FRANCO GAETANO SCOCA
Avvocati Amministrativisti

Milano, 15 settembre 2015

Spett.le
Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Milano
Via Lanzone, 31
20123 MILANO

alla c.a.
del Presidente Dott. Roberto Carlo Rossi
e del Presidente CAO Dott. Andrea Senna

OGGETTO: **La disciplina della pubblicità nell'ambito delle professioni sanitarie – Questioni giuridiche in ordine alla compatibilità della normativa nazionale con la Costituzione –** Parere *pro-veritate*

Egregi Signori,

facendo seguito alla Vs. richiesta di parere pervenuta al nostro Studio con comunicazione prot. n. 12639/RC, confermiamo di seguito le nostre considerazioni in ordine ai quesiti sottoposti dall'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Milano (in seguito, per brevità, anche solo "**Ordine**"), riassumibili nei seguenti punti:

(i) ricostruzione del quadro normativo in materia di pubblicità nell'ambito delle professioni regolamentate, con specifico riferimento al settore sanitario;

(ii) compatibilità del vigente quadro normativo con l'art. 32 Cost.;

(iii) ricognizione delle delibere e/o iniziative già assunte dall'Ordine;

(iv) possibili azioni esperibili per sollevare la questione di legittimità costituzionale;

(v) possibilità da parte dell'Ordine di proporre un intervento *ad adiuvandum* nel giudizio d'appello introdotto dalla Federazione avverso la sentenza del TAR Roma, n. 4943/2015, per l'annullamento della sanzione comminata dall'AGCM.

Il presente documento si articola in quattro parti.

Nella prima parte sarà offerta una ricostruzione del quadro normativo di riferimento in materia di pubblicità, tesa ad evidenziare le specificità delle professioni sanitarie rispetto al

STUDIO LEGALE ASSOCIATO A
PROF. AVV. FRANCO GAETANO SCOCA

AVV. FABIO GIUSEPPE ANGELINI* - AVV. PROF. STEFANO SALVATORE SCOCA**
AVV. EUGENIO SIGONA - AVV. GIUSEPPE LA ROSA*** - AVV. FRANCESCO GASPARI****

Via Santa Maria Segreta, 6 . I – 20123 Milano . Tel. +39. 02 89098.641 . Fax +39. 02 89098.642
Via Giovanni Paisiello, 55 . I – 00198 Roma . Tel. +39 06 8548.666 . Fax. +39 06 8558.370

www.studioscoca.it . milano@studioscoca.it

* Professore Straordinario t.d. di Diritto Amministrativo nell'Università Telematica Internazionale Uninettuno di Roma ** Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università per Stranieri Dante Alighieri di Reggio Calabria
*** Professore a contratto di Diritto Amministrativo nell'Università Bocconi **** Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione Europea nell'Università degli Studi Guglielmo Marconi

più vasto ambito delle professioni regolamentate. Ci si soffermerà, pertanto, sul concetto di pubblicità informativa e commerciale e, in particolare, sui limiti previsti, tanto dal legislatore europeo quanto da quello nazionale, a tutela di interessi particolarmente sensibili, tra cui rientra a pieno titolo quello alla salute. Sulla base di tale analisi, sarà pertanto evidenziato come la legislazione vigente, se interpretata correttamente, permetta di giungere ad un corretto bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco e, in particolare, tra il diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione e la difesa della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione. Nella seconda parte saranno perciò indagati i profili di costituzionalità della disciplina in materia di pubblicità delle professioni sanitarie con riferimento all'art. 32 della Costituzione, evidenziando come un'interpretazione non costituzionalmente orientata di tali norme possa presentare delicati profili di incostituzionalità. Nella terza parte, invece, ci si soffermerà sulle deliberazioni sin qui adottate dall'Ordine con riferimento al tema della pubblicità al fine di valutare se l'approccio tradizionalmente seguito per giustificare le limitazioni all'utilizzo di strumenti pubblicitari da parte degli esercenti professioni sanitarie, incentrato principalmente sulla difesa della dignità e dell'onore professionale, possa ritenersi coerente con la lettura costituzionalmente orientata del quadro normativo vigente proposta nel presente parere. Infine, nella quarta parte, ci si soffermerà sulla sussistenza dei presupposti necessari per sollevare la questione di costituzionalità rispetto alle norme in esame e, in particolare, sulla possibilità promuoverla nel giudizio di appello, pendente in Consiglio di Stato, promosso dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici e degli Odontoiatri ("**Federazione**") ed avente ad oggetto la sanzione irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ("**AGCM**"), previo esperimento di un intervento *ad adiuvandum*.

Nelle conclusioni, pertanto, dopo aver ripercorso i punti salienti dell'analisi svolta, saranno fornite alcune sintetiche indicazioni concernenti le possibili azioni che l'Ordine potrebbe intraprendere al fine di promuovere un diverso approccio al tema della pubblicità in ambito sanitario, in grado di tener conto delle esigenze di tutela della salute che potrebbero risultare non adeguatamente tutelate per effetto di un'erronea equiparazione *in toto* dell'attività svolta dai professionisti del settore sanitario con altre forme di attività economica.

***

SOMMARIO: 1. Precisazioni preliminari. - 2. Ricostruzione del quadro normativo in materia di pubblicità nell'ambito delle professioni regolamentate, con specifico riferimento al settore sanitario. - 3. Distinzione tra pubblicità informativa e pubblicità commerciale: l'individuazione della disciplina applicabile ai soggetti che svolgono attività sanitarie e i limiti normativi. - 4. Questioni in ordine alla compatibilità della disciplina in materia di pubblicità delle professioni sanitarie con l'art. 32 Cost. - 5. Limiti relativi alla pubblicità informativa in relazione ai compensi delle prestazioni sanitarie. - 6. Ricognizione delle delibere e/o iniziative già assunte dall'Ordine. - 7. Le possibili azioni esperibili dall'Ordine per sollevare la questione di legittimità costituzionale della normativa in materia di pubblicità nel comparto sanitario. - 8. La possibilità dell'Ordine di proporre intervento *ad adiuvandum* in appello. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Precisazioni preliminari

Al fine di delimitare il perimetro della presente analisi giuridica è bene fornire alcune precisazioni preliminari in ordine al contesto nel quale si inserisce il presente parere.

In data 4 settembre 2014, l'AGCM ha adottato il provvedimento n. 25078 con cui ha irrogato alla Federazione una sanzione amministrativa di euro 831.816,00 per avere "*posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, consistente nell'adozione e diffusione del Codice di deontologia medica 2006 e delle Linee Guida*". Secondo l'AGCM, il codice deontologico adottato nel 2006 e le connesse Linee guida, nonché la successiva versione del codice del 2014, avrebbero imposto restrizioni alla pubblicità sanitaria ritenute incompatibile con il quadro normativo vigente al momento della loro adozione, siccome ulteriormente evolutosi nel senso di una sempre più completa liberalizzazione. In particolare, l'AGCM ha ritenuto incompatibile con il vigente quadro normativo le disposizioni deontologiche nella parte in cui prevedono *(i)* il divieto assoluto della pubblicità promozionale e comparativa, nonché *(ii)* il limite comunque rappresentato dal rispetto del parametro del decoro professionale.

Tale provvedimento è stato impugnato dalla Federazione avanti al TAR Lazio, Roma, con ricorso iscritto al R.G. n. 14513/2014, nel cui giudizio hanno proposto intervento *ad adiuvandum* l'Associazione Italiana Odontoiatri e l'Ordine dei Medici chirurghi e Odontoiatri della Provincia di Bologna.

Con sentenza 1 aprile 2015, n. 4943, il TAR Lazio, Roma, ha accolto il ricorso limitatamente alla quantificazione della sanzione che ha rideterminato nella misura di euro 415.908,00, rigettando tutte le ulteriori pretese avanzate. In particolare, per quanto qui rileva, il Giudice amministrativo ha sottolineato che "*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*".

Avverso tale sentenza è stato proposto appello iscritto al R.G. n. 3964/2015. Nelle more dell'udienza di merito, fissata per il 10 novembre 2015, il Consiglio di Stato, con ordinanza del 17 giugno 2015, ha sospeso la gravata sentenza in ordine al pagamento della comminata sanzione, statuendo che "*Ritenuto che il ricorso solleva questioni che richiedono un approfondimento in sede di merito; ritenuto che nelle more gli opposti interessi fatti valere dalle parti possano essere adeguatamente contemperati accogliendo l'istanza cautelare solo per quanto riguarda il pagamento immediato della sanzione pecuniaria inflitta, lasciando, invece, fermi tutti gli effetti "conformativi" del provvedimento dell'AGCM, anche al fine di evitare che nelle more delle definizione del giudizio eventuali violazioni delle disposizioni del codice deontologico possano essere oggetto di contestazioni disciplinari da parte dell'Ordine*".

La richiesta di parere trasmessa dall'Ordine si inserisce, perciò, in questo contesto conflittuale. In particolare, le valutazioni poste a fondamento del provvedimento sanzionatorio oggetto del contenzioso in parola pongono alcuni seri interrogativi in odine alla compatibilità dell'approccio *pro* concorrenziale adottato dall'AGCM rispetto alle specificità proprie delle professioni sanitarie e alla tutela di quegli interessi giuridicamente protetti che emergono nell'ambito dello svolgimento di tali attività. Di seguito, pertanto, si cercherà di offrire una puntuale disamina del tema con l'intento di fornire all'Ordine il necessario supporto per una corretta valutazione del contesto di riferimento e per l'adozione delle azioni ritenute necessarie al fine di perseguire le proprie finalità istituzionali.

2. Ricostruzione del quadro normativo in materia di pubblicità nell'ambito delle professioni regolamentate, con specifico riferimento al settore sanitario

Con riferimento alla disciplina in materia di pubblicità nelle professioni regolamentate, viene innanzitutto in rilievo il Titolo I del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. 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*".

Le finalità cui è rivolto il Titolo I sono espresse dall'art. 1, secondo cui "*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*

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". In sostanza, per quanto qui precipuamente rileva, è appena il caso di notare come l'obiettivo cui tende la disciplina in parola consista nella volontà di rafforzare la libertà di scelta del cittadino, promuovendo altresì la concorrenza nel mercato. La finalità di favorire il rilancio dell'economia, anche attraverso la liberalizzazione delle attività imprenditoriali e professionali è, del resto, manifestata dal riferimento contenuto nella norma in esame all'art. 41 Cost., al cui comma 1, è espresso il noto principio secondo cui "*l'iniziativa economica privata è libera*".

Nel quadro sopra delineato, quindi, si colloca - e deve essere interpretata - la disciplina positiva dettata dai successivi articoli.

L'art. 2, comma 1, lett. b), dispone che "*in conformità al principio comunitario di libera concorrenza e 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: ... b) 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*".

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

Nel solco tracciato dal d.l. 223/2006, si colloca l'art. 3, comma 5, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, secondo cui "*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 equivoche, ingannevoli, denigratorie*".

In attuazione della delegificazione prevista dalla l. n. 183/11, è stato adottato il d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137, al cui art. 4 viene previsto che "*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 dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria. La violazione della disposizione di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare, oltre a integrare una violazione delle disposizioni di cui ai decreti legislativi 6 settembre 2005, n. 206, e 2 agosto 2007, n. 145*".

Il quadro legislativo in materia di pubblicità nell'ambito delle professioni regolamentate è completato dalle disposizioni europee, nonché dalle norme nazionali di recepimento.

Il riferimento è alla direttiva 2006/123/CE, al cui art. 24 viene disposto che "*gli Stati membri sopprimono tutti i divieti totali in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate*".

Giova però precisare che l'abolizione dei limiti alla pubblicità professionale non è assoluta. Infatti, il comma 2 dell'art. 24, cit. 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*".

La direttiva in parola è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, il cui articolo 34 così dispone:

"*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".

Con precipuo riferimento alla materia che ci occupa è appena il caso di considerare, tuttavia, come l'art. 2 della direttiva 2006/123/CE e l'art. 7 del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 escludano dal rispettivo ambito di applicazione le professioni sanitarie, e ciò "*indipendentemente dal fatto che vengano prestati in una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione, di finanziamento e dalla loro natura pubblica o privata*". Tale esclusione, peraltro, è anche giustificata nel 22° considerando della direttiva 2006/123/CE, ove viene rilevato che "*L'esclusione dei servizi sanitari dall'ambito della presente direttiva dovrebbe comprendere i servizi sanitari e farmaceutici forniti da professionisti del settore sanitario ai propri pazienti per valutare, mantenere o ripristinare le loro condizioni di salute, laddove tali attività sono riservate a professioni del settore sanitario regolamentate nello Stato membro in cui i servizi vengono forniti*".

3. Distinzione tra pubblicità informativa e pubblicità commerciale: l'individuazione della disciplina applicabile ai soggetti che svolgono attività sanitarie e i limiti normativi

Il quadro normativo sopra richiamato consente di delineare la sussistenza di due complessi ordinamentali che, con riferimento all'ambito generale delle professioni regolamentate, disciplinano, distintamente, la pubblicità informativa (d.l. 223/2006; d.l. 138/2011; d.p.r. 137/2012) e la pubblicità commerciale (direttiva 2006/123/CE; d.lgs. 59/2010).

E', ora, necessario rintracciare la linea di confine tra le due diverse forme di pubblicità.

L'art. 4 della direttiva 2006/123/CE e l'art. 8 del d.lgs. 59/2010 forniscono 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 stabilito che "*non costituiscono, di per sé, comunicazioni commerciali le informazioni seguenti:*

a) 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,

b) 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".

In sostanza, la pubblicità è commerciale (e, quindi, non meramente informativa) laddove abbia una finalità principalmente promozionale, sia resa mediante l'impiego degli stili tipici della comunicazione promozionale e si propone l'obiettivo di attrarre la clientela con mezzi suggestivi.

In questo senso, infatti, l'AGCM aveva 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*" (deliberazione 12 ottobre 2000, n. 8783).

Del resto, anche la Suprema Corte 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 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*" (Corte Cass., SS.UU., 13 novembre 2012, n. 19705).

L'elemento eminentemente promozionale e attrattivo della clientela, caratterizzante la pubblicità commerciale, pertanto, non può sussistere laddove questa assuma carattere informativo. Infatti, la pubblicità informativa, lungi dal proporsi l'obiettivo di acquisire la clientela con i mezzi propri delle attività commerciali, si limita a informare in ordine alla "*attività professionale, le specializzazioni ed i titoli professionali posseduti, la struttura dello studio ed i compensi delle prestazioni*" (art. 3, comma 3, d.l. n. 138/2011); per tale ragione, quindi, "*le informazioni devono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere equivoche, ingannevoli, denigratorie*" (art. 3, comma 3, ult. cpv., d.l. n. 138/2011).

Peraltro, la pubblicità informativa deve essere sempre "*funzionale all'oggetto*", ossia idonea a illustrare "*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 a essere veritiera e corretta, "*non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria*" (art. 4 del d.p.r. 137/2012).

Le considerazioni che precedono consentono, dunque, di rintracciare la linea di demarcazione tra la pubblicità informativa e quella commerciale nel carattere più o meno promozionale della stessa, essendo solo quest'ultima volta ad attrarre i consumatori mediante l'utilizzo di stili divulgativi tipici della comunicazione commerciale. Invece, la pubblicità informativa per il suo contenuto oggettivo e non equivoco è unicamente funzionale ad illustrare le caratteristiche dell'attività professionale, risultando scevra dall'obiettivo di "attrarre", mediante tecniche di comunicazione commerciale, i consumatori.

Così rintracciato il confine tra pubblicità commerciale e informativa è ora necessario indagare se l'accesso alle forme di pubblicità da parte degli esercenti attività professionali nell'ambito sanitario subisca limitazioni nell'attuale contesto normativo ovvero se possa comunque essere limitato in via regolamentare (mediante apposite previsioni in seno ai codici deontologici). In sostanza, è necessario chiedersi se i professionisti del settore sanitario possano o meno ricorrere a qualsiasi forma di pubblicità (sia informativa che commerciale).

Una risposta positiva sembrerebbe potersi desumere da una lettura estensiva della disciplina prevista con riferimento alla pubblicità informativa (che, come si vedrà meglio *infra* trova applicazione anche con riferimento agli esercenti le attività sanitarie). In particolare, sebbene il d.p.r. 137/2012 espressamente si riferisca alla pubblicità informativa, la circostanza che l'art. 4 vieti di fare pubblicità "*denigratoria*" sembrerebbe ammettere implicitamente, *a contrario*, che, in via generale, i contenuti del messaggio pubblicitario possano superare la semplice informazione sulle caratteristiche e i servizi resi e possano invece aprirsi a più ampi contenuti, aventi addirittura carattere commerciale.

Tuttavia, tale conclusione non persuade completamente, risultando preferibile una diversa lettura che limiti la possibilità per gli esercenti le professioni sanitarie di effettuare pubblicità unicamente informativa, dovendosi escludere invece quella commerciale.

Tale lettura è fondata su molteplici considerazioni.

Innanzitutto, viene in rilievo una interpretazione sistematica delle rilevanti disposizioni normative.

Come visto, mentre il d.l. 223/2006, il d.l. 138/2011 e il d.p.r. 137/2012 (relativi alla pubblicità informativa) hanno un vasto ambito di applicazione, ricomprendendo anche le attività sanitarie, la direttiva 2006/123/CE e il d.lgs. 59/2010 (che disciplinano la pubblicità commerciale) escludono espressamente dal loro ambito di applicazione proprio le professioni sanitarie. Infatti, in aderenza alla previsione di cui all'art. 2 della direttiva 2006/123/CE, l'art. 7 d.lgs. 59/2010 chiarisce che "*le disposizioni del presente decreto non si applicano ... b) ai servizi sanitari ed a quelli farmaceutici forniti direttamente a scopo terapeutico nell'esercizio delle professioni sanitarie, indipendentemente dal fatto che vengano prestati in una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione, di finanziamento e dalla loro natura pubblica o privata*". Tale esclusione, del resto, è in linea con il 22° considerando della direttiva 2006/123/CE, secondo cui "*L'esclusione dei servizi sanitari dall'ambito della presente direttiva dovrebbe comprendere i servizi sanitari e farmaceutici forniti da professionisti del settore sanitario ai propri pazienti per valutare, mantenere o ripristinare le loro condizioni di salute, laddove tali attività sono riservate a professioni del settore sanitario regolamentate nello Stato membro in cui i servizi vengono forniti*".

Con riguardo alle professioni sanitarie, dunque, la possibilità di fare pubblicità discende dal d.l. 223/2006, d.l. 138/2011 e d.p.r. 137/2012, ove, tuttavia, come visto, è previsto il carattere informativo della stessa.

Con precipuo riferimento al d.l. 223/2006 mette conto rilevare come in sede di conversione il legislatore abbia avuto cura di inserire proprio il riferimento alla natura informativa della pubblicità. Infatti, mentre la formulazione originaria dell'art. 2, lett. b), d.l. 223/2006 prevedeva che fosse rimosso "*il divieto, anche parziale, di pubblicizzare i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle prestazioni*", nella legge di conversione, cambia il tenore della disposizione ("*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*"), essendo stato introdotto il riferimento espresso al carattere informativo della pubblicità.

E' che la *voluntas legis* fosse quella di consentire unicamente la pubblicità a scopo informativo, e non anche quella a scopo commerciale/promozionale, sembra potersi ricavare altresì dai lavori preparatori relativi alla legge di conversione (d.d.l. n. 741 – Senato della Repubblica, Atti parlamentari), ove viene confermato che il divieto rimosso è quello di "*pubblicizzare i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto ed il prezzo*

delle prestazioni. Il fine specifico di tale intervento è di favorire la trasparenza del mercato e la conoscibilità delle diverse alternative da parte degli utenti". In sostanza, l'inserimento dell'aggettivo "*informativo*", in uno con le ragioni espresse in seno ai lavori preparatori, confermano la volontà del legislatore di eliminare i divieti, anche parziali, unicamente per la pubblicità informativa, e ciò al fine di garantire la trasparenza nel mercato e consentire agli utenti una più completa conoscibilità degli operatori del mercato, delle loro caratteristiche e tariffe. Appare finanche evidente dunque come lo scopo sotteso alla normativa in questione non sia quello di favorire il carattere promozionale della pubblicità (a vantaggio della concorrenza tra gli operatori del mercato, volta ad attrarre nuovi clienti), bensì quella di informare il mercato (e, in particolare, gli utenti/consumatori) delle caratteristiche oggettive dei servizi prestati per potere assumere una più informata scelta.

Peraltro, secondo diversa prospettiva, non può sfuggire come nemmeno la pubblicità commerciale/promozionale (dalla cui disciplina è comunque chiaramente escluso il comparto sanitario) possa dirsi immune da limitazioni.

In particolare, l'art. 34 d.lgs. 59/2010 espressamente sancisce che le "*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*". Il perimetro di tale disposizione deve essere colto mediante la lettura congiunta dell'art. 24, comma 2, direttiva 2006/123/CE, a tenore del quale "*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*".

Dalla lettura delle richiamate disposizioni è possibile escludere che la pubblicità commerciale delle professioni regolamentate possa essere considerata assoluta, ossia libera da qualsiasi forma di limitazione. Anzi le competenti Autorità degli Stati membri (in Italia, gli ordini professionali) possono imporre limiti laddove ciò sia giustificato da "*motivi imperativi di interesse generale*". Tali motivi, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. h), d.lgs. 59/2010, sono rappresentati da "*ragioni di pubblico interesse, tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale,*

la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale".

Il rilievo all'interesse generale (*i.e.* a motivi imperativi di interesse generale), per altro verso, porta ad escludere che il riferimento alla "*dignità*" della professione possa essere autoreferenziale, ossia volto a consentire la limitazione della pubblicità unicamente per soddisfare un interesse particolare, cioè di categoria. Al contrario, la dignità deve essere letta in stretto collegamento con i motivi di interesse generale, nel senso che la pubblicità potrà essere limitata laddove tale limitazione sia funzionale a una maggiore tutela della posizione del consumatore e, quindi, dei sottesi interessi generali.

In questo senso, la Corte di Giustizia ha avuto modo di rilevare che "*spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce del contesto globale nel quale il codice deontologico dispiega i suoi effetti, compreso l'ordinamento giuridico nazionale nonché la prassi applicativa di tale predetto codice da parte dell'Ordine nazionale dei geologi, se vi sia un effetto restrittivo della concorrenza nel mercato interno. Tale giudice deve anche verificare se, alla luce di tutti gli elementi rilevanti di cui dispone, le regole di detto codice, in particolare nella parte in cui fanno riferimento al criterio relativo alla dignità professionale, possano essere considerate necessarie al conseguimento del predetto obiettivo legittimo collegato a garanzie accordate ai consumatori*" (Corte Giust., C-136/12, 18 luglio 2013).

Dalle considerazioni che precedono, pertanto, è possibile rilevare come gli interessi generali coinvolti nell'esercizio delle attività sanitarie rendano giustificabile - a maggior ragione laddove si consideri che le norme in esame non trovano applicazione per il comparto sanitario - l'imposizione di limitazioni all'utilizzo degli strumenti pubblicitari, al fine di evitare che la stessa assuma carattere promozionale/commerciale e che, per tale via, possa risultare in contrasto con i motivi di interesse generale, nel cui novero rientra la tutela alla salute di cui all'art. 32 Cost. (sul punto si v. *funditus* par. 3).

Del resto, a siffatta conclusione sembrerebbe doversi pervenire mediante una interpretazione del sistema normativo conforme a Costituzione, c.d. "*adeguatrice*", che ne garantisca la compatibilità ai valori, ai principi e ai diritti ivi espressi, tra cui la tutela della salute. Considerato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 356/1996, ha rilevato che "*in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne*

interpretazioni costituzionali", è possibile ritenere che la rintracciata interpretazione possa garantire un equilibrio con i valori posti dalla Carta costituzionale.

In questo contesto, peraltro, non sembra potersi dubitare che spetti all'Ordine - evidentemente, anche mediante la regolamentazione disciplinare - garantire che la pubblicità mantenga quel carattere di oggettività e di informazione, tale da mantenerla avulsa da qualsiasi contaminazione promozionale e, dunque, priva del carattere "attrattivo" tipico della pubblicità commerciale. Tuttavia, si consideri che, anche alla luce di quanto sopra rilevato, i limiti gravanti sulla pubblicità non possono mai essere giustificati dal riferimento a lati concetti come la "dignità professionale", ma devono trovare conforto nella rilevanza di motivi imperativi di interesse generale. E ciò perché la pubblicità può essere soggetta a limitazioni solo al fine di garantire maggiore tutela ai consumatori.

4. Questioni in ordine alla compatibilità della disciplina in materia di pubblicità delle professioni sanitarie con l'art. 32 Cost.

Le considerazioni sopra sviluppate (par. 2) consentono di rilevare come il vigente quadro normativo si presti ad essere interpretato in modo tale da risultare compatibile con le disposizioni costituzionali a presidio della tutela della salute.

Diversamente opinando, laddove si dovesse ritenere che l'abolizione dei limiti relativi alla pubblicità informativa possa essere intesa in modo talmente ampio da consentire anche ai sanitari di svolgere pubblicità di tipo commerciale/promozionale (come, invero, sembra emergere dalla sentenza del TAR Roma, n. 4943/2015), non potrebbero tacersi delicati dubbi di compatibilità costituzionale.

La cennata questione si pone al centro della delicata tensione tra due principi aventi carattere costituzionale: la libera iniziativa economica (art. 41 Cost.), da un lato, e la tutela della salute (art. 32 Cost.), dall'altro.

L'art. 41 Cost. prevede che l'iniziativa economica privata non possa "*svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*".

Il riconoscimento costituzionale dell'iniziativa economica pone il problema del suo possibile inserimento nel novero dei diritti fondamentali quale espressione della personalità dell'individuo e la sua eventuale classificazione come diritto inviolabile, secondo quanto prescritto dall'art. 2 Cost. (in tal senso, SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, 1959, p. 228).

Tale impostazione però è respinta dalla dottrina dominante (per tutti, BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, 1971, p. 596) in considerazione sia della collocazione della norma nel contesto dei rapporti economici sia per la stessa disciplina che viene complessivamente dedicata alla libertà di iniziativa economica, che risulta inequivocabilmente sottoposta a limiti e controlli, tanto che viene considerata, fra le libertà riconosciute dalla costituzione, quella meno garantita (si v. GALGANO F., *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione (artt. 41-44)*, a cura di BRANCA G., tomo II, pp. 26 ss.).

La Costituzione pone importanti limitazioni all'attività imprenditoriale, in quanto essa non può in nessun caso svolgersi in contrasto con l'utilità sociale (secondo la Corte costituzionale - Corte cost., 14 marzo 1964, n. 21, Corte cost., 3 giugno 1998, n. 196 - costituiscono ragioni di utilità sociale, ad esempio, la tutela della salute) ovvero ledere la dignità umana, la sicurezza e la libertà delle persone. Peraltro, il ruolo svolto dal richiamo all'utilità sociale nel contesto dell'art. 41 Cost. è spiegato in termini di funzionalizzazione dell'attività economica privata al raggiungimento dell'utilità sociale, nel senso che l'attività riceve tutela dall'ordinamento se ed in quanto realizza fini utili (cfr. MICCO L., *Lavoro e utilità sociale nella costituzione*, p. 258; CASSESE S., *I beni pubblici: circolazione e tutela*, p. 34; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 889). Sul punto, del resto, si consideri che il secondo comma dell'articolo in esame fa corpo con la proclamazione di libertà del primo comma cosicché deve ritenersi che "*il diritto di cui al 1° e 2° co. dell'art. 41 non è riconosciuto dalla Costituzione in modo assoluto, ma solo entro i limiti fissati dal 2° co. dell'articolo stesso*" (ESPOSITO C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 33 ss).

Con riferimento alla tutela della salute, essa rappresenta un diritto assoluto. La Corte costituzionale ha definito il diritto alla salute come un "*diritto primario e fondamentale*" che impone "*piena ed esaustiva tutela*". Tale tutela si articola, ad avviso della Corte, in situazioni giuridiche soggettive diverse in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l'ordinamento costituzionale assicura al "*bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana in relazione ai rapporti giuridici cui in concreto inerisce*" (Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 88; 14 luglio 1986, n. 184; 18 dicembre 1987, n. 559; 3 novembre 1988, n. 1011; 27 dicembre 1988, n. 992; 22 giugno 1990, n. 307).

In particolare, la Corte ha ritenuto che "*il diritto alla salute è basato su norme costituzionali di carattere programmatico e condizionato all'attuazione che ne dà il legislatore ordinario (statale e regionale): attuazione, costituzionalmente obbligatoria, da realizzare gradualmente, attraverso il ragionevole*

bilanciamento - sindacabile dalla Corte Costituzionale - con altri interessi o beni assistiti da pari tutela costituzionale nonché con l'obiettiva disponibilità di risorse organizzative e finanziarie", nonché "*è un diritto "erga omnes", immediatamente garantito dalla Costituzione*" (Corte Cost. 16 ottobre 1990, n. 455).

Orbene, a fronte della sussistenza di due diritti costituzionalmente garantiti (la libertà di iniziativa economica e la tutela della salute) si pone il problema di individuare un criterio che definisca i rapporti tra loro, specie nel caso in cui una misura volta a tutelare l'iniziativa economica possa compromettere la tutela della salute.

Secondo un primo orientamento interpretativo è possibile rilevare come, nel caso di conflitto tra la libertà economica e il diritto alla salute, bisognerebbe sempre garantire prevalenza alla seconda. E ciò sul presupposto che, qualora sussista un conflitto "*di opposti valori costituzionali, questi stessi devono essere ordinati secondo una scala gerarchica, privilegiando quello che sembra essere di maggiore rilievo*" (FERRARA R., voce *Salute (diritto alla)*, in *Digesto disc. pubbl.*, IV ed., Torino, pp. 526).

Seguendo tale linea interpretativa, si potrebbe affermare che la libertà economica non presenta gli stessi caratteri di assolutezza, e quindi di inviolabilità, tipici del diritto alla salute, essendo al contrario funzionalizzata e conseguentemente sottoposta al controllo conformativo dei pubblici poteri. Pertanto, il diritto alla salute, nel caso di possibile conflitto con i diritti soggettivi connessi con l'esercizio dell'attività d'impresa, apparirà gerarchicamente sovraordinato, nel senso che non ne può essere disposto il sacrificio, e neppure la limitazione, al confronto con altre situazioni di vantaggio pur costituzionalmente riconosciute e tutelate.

Tale orientamento sembra essere espresso dalla sentenza Corte Costituzionale del 18 luglio 2014 n. 216, ovvero dalla Corte di giustizia (CGCE, 13 febbraio 2014, C-367/12, punto 26), in quanto si precisa che "*la salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato [...]. Emerge da questa giurisprudenza, quindi, che le ragioni di tutela della salute, declinate secondo le peculiarità della normativa nazionale, ben consentono di derogare all'ampia nozione di libertà di stabilimento e, di conseguenza, di libertà di impresa.*"

Pertanto, come anche confermato da autorevole dottrina, " *il nesso decisivo tra libertà di iniziativa economica e valori personalistici e solidaristici della costituzione, là dove 'inviolabili' sono i diritti dell'uomo e 'inderogabili' sono i doveri di solidarietà economica, politica e sociale, e là dove le situazioni patrimoniali – impresa, proprietà, contratto – non possono non avere funzione socialmente rilevante e*

soprattutto non possono non realizzarsi in conformità ai valori della persona umana" (PERLINGIERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, pp. 102 ss.) nel rispetto della chiara gerarchia dei valori espressi dalla costituzione.

Secondo diverso orientamento, invece, il contrasto tra due diritti costituzionalmente garantiti non dovrebbe essere risolto mediante il ricorso al criterio della gerarchia, bensì mediante un razionale e idoneo bilanciamento dei valori sottesi, effettuato dal legislatore. In questo senso, è stato rilevato che i diritti qualificati come "primari", tra i quali rientra la tutela della salute, "*non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*" (Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85).

Allo stesso modo, è stato affermato che "*Il diritto alla salute, garantito dall'art. 32 cost., è condizionato all'attuazione che il legislatore, con criteri di ragionevolezza, sindacabili dal giudice, ne dia attraverso il bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti e tenendo conto delle risorse organizzative e finanziarie disponibili*" (Cfr. Corte cost., 15 agosto 1994, n. 304; Corte cost., 20 novembre 2000, n. 509).

Tornando agli aspetti di nostro immediato interesse sembra possibile rilevare come, seguendo entrambe le linee interpretative, il libero utilizzo della pubblicità commerciale da parte dei professionisti del settore sanitario troverebbe sempre il limite della tutela della salute.

Secondo il primo degli orientamenti richiamati, tale conclusione si coglie laddove si consideri la superiorità del bene salute nella gerarchia dei valori costituzionali. In sostanza, pure laddove si volesse ritenere che la libertà dell'utilizzo delle forme di pubblicità nel comparto sanitario sia collegata alla libera iniziativa economica, ciò non consentirebbe di rendere esente da mende la scelta legislativa laddove tale riconosciuta libertà possa, anche mediatamente, incidere su un bene, gerarchicamente superiore, quale è, come visto, il diritto alla salute.

A non diversa conclusione sembra pervenirsi laddove si accogliesse il secondo dei richiamati orientamenti, ossia quello che individua la necessità di un bilanciamento dei valori costituzionali. Secondo tale linea interpretativa, in particolare, il legislatore laddove

intenda perseguire la tutela di un valore costituzionale deve preoccuparsi di individuare un congruo bilanciamento con gli altri valori costituzionali che potrebbero, direttamente o indirettamente, porsi in contrasto.

Nel caso che ci occupa tale opportuno, congruo e ragionevole bilanciamento di rilevanti interessi sembra del tutto carente.

Infatti, come già rilevato *supra*, la disciplina in materia di pubblicità nelle professioni regolamentate, è stata introdotta nel Titolo I del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. 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*". Le finalità cui è rivolto il Titolo I sono espresse dall'art. 1, secondo cui "*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 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*".

In sostanza, il legislatore manifesta come il concreto intendimento cui tende la disciplina in parola consista nella volontà di rafforzare la libertà di scelta del cittadino, promuovendo altresì la concorrenza nel mercato. La finalità di favorire il rilancio dell'economia, anche attraverso la liberalizzazione delle attività imprenditoriali è, del resto, manifestata dal riferimento contenuto nella norma in esame all'art. 41 Cost., al cui comma 1, è espresso il noto principio secondo cui "*l'iniziativa economica privata è libera*".

Tuttavia, non può sfuggire come il predetto obiettivo sia perseguito senza che il legislatore abbia congruamente tenuto in considerazione gli effetti che tale disciplina di maggiore liberalizzazione possa determinare, nello specifico settore sanitario, con riferimento al diritto alla salute.

Per quanto si è sopra rilevato, dunque, il mancato necessario bilanciamento dei rilevanti interessi in gioco esporrebbe la norma in questione a delicate questioni di compatibilità costituzionale.

5. Limiti relativi alla pubblicità informativa in relazione ai compensi delle prestazioni sanitarie

Le considerazioni sopra sviluppate consentono, dunque, di rilevare come, con riferimento alle professioni sanitarie, sia consentita l'effettuazione della pubblicità avente carattere informativo, dovendovi, invece, escludersi che l'abolizione dei divieti riguardi anche la pubblicità di tipo commerciale/promozionale.

In questo contesto, dunque, agli ordini professionali spetta il compito di verificare che la pubblicità effettuata dagli esercenti le attività professionali *(i)* non assuma carattere eminentemente commerciale/promozionale e *(ii)* fornisca una informazione trasparente, vera, corretta e non equivoca, né ingannevole, che, consenta all'utente di valutare con oggettività le caratteristiche del servizio offerto.

Con riferimento a tali aspetti è appena il caso di richiamare le rilevanti disposizioni normative che disciplinano la pubblicità "*informativa*", al fine di rintracciare una interpretazione di sistema che consenta, tra l'altro, di individuare il corretto ruolo dell'ordine professionale. Come visto, il contenuto della pubblicità informativa e i limiti di questa si rinvengono in un complesso articolato normativo, da cui si ricava che:

- la stessa riguarda "*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*" (art. 2, comma 1, lett. b), d.l. 223/2006);

- "*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 equivoche, ingannevoli, denigratorie*" (art. 3, comma 5, d.l. 138/2011);

- "*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 dev'essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria*". (art. 4 d.p.r. 137/2012).

Il sistema normativo richiamato, dunque, individua una facoltà in capo agli operatori economici (ossia, la possibilità di fare pubblicità informativa) a cui, tuttavia, corrisponde un chiaro obbligo (ossia, che le informazioni pubblicizzate siano trasparenti, veritiere, corrette, non equivoche, non ingannevoli, né denigratorie), l'accertamento del cui rispetto spetta all'ordine professionale di riferimento. Esattamente in questo senso la giurisprudenza ha confermato che "*La Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie ha il dovere di giudicare se la pubblicità posta in essere da un odontoiatra sia o meno conforme a veridicità e correttezza sulla base del codice deontologico*" (Cass., Sez. II, 11 marzo 2014, n. 5612; cfr. anche Cass., Sez. II, 17 gennaio 2014, n. 870).

Peraltro, siffatto accertamento è funzionale, non già al rispetto da parte dei professionisti dei canoni di decoro e dignità della professione (che, come visto, ridondano in inammissibili limitazioni autoreferenziali), ma alla tutela della trasparenza e della conoscibilità delle caratteristiche dei servizi a garanzia della posizione degli utenti.

Alla luce di quanto precede e per quanto qui rileva, dunque, l'informazione sul prezzo della prestazione sanitaria non può essere avversata *ex se* dall'ordine, il quale tuttavia deve pretendere che tale informazione sia, tra l'altro, trasparente. E' chiaro però che il criterio (astratto) della trasparenza può essere concretizzato solo facendo riferimento alle concrete caratteristiche della prestazione, al punto che diventa tanto più necessario quanto più complessa e articolata sia la prestazione sanitaria pubblicizzata. In sostanza, se è vero che la pubblicità informativa serve affinché l'utente conosca le diverse alternative offerte dal mercato e possa compararle, sarà necessario che le stesse siano oggettivamente comparabili e, dunque, l'utente possa comprendere distintamente tutti gli elementi di cui è composto il prezzo offerto.

Pertanto, nell'ipotesi in cui il prezzo di una prestazione sanitaria includa, per esempio, anche il costo dei materiali necessari (si pensi all'ipotesi del materiale necessario per le prestazioni odontoiatriche ovvero di chirurgia estetica) è possibile ritenere che una informazione trasparente e veritiera non potrà prescindere da una puntuale individuazione del prezzo della prestazione, separato dal costo dei materiali utilizzati.

Del resto, anche la norma di settore sembra fornire un valido appiglio laddove prevede che l'informazione riguardi il "*prezzo* ***e*** *i costi complessivi delle prestazioni*", con ciò lasciando intendere la necessità di una separazione tra il prezzo della prestazione e il costo del materiale utilizzato per renderla. Solo in questo modo, infatti, il consumatore potrà

effettivamente ed efficacemente valutare, a parità di prezzo, quale professionista utilizza il materiale più costoso (e, verosimilmente, di migliore qualità) e quale invece, utilizzando materiali più scadenti, marginalizza maggiormente il profitto per la singola prestazione.

Così opinando, l'ordine di riferimento piuttosto che inibire la pubblicità dovrebbe garantire la trasparenza della stessa proprio ponendo chiare regole affinché gli iscritti, allorquando decidano di fare pubblicità, la facciano garantendo una informazione puntuale su quegli aspetti che – a seconda della prestazione sanitaria pubblicizzata – assumono dirimente rilievo per una consapevole valutazione da parte degli utenti.

6. Ricognizione delle delibere e/o iniziative già assunte dall'Ordine

La disciplina in materia di pubblicità posta dall'Ordine ha subito una evoluzione, anche in dipendenza al mutamento del quadro normativo di riferimento, cui si ritiene di dovere dare atto per tracciare i confini posti a livello regolamentare.

In ottemperanza al d.l. 223/2006, convertito con l. 248/2006, che, come visto ha abrogato i divieti, anche parziali, di svolgere pubblicità informativa, la Federazione, in data 16 dicembre 2006, ha adottato il nuovo Codice di deontologia medica, inserendo nel Titolo III, Capo XI, la disciplina relativa alla pubblicità sanitaria (artt. 55, 56 e 57), nonché le Linee-guida inerenti l'applicazione delle richiamate disposizioni.

In particolare, l'art. 56, rubricato "*pubblicità dell'informazione sanitaria*", nella formulazione originaria così disponeva:

"*La pubblicità dell'informazione in materia sanitaria, fornita da singoli o da strutture sanitarie pubbliche o private, non può prescindere, nelle forme e nei contenuti, da principi di correttezza informativa, responsabilità e decoro professionale.*

La pubblicità promozionale e comparativa è vietata.

Per consentire ai cittadini una scelta libera e consapevole tra strutture, servizi e professionisti è indispensabile che l'informazione, con qualsiasi mezzo diffusa, non sia arbitraria e discrezionale, ma obiettiva, veritiera, corredata da dati oggettivi e controllabili e autorizzata dall'Ordine competente per territorio.

Il medico che partecipa, collabora od offre patrocinio o testimonianza alla informazione sanitaria non deve mai venir meno a principi di rigore scientifico, di onestà intellettuale e di prudenza, escludendo qualsiasi forma anche indiretta di pubblicità commerciale personale o a favore di altri.

Il medico non deve divulgare notizie su avanzamenti nella ricerca biomedica e su innovazioni in campo sanitario, non ancora validate e accreditate dal punto di vista scientifico in particolare se tali da alimentare infondate attese e speranze illusorie".

Nell'*iter* di recepimento, l'Ordine ha richiesto al legale di fiducia (Avv. Enrico Pennasilico) di esprimere un parere circa le disposizioni del nuovo Codice in relazione alla pubblicità sanitaria. Nel parere, reso in data 26 gennaio 2007, si legge che "*le nuove norme deontologiche e le linee guida correlate siano in parte assolutamente confliggenti con lo spirito e la lettera della legge Bersani*" poiché in materia di pubblicità "*è assolutamente illegittimo imporre ai propri iscritti, come pretende il terzo comma del nuovo articolo 56, l'obbligo di richiedere l'autorizzazione dell'Ordine per qualsivoglia forma di pubblicità dell'informazione comunque e con qualsiasi mezzo diffusa, compreso l'uso di carta intestata e di ricettario*". Pertanto l'Ordine è stato invitato a modificare l'espressione "*autorizzata*" con l'espressione "*verificata*", al fine di scongiurare un intervento sanzionatorio da parte dell'AGCM. Peraltro, in data 22 febbraio 2007, la Federazione ha modificato il tenore dell'art. 56, cit., utilizzando più propriamente la dicitura "*verificata*".

Quindi, l'Ordine ha recepito il Codice, siccome emendato, nella seduta del 5 marzo 2007, ove è stato altresì evidenziato che la l. 248/2006 ha "*da un lato* [...] *eliminato obbligatori iter burocratici*" e dall'altro ha aumentato "*la necessaria responsabilizzazione di ogni singolo medico chirurgo e/o odontoiatra, i quali dovranno, ove non ritengano di richiedere preventive valutazioni su messaggi pubblicitari autocertificati per quanto riguarda il rispetto dei principi indefettibili di trasparenza e veridicità, fare ricorso al loro senso di responsabilità al fine di scrupolosamente osservare* [...] *la massima attenzione al fine di non ledere, con forme di pubblicità o con messaggi indecorosi od illegittimi, il decoro e il prestigio professionale*".

Con il parere del 23 novembre 2009, avente ad oggetto la valutazione del provvedimento n. 20363 con cui l'AGCM aveva sanzionato l'ordine di Bolzano, l'Avv. Enrico Pennasilico ha ribadito che la liberalizzazione dell'informazione pubblicitaria, ai sensi della l. 248/2006, "*non diminuisce ma anzi aumenta la responsabilità di chi fa informazione pubblicitaria sanitaria perché è restato intatto il Vostro potere di sanzionare comportamenti deontologicamente rilevanti per informazioni pubblicitarie inveritiere, ingannevoli, non trasparenti, non verificabili, indecorose*".

Tale assunto è stato poi confermato anche nel successivo parere del 3 dicembre 2010 in cui, a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 23287/2010, è stata presa posizione in ordine ai limiti intrinseci che devono essere riconosciuti alla

pubblicità dei sanitari. In tale parere, infatti, l'Avv. Enrico Pennasilico ha avuto occasione di precisare come "*pur affermando la liceità del messaggio informativo da parte del sanitario, medico e odontoiatra, hanno sempre ribadito con forza che tale messaggio non può in nessun caso violare dignità e decoro professionale, mai assumere connotati di pubblicità ingannevole, elogiativa e comparativa, e mai tendere alla acquisizione della clientela con modi non conformi alla correttezza ed al decoro*".

Il Codice di deontologia medica è stato successivamente modificato dalla Federazione, con deliberazione assunta a maggioranza, in data 18 maggio 2014.

L'Ordine, dopo avere trasmesso le proprie osservazioni e ribadito la necessità di trovare un'intesa unanime, nella seduta del 14 luglio 2014, ha deliberato quanto segue:

(i) impugnare il nuovo Codice di deontologia medica così come approvato e ratificato, e il nuovo testo del giuramento professionale, nonché tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti siccome lesivi del proprio potere-dovere istituzionale, e per l'effetto autorizzare il Presidente a voler conferire mandato all'Avv. Enrico Pennasilico;

(ii) confermare che non intende recepire integralmente il nuovo Codice deontologico e il nuovo testo del giuramento professionale, ritenendo validi quelli approvati e recepiti dal 2006-2007, fatti salvi eventuali successivi provvedimenti di recepimento dei nuovi testi approvati a maggioranza dalla Federazione "*nelle parti non confliggenti con i precedenti testi o comunque condivisibili per tutelare il proprio potere e non dovere di recepimento di nuovi testi e nuovi giuramenti deontologici ove non condivisi e non recepiti*".

A seguito del provvedimento n. 25078/2014, con cui l'AGCM ha irrogato una sanzione amministrativa alla Federazione per aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, l'Ordine ha conferito mandato all'Avv. Enrico Pennasilico affinché esprimesse un parere circa l'applicabilità dell'art. 56 del Codice del 2006.

In esecuzione del predetto mandato, l'Avv. Enrico Pennasilico, premettendo che l'Ordine "*nell'esercitare il proprio potere-dovere disciplinare, non potrà ignorare la delibera dell'AGCM almeno fino a quando non sarà stata travolta da una sentenza definitiva del TAR e/o del Consiglio di Stato*", ha ritenuto che "*il messaggio pubblicitario, per essere lecito, deve essere veritiero, verificabile, non ingannevole e comunque rispettoso dei principi deontologici non già in forza delle normative del codice deontologico del 2006 e relative linee-guida o piuttosto del nuovo codice deontologico, che peraltro Voi non avete adottato, ed anzi impugnato dinnanzi al TAR, ma dei principi generali di correttezza comportamento*

che tutti i medici e odontoiatri sono tenuti a rispettare avendo il legislatore affidato all'Ordine professionale il compito di individuare in concreto se un determinato comportamento sia di deontologico rilievo". Pertanto, nel caso in cui l'Ordine dovesse esaminare messaggi pubblicitari dei propri iscritti, in ipotesi di deontologico rilievo, sarà possibile contestarli "*non facendo riferimento all'art. 56 del CDM del 2006 e relative linee-guida, né men che meno alle norme del nuovo codice che non avete approvato e che peraltro sono anch'esse criticate dall'AGCM, ma potrete contestare in sede disciplinare il messaggio non avendo Voi l'obbligo di indicare quali norme risultino violate*".

Quindi, tenuto conto del richiamato parere, in data 25 novembre 2014, l'Ordine ha deliberato che il potere disciplinare ordinistico in materia di pubblicità sanitaria verrà esercitato, nel rispetto della normativa vigente, siccome interpretata dalla sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 10304 del 9 aprile – 3 maggio 2013, secondo cui la concreta individuazione delle condotte costituenti illecito disciplinare è rimessa all'ordine professionale.

Il 20 gennaio 2015 l'Ordine ha deliberato di conferire l'incarico all'Avv. Pennasilico per la presentazione di un intervento *ad adiuvandum* nel ricorso proposto dall'ordine dei medici chirurghi e odontoiatri di Bologna avverso il provvedimento dell'AGCM n. 25078/2014. Di tale giudizio allo stato non si conosce l'attuale *iter* processuale e, in particolare, se sia o meno stata fissata l'udienza di discussione del merito. Tuttavia, dall'analisi della documentazione fornitaci (ricorso introduttivo dell'ordine di Bologna e atto di intervento *ad adiuvandum*) è possibile rilevare che: *a)* sussiste qualche perplessità in ordine alla legittimazione attiva dell'ordine di Bologna a impugnare il provvedimento dell'AGCM che, come visto, è rivolto alla Federazione; *b)* il ricorso introduttivo, pur accennando alla distinzione tra pubblicità informativa e commerciale, omette di rilevare i cennati dubbi di legittimità costituzionale; *c)* nell'atto di intervento viene perorata la sussistenza dei poteri sanzionatori in capo agli ordini professionali nei confronti di condotte, esplicatesi anche mediante messaggi pubblicitari, che appaiono indecorose; tuttavia, non sembra si faccia riferimento alla significativa distinzione tra pubblicità informativa e commerciale, né si sollevano i dubbi di costituzionalità della normativa vigente siccome *supra* delineati.

Dalla richiamata ricostruzione emerge come l'Ordine abbia puntualmente seguito l'evoluzione normativa relativa alla materia della pubblicità sanitaria, dimostrando, con le proprie delibere, di condividere solo parzialmente il regime di forte liberalizzazione imposto

a livello normativo. In particolare, l'Ordine, pur recependo l'abolizione dei divieti di cui al d.l. 223/2006, ha ritenuto che non fosse venuto meno il proprio potere sanzionatorio nei confronti dei contenuti delle pubblicità effettuate dai propri iscritti che, sulla base di un apprezzamento discrezionale, risultassero non conformi ai canoni deontologici e, quindi, lesivi del decoro professionale.

Non sembra, tuttavia, che sia stata, ad oggi, posta adeguata attenzione alla diversa prospettiva qui rappresentata (si v. parr. 3 e 4) in ordine alla distinzione tra pubblicità informativa e commerciale, nonché al limite interpretativo delle forme di pubblicità rappresentato dal rispetto dell'art. 32 Cost. In altre parole, sebbene l'Ordine abbia inteso più volte confermare la permanenza del proprio potere sanzionatorio con riferimento alle condotte, anche concretatesi mediante messaggi pubblicitari, che si manifestassero non in linea con i principi della dignità e decoro professionale, sembra che non sia stata puntualmente posta la questione presupposta, rappresentata dall'ambito applicativo delle vigenti norme in materia di pubblicità. Come visto *supra*, infatti, nell'attuale contesto ordinamentale i concetti di dignità e decoro professionale sembrano aver perso il loro carattere eminentemente autoreferenziale, lasciando spazio ai c.d. motivi imperativi di interesse generale che soli possono giustificare l'imposizione di limitazioni in materia di pubblicità. Pertanto, a parere di chi scrive, le invocate comprensibili limitazioni alla pubblicità dei sanitari dovrebbero trovare ragione non già nei concetti di dignità e decoro professionale, ma nelle richiamate finalità di tutela degli interessi generali, al cui alveo non può che ricomprendersi anche la tutela della salute di cui all'art. 32 Cost.

7. Le possibili azioni esperibili dall'Ordine per sollevare la questione di legittimità costituzionale della normativa in materia di pubblicità nel comparto sanitario

Nell'ordinamento italiano il sistema di controllo di costituzionalità delle leggi è accentrato e successivo: ossia, il vaglio di costituzionalità delle leggi già entrate in vigore (controllo successivo) spetta unicamente alla Corte costituzionale (controllo accentrato).

In particolare (a tacere delle ipotesi di giudizio costituzionale c.d. *in via principale*, non rilevanti nel caso che ci occupa), la Corte costituzionale non può essere chiamata a risolvere una questione di costituzionalità direttamente dal privato che ne abbia interesse, ma solamente mediante il rinvio disposto da un giudice nazionale nel corso di un processo giurisdizionale (rinvio c.d. *incidentale*). In sostanza, laddove nel corso di un giudizio venisse

in rilievo, al fine di decidere il caso concreto, l'applicabilità di una norma della cui legittimità costituzionale si dubita, il giudice davanti al quale il processo si celebra (giudice *ad quem*) può sollevare la questione di legittimità costituzionale dinnanzi alla Corte costituzionale (giudice *a quo*), sospendendo il relativo procedimento in attesa della pronuncia di costituzionalità.

L'iniziativa nel giudizio incidentale spetta alle parti e al giudice del processo *a quo*, con la differenza che, mentre l'iniziativa delle parti è indiretta, quella del giudice è diretta: in sostanza, solo il giudice può sollevare la questione di legittimità costituzionale e può farlo o d'ufficio ovvero su richiesta della parte che ne ha interesse. Tuttavia, nel caso in cui l'iniziativa sia di parte, il giudice non è obbligato a sollevare la questione dinnanzi alla Corte costituzionale, dovendone comunque accertare la sussistenza delle condizioni di proponibilità.

In particolare, il giudice rinvia alla Corte costituzionale laddove ritenga che la prospettata questione di legittimità costituzionale sia *(i)* rilevante e *(ii)* non manifestamente infondata.

La rilevanza esprime un legame oggettivo tra la questione di costituzionalità e il giudizio *a quo*, nel senso che la questione può essere sollevata solo "*qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione*" della stessa (art. 23 l. n. 87/1953). In sostanza, la rilevanza ridonda in un nesso di strumentalità tra la questione di costituzionalità e la risoluzione del giudizio *a quo*, nel senso che l'instaurazione del giudizio costituzionale è subordinato alla utilità della questione per la risoluzione di una controversia specifica.

La seconda condizione di proponibilità della questione incidentale riguarda il suo fondamento giuridico. Infatti, il giudice *a quo* è chiamato a verificare che la questione non risulti manifestamente infondata, ossia che sussistano ragionevoli dubbi di incostituzionalità.

Declinando le richiamate considerazioni in ragione di quanto qui più direttamente qui rileva, è necessario sottolineare come la questione di costituzionalità della normativa in materia di pubblicità possa essere sollevata solo nell'ambito di un giudizio in corso che veda l'Ordine quale parte (necessaria o eventuale).

Ciò può verificarsi, allo stato, in due circostanze: una astratta ed eventuale e l'altra concreta e attuale.

La prima circostanza è rappresentata dagli eventuali giudizi che dovessero derivare (appunto, in via astratta ed eventuale) dalla impugnazione dei provvedimenti disciplinari adottati dall'Ordine nei confronti dei propri iscritti per ritenuta violazione delle norme deontologiche relative ai divieti e limiti della pubblicità professionale. Come noto, avverso i provvedimenti disciplinari adottati dagli Ordini dei medici, l'interessato può proporre ricorso avanti alla Commissione centrale e, quindi, avverso i provvedimenti di questa avanti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, giusta il d.p.r. 5 aprile 1950, n. 221. Orbene, nell'ambito del giudizio avanti alla Corte di Cassazione, avente ad oggetto l'impugnazione di sanzioni disciplinari relative alla violazione dei limiti nella effettuazione della pubblicità, l'Ordine dei medici, che sia parte dello stesso, potrebbe proporre la questione di costituzionalità.

La seconda circostanza è rappresentata dal giudizio amministrativo attualmente pendente dinnanzi al Consiglio di Stato e iscritto al R.G. n. 3964/2015, cui si è fatto sopra riferimento.

Nell'ambito di tale giudizio l'Ordine potrebbe proporre un intervento *ad adiuvandum* (sul punto si v. par. 6), divenendone pertanto parte e potendo, dunque, ivi proporre la questione di legittimità costituzionale. Peraltro, giova precisare che anche laddove la questione di costituzionalità non sia stata proposta in primo grado da nessuna delle parti in causa, ciò non determina l'impossibilità che la stessa sia proposta per la prima volta in grado di appello. Infatti, ai sensi dell'art. 104 c.p.a., "*Nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, fermo quanto previsto dall' articolo 34, comma 3, né nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio*". Ora, atteso che la questione di costituzionalità è sempre rilevabile d'ufficio, la circostanza che la stessa non sia stata sollevata da nessuna delle parti in primo grado non precluderebbe la sua proponibilità per la prima volta in grado di appello da parte dell'Ordine.

8. La possibilità dell'Ordine di proporre intervento *ad adiuvandum* in appello

L'intervento nel giudizio amministrativo di impugnazione è espressamente ammesso dall'art. 97 c.p.a., secondo cui "*può intervenire nel giudizio di impugnazione, con atto notificato a tutte le parti, chi vi ha interesse*". La disciplina dell'intervento in appello è quindi completata dagli artt. 28 e 50 c.p.a. che - sebbene collocati, rispettivamente, nel libro primo sulle disposizioni in generale e nel libro secondo sul processo amministrativo di primo grado - trovano

applicazione anche nel processo di appello in virtù del rinvio interno operato dall'art. 38 c.p.a.

L'impianto normativo richiamato impone di chiarire alcuni aspetti di dirimente rilievo ai fini che qui interessano, ossia *(i)* i soggetti legittimati, nonché *(ii)* le modalità e i termini di proposizione dell'atto di intervento.

a) Quanto al primo aspetto, il lato riferimento normativo a "*chi vi ha interesse*" consente di accedere a una interpretazione estensiva dei soggetti legittimati che comprende i soggetti:

b) legittimati a intervenire in primo grado, a prescindere dall'effettiva partecipazione in giudizio;

c) direttamente lesi dalla sentenza, titolari di posizioni autonome e legittimati all'opposizione di terzo;

d) che hanno un interesse di mero fatto.

Invero, già da tempo, la giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di confermare che "*non vi sono norme o principi che vietino, ai soggetti rimasti estranei al giudizio di primo grado, l'intervento in appello.* [...] *Né alla ammissibilità dell'intervento di cui trattasi è di ostacolo il principia del doppio grado di giurisdizione, atteso che l'interventore adesivo non è titolare di una posizione giuridica direttamente implicata nel giudizio e non può incidere sul* thema decidendi *definito dalle parti necessarie*" e ciò perché "*l'interventore adesivo tende solo, a prescindere dallo stadia del giudizio, ad illustrare le tesi nei limiti posti dalle parti necessarie*" (Cons. Stato, Ad. plen., 19 febbraio 1988, n. 2).

Per altro verso, sono legittimati a proporre intervento i soggetti che "*possano subire anche indirettamente un pregiudizio o possano tutelare una situazione di vantaggio con la definizione della controversia*" (Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2011, n. 4454).

Le considerazioni che precedono, dunque, consentono di ammettere la proposizione dell'intervento *ad adiuvandum* in grado di appello anche al soggetto che, sebbene non intervenuto in primo grado, è portatore anche di un interesse di mero fatto all'accoglimento dell'impugnazione.

Quanto al secondo aspetto, il c.p.a. non contiene alcuna specifica disposizione in ordine ai termini e alle modalità di proposizione dell'intervento in appello, con la conseguenza che sarà dunque necessario mutuare la disciplina posta per l'intervento in primo grado, giusta l'art. 38 c.p.a.

Viene in rilievo l'art. 50 c.p.a., rubricato "*intervento volontario in causa*", che fissa le regole per la proposizione dell'intervento, stabilendo che:

- "*l'intervento è proposto con atto diretto al giudice adito, recante l'indicazione delle generalità dell'interveniente. L'atto deve contenere le ragioni su cui si fonda, con la produzione dei documenti giustificativi, e deve essere sottoscritto ai sensi dell'art. 40, comma 1, lettera d)*" (comma 1);

- "*l'atto di intervento è notificato alle altre parti ed è depositato nei termini di cui all'articolo 45*" (comma 2), ossia trenta giorni dal momento in cui l'ultima notificazione si è perfezionata anche per il destinatario;

- "*il deposito dell'atto di intervento di cui all'articolo 28, comma 2, è ammesso fino a trenta giorni prima dell'udienza*" (comma 3).

Si ritiene che il quadro procedurale e le tempistiche sopra indicate debbano essere completate mediante il riferimento all'art. 73, comma 1, c.p.a., secondo cui "*le parti possono produrre documenti fino a quaranta giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a trenta giorni liberi e presentare repliche, ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza, fino a venti giorni liberi*". In sostanza, laddove, in vista dell'udienza pubblica, si intendano depositare documenti è necessario che il deposito dell'atto di intervento (con cui la parte si costituisce formalmente in giudizio) avvenga entro quaranta giorni liberi dall'udienza, di guisa da essere compatibile con il prescritto termine per il deposito dei documenti.

Con specifico riferimento al giudizio di appello attualmente pendente e iscritto al R.G. n. 3964/2015 (avente ad oggetto il provvedimento adottato da una Autorità amministrativa indipendente), corre l'obbligo di precisare che tutti i termini processuali, tra cui quelli sopra richiamati, sono dimezzati, ai sensi dell'art. 119 c.p.a.

9. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sopra argomentato, è possibile esprimere le seguenti considerazioni conclusive:

(i) la pubblicità nelle professioni regolamentate deve essere distinta in informativa e commerciale: mentre, la prima (la cui finalità è di consentire una consapevole scelta da parte dei consumatori) può essere effettuata anche dai sanitari, la seconda (la cui natura è invece eminentemente attrattiva e promozionale), per espressa previsione di legge, non trova applicazione agli esercenti le professioni sanitarie;

(ii) in ogni caso, in linea generale, la normativa di settore prevede, con specifico riferimento alla pubblicità commerciale, la possibilità che alla stessa siano imposte limitazioni purchè siano necessitate da motivi imperativi di interesse generale, tra i quali rientra certamente la tutela della salute;

(iii) la possibilità anche per i sanitari di effettuare la pubblicità commerciale/promozionale, anche laddove questa possibilità discenda dall'attuazione dell'art. 41 Cost., pare porsi in conflitto con la tutela della salute discendente dall'art. 32 Cost.;

(iv) le limitazioni di cui al precedente punto (*ii*) devono ritenersi operanti, a maggior ragione, nell'ipotesi in cui la pubblicità abbia (o possa avere) natura unicamente informativa, come nell'ipotesi della pubblicità effettuata dagli esercenti professioni sanitarie. Non a caso, rispetto a tale tipologia di pubblicità, la normativa vigente prevede che essa possa essere svolta, purchè, soggiaccia al rispetto di stringenti criteri quali, per esempio, la trasparenza e la veridicità;

(v) le suddette limitazioni, tuttavia, non possono trovare fondamento sulla espressa esigenza di tutelare la dignità e l'onore professionale, ridondando queste in clausole tipicamente autoreferenziali che, alla luce del generale assetto sistematico, non sembrano più poter giustificare *ex se* l'imposizione di limitazioni al contenuto della pubblicità sanitaria;

(vi) la questione di costituzionalità non può essere direttamente proposta dall'Ordine dinnanzi alla Corte costituzionale, ma deve essere sollevata in seno a un giudizio (*a quo*) in cui viene in rilievo l'applicabilità della norma della cui costituzionalità si dubita: sarà, quindi, il giudice *a quo*, laddove ritenga sussistenti i presupposti di legge, a sospendere il giudizio e rinviare la questione alla Corte costituzionale perché si pronunci sulla costituzionalità o meno della legge;

(vii) a tacere della ipotesi in cui l'Ordine potrebbe proporre la questione nei giudizi (astratti ed eventuali) che dovessero essere istaurati avanti alla Corte di Cassazione nel caso in cui un iscritto dovesse impugnare una decisione sanzionatoria assunta dalla Commissione centrale in materia di pubblicità, sembra che, allo stato, tale questione possa essere sollevata in seno al giudizio attualmente pendente avanti al Consiglio di Stato di cui al R.G. n. 3964/2015;

(viii) in questo giudizio, l'Ordine, benché non sia intervenuto nel processo di primo grado, può proporre intervento *ad adiuvandum*, ai sensi dell'art. 97 c.p.a., nei termini e nei modi sopra evidenziati.

***

Nel restare a Vs. disposizione per qualsivoglia chiarimento e/o integrazione occorrer possa, si porgono distinti saluti.

Avv. Giuseppe La Rosa

Avv. Fabio Giuseppe Angelini

Prof. Avv. Franco Gaetano Scoca