lanzone 34
20123 - MILANO

Alla cortese attenzione del Presidente Dott. Rossi e del Presidente CAO Dott.
Senna

Oggetto: *Compatibilità con il diritto europeo delle disposizioni in materia di pubblicità in ambito sanitario di cui alla l. 145/2018, commi 525 e 536 – Parere a supporto dell'attività istruttoria svolta dall'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri di Milano.*

1. Quesito

Il comma 525 dell'art. 1 della l. 30 dicembre 2018, n. 145 ("l. 145/2018"), senza modificare il quadro normativo previgente in materia di pubblicità da parte degli esercenti professioni regolamentate, ha introdotto un regime specifico in materia di pubblicità sanitaria che, nel ribadire che le «comunicazioni informative da parte delle strutture sanitarie private di cura e degli iscritti agli albi degli Ordini delle professioni sanitarie [...] possono contenere unicamente le informazioni di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248», sembra esplicitare uno specifico *standard* di diligenza prevedendo che queste ultime debbono comunque risultare «funzionali a garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari [...] a tutela della salute pubblica, della dignità della persona e del suo diritto a una corretta informazione sanitaria» restando escluso, al fine di rispettare la libera e consapevole

LIPANI CATRICALÀ
& PARTNERS

Via Vittoria Colonna, 40
00193 Roma
T. +39 06 36002365

Via della Posta 8
20123 Milano
T. +39 02 7249981

studio@lipani.it
www.lipani.it



determinazione del paziente, *«qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo»*.

Con riferimento alla suddetta disposizione, alla luce dell'interlocuzione in corso con il Ministero della Salute e la Commissione Europea, ci è stato chiesto di evidenziare l'eventuale sussistenza di profili di incompatibilità di tale disposizione con l'ordinamento eurounitario con particolare riferimento alla possibilità per il legislatore italiano di introdurre limitazioni in ordine all'utilizzo delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate, nonché, di valutare se le disposizioni di cui alla l. 145/2018 comportino limitazioni di portata tale da configurare un divieto assoluto e generalizzato di ricorrere alla pubblicità in ambito sanitario, ponendosi così in contrasto con l'art. 56 TFUE e con le direttive in materia di comunicazioni commerciali.

2. Il perimetro del concetto di "comunicazioni commerciali" alla luce della normativa vigente in materia di pubblicità per gli esercenti professioni regolamentate

Ai fini dell'analisi della questione prospettata rileva, innanzitutto, il fatto che il termine "promozionale" rinvenibile nella disposizione in commento, laddove inteso nel senso di "pubblicitario", potrebbe effettivamente, ad un primo esame, condurre a ritenere che il nostro ordinamento proibisca qualsiasi forma di pubblicità in ambito sanitario.

Al fine di fornire risposta ai quesiti prospettati, occorre allora innanzitutto verificare se, e a che condizioni, alla luce del quadro normativo europeo e nazionale vigente, sia possibile ritenere che la definizione europea di "comunicazioni commerciali" sia declinabile in concreto, al punto da accogliere all'interno del suo perimetro tipologie diverse di pubblicità che, fermo restando

l'intento promozionale perseguito, si differenzino però (anche in modo rilevante) per le modalità, le forme e gli stili comunicativi adottati.

2.1 La disciplina eurounitaria

Il primo intervento normativo a livello eurounitario concernente la possibilità, per gli esercenti professioni regolamentate, di ricorrere all'uso delle comunicazioni commerciali¹ è rappresentato dalla direttiva 2000/31/CE la quale, all'art. 8, prevede espressamente 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. Fatta salva l'autonomia delle associazioni e organizzazioni professionali, gli Stati membri e la Commissione le incoraggiano a elaborare codici di condotta a livello comunitario che precisino le informazioni che possono essere fornite a fini di comunicazioni commerciali, nel rispetto del paragrafo 1»*.

A tale intervento normativo, che escludeva dal proprio ambito di applicazione le sole attività dei notai e la rappresentanza e la difesa processuali, è poi seguita la direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein) - recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 - che ha espresso il chiaro principio della abolizione dei limiti alle comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate. L'art. 24 di tale direttiva dispone, infatti, che *«gli*

¹ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. f) della Direttiva 2000/31/CE per comunicazioni commerciali si intendono «tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che esercita un'attività commerciale, industriale, artigianale o una libera professione».

Stati membri sopprimono tutti i divieti totali in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate».

Un'abolizione che, tuttavia, non sarebbe da intendersi in modo assoluto in quanto, il comma 2 del citato art. 24, stabilisce al contempo 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».

2.2 La disciplina interna

In Italia, l'esigenza di consentire anche per le professioni regolamentate il ricorso ai canali pubblicitari precedette addirittura l'adozione della direttiva Bolkestein, concretizzandosi con l'approvazione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 ("Decreto Bersani"), convertito in l. 4 agosto 2006, recante «*Misure urgenti per lo sviluppo, la crescita e la promozione della concorrenza e della competitività, per la tutela dei consumatori e per la liberalizzazione di settori produttivi*».

La finalità cui tende il Decreto Bersani consiste nella volontà di rafforzare la libertà di scelta del cittadino, promuovendo, al contempo, la concorrenza nel mercato². In questo nuovo contesto, adunque, deve essere interpretata

² L'art. 1, comma 1, del d.l. n. 223/2006 statuisce che «le norme del presente titolo, adottate ai sensi degli articoli 3, 11, 41 e 117, commi primo e secondo, della Costituzione, con particolare riferimento alle materie di competenza statale della tutela della concorrenza, dell'ordinamento civile e della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, recano misure necessarie ed urgenti per garantire il rispetto degli articoli 43, 49, 81, 82 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea ed assicurare

la disciplina positiva posta dall'art. 2, comma 1, lett. b) secondo cui «*in conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali [...] 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*»³.

Sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che tale norma non solo ha comportato l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano, con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali, il divieto di svolgere pubblicità informativa⁴, ma anche che all'Ordine professionale residuasse soltanto un potere di controllo

l'osservanza delle raccomandazioni e dei pareri della Commissione europea, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle Autorità di regolazione e vigilanza di settore, in relazione all'improcrastinabile esigenza di rafforzare la libertà di scelta del cittadino consumatore e la promozione di assetti di mercato maggiormente concorrenziali, anche al fine di favorire il rilancio dell'economia e dell'occupazione, attraverso la liberalizzazione di attività imprenditoriali e la creazione di nuovi posti di lavoro».

³ Al successivo comma 3, la norma in parola, al fine di garantire l'effettività della liberalizzazione introdotta, ha richiesto che entro il primo gennaio 2007 gli ordini e i collegi professionali adeguassero la disciplina contenuta nei rispettivi codici deontologici in materia di pubblicità professionale ai nuovi principi introdotti dall'art. 2, comma 1, cit.

⁴ cfr. Cass., Sez. III, 15 gennaio 2007, n. 652, che, in materia di pubblicità sanitaria, statuisce che i divieti di apporre targhe aventi scopo pubblicitario sono venuti meno a seguito della modifica normativa.

circa la veridicità del contenuto della pubblicità ai fini esclusivamente disciplinari⁵.

La spinta innovatrice non si è tuttavia esaurita con il Decreto Bersani, ma è proseguita con l'adozione di importanti provvedimenti legislativi e regolamentari a cui deve necessariamente farsi riferimento per completare il quadro normativo italiano.

Innanzitutto, deve essere richiamato il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, con cui, come detto, è stata recepita la direttiva Bolkestein, al cui articolo 34 viene disposto che «1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, limitazioni al libero impiego delle comunicazioni commerciali da parte dei prestatori di servizi che esercitano una professione regolamentata devono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità. 2. Alle comunicazioni di cui al comma 1 si applicano i principi di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70. 3. I codici deontologici assicurano che le comunicazioni commerciali relative ai servizi forniti dai prestatori che esercitano una professione regolamentata sono emanate nel rispetto delle 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».

Inoltre, viene in rilievo il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148, al cui art. 3, comma 5, viene disposto che «la

⁵ cfr. TAR Emilia-Romagna Bologna, Sez. II, 12 gennaio 2010, n. 16.



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».

In ossequio, poi, alla delegificazione prevista dalla l. 12 novembre 2011, n. 183, è stato adottato il d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137, al cui art. 4 viene previsto che «è 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». L'art. 4 prosegue stabilendo che «La pubblicità informativa [...] dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria».

2.3 La declinazione del concetto di comunicazione commerciale ai sensi del diritto europeo nella legislazione nazionale

Così ricostruito il quadro normativo previgente è possibile desumere come, all'interno della definizione eurounitaria di «comunicazione commerciale» siano rinvenibili nel diritto interno due complessi ordinamenti che, con riferimento all'ambito generale delle professioni regolamentate, disciplinano, distintamente, la pubblicità informativa⁶ e la pubblicità (eminentemente) promozionale o suggestiva. Ai fini del corretto inquadramento della disposizione introdotta dalla l. 145/2018 è quindi necessario rintracciare una linea di demarcazione fra le due forme di pubblicità sopra richiamate.

⁶ Disciplinata da d.l. n. 223/2006; d.l. n. 138/2011 e d.p.r. n. 137/2012.



Sia l'art. 3, comma 1, lett. f) della direttiva 2000/31/CE che l'art. 4 della direttiva 2006/123/CE, così come pure l'art. 8 del d.lgs. n. 59/2010, provvedono a dare una definizione di "comunicazione commerciale", in positivo, come «qualsiasi forma di comunicazione destinata a promuovere, direttamente o indirettamente, beni, servizi, o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che svolge un'attività commerciale, industriale o artigianale o che esercita una professione regolamentata». In negativo, viene altresì stabilito che «non costituiscono, di per sé, comunicazioni commerciali le informazioni seguenti: 1) le informazioni che permettono l'accesso diretto all'attività dell'impresa, dell'organizzazione o della persona, in particolare un nome di dominio o un indirizzo di posta elettronica; 2) le comunicazioni relative ai beni, ai servizi o all'immagine dell'impresa, dell'organizzazione o della persona elaborate in modo indipendente, in particolare se fornite in assenza di un corrispettivo economico».

È pertanto possibile definire come "commerciale" qualsiasi comunicazione avente finalità promozionale, il cui contenuto sia elaborato in modo non indipendente. Nell'ambito di tale ampia categoria pare ragionevole ipotizzare l'esistenza di graduazioni e forme intermedie a seconda della tipologia di mezzi e forme utilizzate, nonché, dello stile comunicativo adottato, in funzione del suo carattere più o meno attrattivo della clientela, nonché, del grado di suggestività del messaggio⁷.

⁷ In questo senso anche l'AGCM con la propria deliberazione 12 ottobre 2000, n. 8783 ha già avuto modo di precisare che «deve ritenersi che un messaggio serva ad una finalità eminentemente promozionale e non informativa qualora si appropri degli stili tipici della comunicazione promozionale facendo ricorso ad un'immagine di grande suggestione pubblicitaria associata all'enunciazione acritica delle caratteristiche e dei dati tecnici dei prodotti». Si v. anche Cass., SS. UU., 13 novembre 2012, n. 19705, che ha avuto occasione di rilevare il carattere commerciale e non informativo laddove «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 contenenti dati

In questa prospettiva, muovendo dalla definizione di pubblicità informativa introdotta dal Decreto Bersani, la finalità meramente attrattiva della clientela, certamente rinvenibile in misura preponderante in quelle forme di pubblicità caratterizzate dalla sussistenza di elementi (eminentemente) propagandistici o suggestivi, pare possa ragionevolmente assumersi quale ulteriore criterio distintivo, utile a distinguere, nell'ambito delle comunicazioni commerciali (sempre consentite dal legislatore nazionale), quelle particolari forme di pubblicità che, in funzione degli interessi in gioco e dello specifico *standard* di diligenza richiesto agli esercenti della professione regolamentata in questione, perseguano finalità promozionale ricorrendo con modalità a carattere perlopiù informativo.

Se tale distinzione fosse corretta, parrebbe allora plausibile ritenere che quella particolare forma di comunicazione commerciale definita dal legislatore italiano "pubblicità informativa", lungi dal proporsi l'esclusivo obiettivo di attrarre la clientela con ogni mezzo, si limiti appunto a perseguire intenti promozionali informando in ordine alla *«attività professionale, [al]le specializzazioni ed [a]i titoli professionali posseduti, [al]la struttura dello studio ed [a]i compensi delle prestazioni»*⁸, risultando sempre *«funzionale all'oggetto»*, ossia idonea a illustrare la *«attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni»*, con la chiara precisazione che, oltre ad essere veritiera e corretta, *«non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria»*⁹.

equivoci, suggestivi ed eccedenti il carattere informativo, per cui il messaggio integrava modalità attrattiva della clientela con mezzi suggestivi ed incompatibili con la dignità ed il decoro professionale, per la marcata natura commerciale dell'informativa sui costi molto bassi».

⁸ cfr. art. 3, comma 3, d.l. n. 138/2011.

⁹ cfr. art. 4 del d.p.r. n. 137/2012.



Alla luce delle considerazioni che precedono sembra dunque possibile rintracciare nel nostro ordinamento e con specifico riguardo alle professioni regolamentate, nell'ambito della più ampia nozione di comunicazione commerciale, una linea di demarcazione fra la pubblicità informativa e la pubblicità attrattiva, propagandistica o suggestiva. Essa risiederebbe, con riferimento a professioni come quelle sanitarie, nel carattere più o meno informativo della stessa, distinguendosi la seconda per il fatto di dar luogo (a differenza della prima) ad asimmetrie informative potenzialmente idonee a ledere taluni interessi meritevoli di tutela e/o ad entrare in conflitto con norme poste a tutela di interessi generali di rango superiore.

3. La portata interpretativa del comma 525 dell'art. 1 della l. 145/2018 e la sua coerenza con il quadro normativo esistente

Le considerazioni che precedono mostrano come il legislatore italiano - al di là della portata sostanzialmente interpretativa rinvenibile nella disposizione introdotta dalla l. 145/2018 - nell'eliminare i vincoli preesistenti in merito alla pubblicità dei servizi professionali, avesse comunque - già con il Decreto Bersani e, successivamente, con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148, art. 3 comma 5 e il d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137, art. 4 - introdotto una serie di vincoli tesi ad inquadrare la comunicazione commerciale degli esercenti professioni regolamentate nel solco della pubblicità informativa, ritenuta funzionale a ridurre (piuttosto che amplificare) le asimmetrie informative gravanti sui consumatori.

Un intento, quest'ultimo, che pare chiaramente rinvenibile anche nella disposizione in esame laddove, lungi dall'introdurre un divieto assoluto di fare ricorso alla pubblicità nei servizi sanitari, si limita ad esplicitare il principio secondo cui, affinché una comunicazione possa garantire la libera e consapevole determinazione del paziente, essa deve comunque porsi



l'obiettivo di ridurre le asimmetrie informative tra professionista sanitario e paziente, essendo quest'ultima la preconditione essenziale per la sicurezza dei trattamenti sanitari, per la salute pubblica, per la dignità della persona e l'esercizio del suo diritto ad una corretta informazione sanitaria. Elementi questi che, evidentemente, certe forme di pubblicità non sarebbero idonee a preservare.

Al di là delle sfumature lessicali e/o interpretative che potrebbero dar luogo a opposte letture, è in quest'ottica, e non quale (re)introduzione di un divieto generalizzato di fare ricorso alla pubblicità nei servizi sanitari, che sembrerebbe doversi leggere l'espressa esclusione di «*qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo*» contenuta nella disposizione in esame. L'inciso, infatti, si limita a rafforzare un obbligo previgente, gravante sui professionisti e sulle strutture sanitarie, di fornire informazioni fondate su elementi di fatto, quali caratteristiche, prezzi e risultati facendo ricorso a modalità e stili comunicativi che, tuttavia, non si pongano in contrasto con la natura degli interessi rilevanti nell'ambito delle professioni sanitarie.

4. La compatibilità della disposizione con l'art. 56 TFUE e la legislazione eurounitaria: la possibilità per gli Stati membri di introdurre deroghe a tutela di interessi superiori

L'analisi sin qui svolta, pur nei termini e alle condizioni sopra enunciate, permette - già in linea di principio - di escludere che le disposizioni sin qui analizzate possano ritenersi in contrasto con il diritto eurounitario. Ciò in quanto, secondo questa lettura, le limitazioni imposte all'esercizio della libera prestazione dei servizi e, nello specifico, all'utilizzo delle comunicazioni commerciali, trovano giustificazione in virtù dell'esistenza di interessi superiori ritenuti, alla luce dell'ordinamento costituzionale interno, meritevoli di tutela.



In questo senso si è, peraltro, più volte espressa la Corte di Giustizia. Nella causa *Corporación Dermoestética*¹⁰, ad esempio, nella quale si contestava l'aderenza con l'art. 56 TFUE di una normativa nazionale che vietava la pubblicità di trattamenti medico-chirurgici nell'ambito dei servizi di trattamenti di bellezza, i Giudici europei hanno ravvisato, nel regime contestato, una restrizione alla libera prestazione di servizi, confermandone l'attitudine a «rendere più difficile l'accesso [degli] operatori economici al mercato». Dalla vicenda loro sottoposta, tuttavia, i Giudici trassero anche l'occasione di precisare che un provvedimento che vieti un determinato tipo di pubblicità può essere giustificato qualora soddisfi quattro condizioni:

- a) deve applicarsi in modo non discriminatorio,
- b) deve essere giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico,
- c) deve essere idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, e
- d) non deve andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di tale obiettivo.

In linea di principio, pertanto, la liberalizzazione della pubblicità per le professioni regolamentate deve ritenersi non assoluta ma temperata, non potendo affatto escludersi che, alle condizioni sopra richiamate, il legislatore nazionale possa imporre limiti e vincoli nel rispetto delle regole professionali relative, purché queste ultime non siano discriminatorie, siano giustificate da motivi imperativi di interesse generale e risultino proporzionate, come espressamente riconosciuto dall'art. 8 della direttiva 2000/31/CE e dall'art. 24 della direttiva 2006/123/CE.

Del tutto coerente con la ricostruzione sin qui proposta, oltre che attinente alla questione in esame, risulta essere anche la pronuncia della

¹⁰ Cfr. Corte Giustizia CE, Sez. II, 17 luglio 2008, n. C-500/06, in *Obbl. e contr.*, 2008, 10, 855.

Corte di Giustizia emessa nella causa *Luc Vanderborgh*¹¹ avente ad oggetto la compatibilità con la direttiva 2000/31/CE della normativa belga che, a tutela della sanità pubblica e della dignità della professione di dentista, vietava in modo generalizzato e assoluto ogni tipo di pubblicità relativa a prestazioni di cura del cavo orale e dei denti, fissando alcuni requisiti di discrezione per quanto riguarda le insegne degli studi dentistici. Al riguardo, i Giudici del Lussemburgo hanno avuto modo di evidenziare come l'ordinamento eurounitario «consenta di tener conto delle peculiarità delle professioni sanitarie nell'elaborazione delle regole professionali e simili, inquadrando, se del caso in maniera restrittiva, le forme e le modalità delle comunicazioni commerciali in linea menzionate in tale disposizione al fine segnatamente di garantire che non sia pregiudicata la fiducia dei pazienti nei confronti di tali professioni», con l'unico limite rappresentato dall'impossibilità di «vietare in modo generale e assoluto ogni tipo di pubblicità in linea avente lo scopo di promuovere l'attività di una persona che esercita una siffatta professione» (par. 49).

Applicando tali coordinate ermeneutiche all'analisi della disposizione introdotta dalla l. 145/2018 in materia di pubblicità sanitaria, tenuto conto dell'ampiezza del concetto di comunicazioni commerciali e delle sue diverse possibili declinazioni, di cui si è già fatto cenno, pare ragionevole escludere che essa abbia di fatto introdotto un divieto generale e assoluto di ogni tipo di pubblicità.

Al contrario, il citato comma 525 pare essersi semplicemente limitato a ribadire i limiti alla pubblicità nelle professioni regolamentate già esistenti (richiamando espressamente il Decreto Bersani), esplicitando per quanto riguarda il settore sanitario ed alla luce degli interessi in gioco, uno specifico

¹¹ Corte di Giustizia UE, Sez. III, 4 maggio 2017, n. C-339/15.



standard di diligenza teso ad escludere la possibilità di ricorrere (solo) a particolari forme e stili comunicativi – caratterizzati dalla finalità eminentemente attrattiva della clientela – ritenute dal legislatore nazionale in contrasto con le esigenze di sicurezza dei trattamenti sanitari, il principio di libera e consapevole determinazione del paziente, la salute pubblica, la dignità della persona e il diritto a una corretta informazione sanitaria.

Interessi questi ultimi che, rinviando all'esigenza di contenere le asimmetrie informative tra sanitario e paziente entro livelli ritenuti compatibili, da un lato, appaiono certamente rientrare nel perimetro tracciato dalla Corte di Giustizia al fine di legittimare l'introduzione da parte degli Stati membri di eventuali limiti e/o vincoli e, dall'altro, rendono comunque pienamente esercitabile per gli operatori economici il diritto alla libera prestazione dei servizi e, nel caso di specie, il ricorso a forme di comunicazione commerciale secondo lo schema della pubblicità informativa.

5. La compatibilità della disposizione con l'art. 56 TFUE e la legislazione eurounitaria sotto il profilo della proporzionalità e non discriminatorietà

Una volta assodato che, alla luce del diritto eurounitario, gli Stati membri possono introdurre limiti e vincoli al fine di rendere compatibile il ricorso alla pubblicità sanitaria con la natura particolarmente sensibile degli interessi in gioco, occorre verificare se tali limitazioni possano ritenersi idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccedenti rispetto a quanto necessario per il loro raggiungimento.

Al fine di svolgere tale analisi occorre innanzitutto muovere dal dato testuale. La disposizione, nell'escludere la possibilità di inserire nell'ambito delle comunicazioni commerciali delle strutture sanitarie e degli esercenti professioni sanitarie informazioni diverse rispetto a quelle previste dal Decreto Bersani (e, dunque, 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) ha altresì imposto un coerente *standard* di diligenza nella scelta delle modalità, delle forme e dello stile di comunicazione che esclude la possibilità di ricorrere a elementi di carattere propagandistico o suggestivo.

Il che, però, non equivale affatto all'introduzione di un divieto generalizzato e assoluto di ricorrere alla pubblicità posto che - alla luce della richiamata definizione eurounitaria di "comunicazione commerciale" - essa è e resta tale anche laddove si limiti a promuovere l'immagine dell'operatore economico secondo le peculiari forme della pubblicità informativa, secondo i prescritti canoni della trasparenza e della veridicità, funzionali alla riduzione delle asimmetrie informative rinvenibili nel settore in parola.

Diversamente opinando si giungerebbe alla (quantomeno) discutibile conclusione che nel concetto di "comunicazioni commerciali" rientrino non tutte le forme di comunicazione destinate a promuovere i servizi dell'operatore economico, come previsto dall'ordinamento europeo, ma solo alcune di esse, con esclusione di quelle configurabili ai sensi dell'ordinamento italiano come pubblicità informativa.

Sul piano sostanziale, a conferma della dubbia condivisibilità di tale tesi, depone altresì il fatto che, in vigenza della disposizione introdotta dal comma 525 della l. 145/2018, gli operatori sanitari non hanno affatto interrotto le pratiche commerciali in parola essendosi semplicemente limitati ad adattarne forme e contenuti secondo le nuove prescrizioni di legge, superando talune prassi in voga nel settore (es. prime visite gratuite condizionate alla sottoscrizione di talune campagne di prevenzione e/o di trattamenti a pagamento, concorsi a punti, indicazioni di scontistiche prive di riferimenti ai prezzi ordinari, non trasparenti indicazioni sui materiali



utilizzati per le prestazioni e così via) di dubbia compatibilità con l'assetto normativo previgente.

In questo senso depone, infine, anche l'analisi dei procedimenti disciplinari celebrati da codesto Ordine dei Medici e degli Odontoiatri di Milano. Ciò che emerge chiaramente dai dati che sono stati resi disponibili con riferimento ad un territorio sicuramente all'avanguardia rispetto al ricorso a strumenti di comunicazione commerciale ai fini della promozione dei servizi sanitari è che, da un lato, la disposizione di cui alla l. 145/2018 non ha comportato un incremento dei procedimenti disciplinari celebrati in materia di pubblicità, a conferma del carattere sostanzialmente interpretativo della norma in parola; e, dall'altro, che non tutte le segnalazioni pervenute hanno comportato l'avvio di procedimenti disciplinari e che, di questi, solo alcuni si sono conclusi con un provvedimento disciplinare.

Le considerazioni che precedono portano pertanto a dubitare della sostenibilità della tesi secondo cui la portata della disposizione sarebbe tale da aver introdotto un divieto assoluto e generalizzato di ricorrere alla pubblicità in ambito sanitario. Nello stesso tempo, gli elementi evidenziati inducono a escludere che le limitazioni introdotte (o, meglio, richiamate mediante rinvio al Decreto Bersani) possano ritenersi discriminatorie o sproporzionate rispetto alla pluralità di interessi pubblici citati dalla norma, anche tenuto conto delle vigenti disposizioni nazionali ed europee in materia di pratiche commerciali scorrette e dell'esigenza di tutelare il principio di libera e consapevole determinazione dell'utente dei servizi sanitari.

6. Conclusioni

L'analisi sin qui svolta permette di rispondere ai quesiti prospettati come segue.

- Il comma 525, art. 1 della l. 145/2018 non pare in astratto in contrasto con l'ordinamento eurounitario. Le limitazioni introdotte dal legislatore paiono infatti trovare giustificazione nell'esistenza di superiori interessi pubblici meritevoli di tutela, espressamente richiamati nell'ambito della disposizione in parola.
- A condizione di condividere quanto si è detto in ordine al perimetro della definizione di "comunicazioni commerciali" e alle sue possibili declinazioni in concreto, laddove la disposizione in esame limita la possibilità di ricorrere alle comunicazioni commerciali esclusivamente secondo le modalità, le forme e gli stili tipici della pubblicità informativa di cui al Decreto Bersani, (precisando) con esclusione di «qualsiasi elemento di carattere promozionale o suggestivo», essa non pare introdurre un divieto assoluto e generalizzato di pubblicità in ambito sanitario.

* * *

Nel restare a disposizione per eventuali integrazioni e/o chiarimenti occorrer possano, si porgono i migliori saluti.


Avv. Damiano Lipani


Avv. Fabio G. Angelini


Prof. Avv. Antonio Catricalà

