

LIBERALIZZAZIONI IPER-COMPETITIVITA' SENTENZE

CAMBIA LA SANITA'
SIAMO PRONTI?

A CURA DI GIANNI GRUPPIONI

SU SENTENZE E PROFESSIONE, UN BREVE ANTICIPO DELLA NUOVA GIURISPRUDENZA:

"...essere medico non è più sufficiente per quelle attività il cui svolgimento postula uno specifico diploma universitario".

(Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, sentenza n. 5080/2015 depositata il 13/03/2015)

"...in conclusione, 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".

(TAR LAZIO Sentenza 16/02/2015 N. 2688)

È lecita la concorrenza tra i professionisti, è illecito invece che *"... i principi di etica professionale vengano utilizzati non per la tutela di interessi generali, ma per la difesa di posizioni acquisite"*.

AGCM, Provvedimento nr. 2507/2014 vs Restrizioni deontologiche FNOMCEO)

"PRIVACY: la divulgazione non autorizzata di foto di pazienti costa cara".

(Cassazione Civile, sez. III, 11/09/2014 n. 191 72)

"...non è ravvisabile alcun divieto per lo svolgimento dell'attività di tecnico audioprotesista da parte di tecnico abilitato presso strutture in cui si svolgono differenti attività commerciali sanitarie e non sanitarie quali farmacie, parafarmacie,

sanitarie, studi medici e ambulatori...".

(TAR Umbria 25/07/2014 n. 421)

"...sia la pubblicità promozionale che la pubblicità comparativa sono lecite, e non possono essere vietate, laddove prive di profili di ingannevolezza, equivocità e denigratorietà".

(TAR Lazio 25 marzo 2015)

"Il professionista che applica una tariffa, anche se molto ridotta, non è sanzionabile dall'Ordine, Collegio, Associazione per violazione del decoro professionale o concorrenza sleale".

(Consiglio di Stato, sentenza n. 238, 1 22 gennaio 2015)

"La Formazione ECM è un obbligo e per l'inadempienza il professionista è sanzionabile".

(Corte di Cassazione, sentenza numero 9868/15)

"ECM, il Ministero della Salute ha avviato le procedure per la cancellazione, dall'elenco nazionale dei medici competenti di quei medici, circa 6.500 iscritti su 11.000, che non hanno provveduto a trasmettere la certificazione dell'avvenuta partecipazione al programma obbligatorio Ecm 2011-2013 (art. 38, comma 3, D.Lgs. 81/08), necessaria per poter svolgere le funzioni di medico competente come prevede l'art. 2 del D.M. 4 marzo 2009".

Ministero della Salute aprile 2015.

PRESENTAZIONE



LIBERALIZZAZIONI, IPER-COMPETITIVITA', SENTENZE CAMBIA LA SANITA' SIAMO PRONTI?

GIANNI GRUPPIONI

L'audioprotesi è una disciplina complessa. E complessa è la sua applicazione pratica in costante e dinamico sviluppo. L'aggiornamento e la formazione sono sempre occasioni di crescita professionale e di verifica delle personali conoscenze e competenze, particolarmente per chi svolge un'attività professionale liberale e vuole marciare al passo con i cambiamenti.

La "conoscenza" utile e necessaria, oggi, non è (più) solo quella "tecnica"; oggi bisogna anche conoscere le regole del mercato, i contesti in cui si opera e, in un mondo toccato da cambiamenti discontinui, veloci e sfidanti, meglio guardarsi intorno in modo innovativo, perché "quello che non si domina si finisce per subirlo".

Invitare a guardare lontano e non solo a gestire e sviluppare il presente è compito primario dell'associazione di categoria, la quale deve aiutare a prevedere, oltre che a orientare se stessa e gli associati verso un mondo che cambia velocemente. Tutto ciò è ancor più indispensabile in tempi di mutamenti continui e sfide incalzanti, per vivere e gestire il presente in modo pro-attivo e lungimirante.

**SCOPO DI QUESTO VADEMECUM È FORNIRE
ELEMENTI DI RIFLESSIONE RIGUARDO I PRINCIPI
DELLA LIBERTÀ DI IMPRESA E DELLA LIBERA
CONCORRENZA (ANCHE SANITARIA)**

Uno dei principali fattori di identificazione di una professione sanitaria è la volontà dei singoli professionisti di conoscere, possedere e rispettare norme etiche e professionali oltre i requisiti minimi legali richiesti.

Ricordiamo che l'attività degli audioprotesisti comprende mansioni intellettuali che per il corretto svolgimento richiedono un significativo livello di conoscenze giuridiche - oltre quelle tecniche e cliniche - e che la conoscenza necessaria va ben oltre il completamento del ciclo di studi sancito dalla laurea e dall'esame di abilitazione, titoli riconosciuti e obbligatori per esercitare.

Come tutte le professioni liberali, anche l'audioprotesista - soggetto al codice di condotta etica-deontologica applicabile ad ogni professione, tenuto aggiornato dall'organismo professionale competente (Associazione, Collegio, Ordine) -, deve essere consapevole che contravvenire alle disposizioni di tale codice, ora soggette al potere giurisdizionale dei Giudici e alle norme del Garante, può portare a sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità della violazione effettuata. Dall'altro canto, le Associazioni che tutelano i clienti e i pazienti, sanno che le violazioni delle disposizioni dei codici di condotta sono trattate con serietà da parte degli organismi preposti e le sentenze e altre informazioni riportate nel presente vademecum sono un utile insegnamento per non incorrere negli stessi errori già commessi da altri.

Abbiamo già scritto e informato chi segue i nostri editoriali che un orizzonte limitato ad un triennio, il 2015-2018, e i temi del Nuovo Nomenclatore, non debbono riempire l'agenda del nostro prossimo Congresso Nazionale. Su tanti argomenti - ad esempio comma 566 del Patto di Stabilità, nuovo Codice Deontologico, ruolo e rilevanza delle liberalizzazioni da non sottovalutare - intendiamo promuovere un dibattito costruttivo tra i protagonisti e con questa pubblicazione introduciamo le tematiche connesse alla libera-

lizzazione e iper-competitività frutto delle nuove norme. Per alzare lo sguardo oltre i classici tre anni della cadenza congressuale e guardare almeno al prossimo decennio, al 2025. Domandarsi, per capire, come sarà la nostra attività tra 10 anni, con quali regole, quali utenti, quali mezzi, non è un esercizio concettuale e nemmeno di poco conto.

Guardare al futuro più lontano, ancor più in uno scenario instabile e discontinuo, è prerogativa delle organizzazioni più efficaci e dei professionisti più lungimiranti. Lo abbiamo sempre fatto e questa volta, in occasione del Congresso, lo faremo con sessioni dedicate e le vere protagoniste saranno le idee, l'intelligenza e la visione della parte più innovativa dell'audioprotesi italiana, che ci aiuterà a delineare gli scenari possibili per capire, per anticipare, per non subire. Un esercizio determinante per "vedere" e costruire il nostro futuro, quello della categoria e contribuire a quello del Paese.

Il futuro è già qui: oggi si vive molto più a lungo e molte persone in età avanzata soffrono di malattie croniche. Nel contempo i governi si trovano nella necessità di tagliare i bilanci. La società europea si adegua e i sistemi sanitari devono adattarsi a questi cambiamenti: parliamo di un'assistenza erogata con modalità diverse e a costi più bassi; di prevenzione e interventi precoci; di maggiore *empowerment*, cioè più spazio ai diritti degli utenti (è un loro diritto il consenso informato, la chiarezza dell'informazione che, ha ribadito la Cassazione, vale anche nel caso di fornitura di protesi e non solo per quelle impiantabili). Tutto ciò vuol dire più responsabilizzazione. La riorganizzazione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie è un tema che non si può ignorare, fissato dagli orientamenti di un "libro bianco sulla sanità sostenibile" che toccano e riguardano tutti. Se qualcuno ancora ha dubbi, è distratto e pensa che ciò non arriverà a toccarci, il consiglio è di ravvedersi. E di farlo in fretta. Per aiutare le migliori e utili riflessioni che riguardano la presente contingenza, ovvero le nuove norme che stanno producendo ripercussioni su tanti operatori di professioni storiche e di antico successo come i farmacisti, i dentisti, i notai - tutte professioni ritenute immuni dagli

attacchi della modernità -, nella nostra rivista da tempo, nella rubrica "Sanità che cambia", con dovizia abbiamo dato conto che il mondo è in mutamento e non solo per gli altri. Con le liberalizzazioni già approvate siamo tutti trascinati dalle nuove regole in un mondo iper-competitivo, con pazienti-clienti più informati, attenti alle proposte, favoriti dalla libera concorrenza e con richieste di trattamenti e di rapporto qualità-prezzo diverse da quelle del passato. Chiunque si fa trovare impreparato "paga dazio": lo dimostrano le sentenze giunte al massimo livello di giudizio e le sonore multe comminate dal Garante della pubblicità e della concorrenza di cui diamo conto e portiamo alla vostra migliore attenzione.

Il vademecum è senz'altro un passo concreto nella direzione della *conoscenza necessaria*. Dalle cose dette alle cose fatte, consapevoli che invitare a pensare insieme al nostro futuro è un esercizio determinante per costruirlo e non subirlo, per precorrere i tempi e quindi influenzarlo per quanto possibile. Questo testo aiuta, guardando gli altri, ad imparare più in fretta e a non ripercorrere gli errori altrui.

Concludo citando testualmente l'Avv. Stefanelli - a cui vanno i miei sentiti ringraziamenti per la competenza in materia e l'ampio materiale che ci ha fornito - che sostiene, conformemente alla giurisprudenza ormai consolidata, che oggi vale il principio secondo il quale, senza dubbi o tentennamenti, la nozione euro-comunitaria di impresa include anche l'esercente di una professione intellettuale. *«In pochi ancora sanno - spiega la Stefanelli - o hanno capito, che la pubblicità in ambito sanitario oggi è libera con i soli limiti della non ingannevolezza, della correttezza e della trasparenza. Altre limitazioni, dicono le sentenze, non sono ammesse. Ciò vale per tutte le professioni. Il garante vigila e le sentenze della magistratura al riguardo impongono altre novità che debbono fare riflettere. In primo luogo si afferma, testualmente, che non esistono distinzioni fra "concorrenza commerciale" e "concorrenza professionale". Infatti la Corte di Giustizia*

ha recentemente riaffermato - conformemente peraltro a una giurisprudenza consolidata - il principio secondo il quale la nozione di impresa euro-comunitaria include anche l'esercente la professione intellettuale».

A fronte di sentenze che ormai apertamente dichiarano l'applicazione dei principi della libera concorrenza anche per i professionisti sanitari, e non è questa la sola novità, questo vademecum ci aiuta a prendere coscienza non solo su ciò che verrà, ma riguardo ciò che c'è già.

La posizione decisa e incisiva dei Giudici e del Garante è un segnale per tutti che la sanità è un ambito tanto vasto, quanto eterogeneo, in cui la giurisprudenza indica ora nuove strade interpretative nella scia delle più recenti liberalizzazioni. Le sentenze rivestono importanza per il particolare livello di approfondimento e dettaglio delle questioni trattate, temi che quotidianamente riguardano i diversi ambiti della sanità pubblica e privata, quindi, della nostra attività professionale quotidiana. Le sentenze sono di particolare importanza, ovviamente, anche per le ricadute nella vita dei cittadini, oltre che del bene supremo della salute, difeso dalla Carta Costituzionale all'articolo 32. E le associazioni degli utenti hanno già mostrato di essere molto attente e pronte a denunciare i comportamenti fuori dai nuovi indirizzi. Il focus delle sentenze, in particolare, riguarda le interpretazioni delle norme che trattano la pubblicità, le tariffe giudicate troppo basse vissute come "concorrenza sleale", ecc. Ma si affacciano anche le prime sanzioni agli inadempienti dell'obbligo ECM. In sostanza si evince che il vento della concorrenza e della iper-competitività in sanità soffia sempre più forte e mal incoglie a chi non se ne fa una ragione o si fa trovare impreparato.

Buon approfondimento.

gruppioni@fnaai.it

PUBBLICITA' SANITARIA: CAMBIANO LE REGOLE

SILVIA STEFANELLI

CASSAZIONE CIVILE 17 GENNAIO 2014, N. 870

L'accertamento della ingannevolezza o meno della pubblicità sanitaria spetta alla Commissione Medica e/o Odontoiatrica degli Ordini professionali: lo dice chiaramente l'art. 2 legge 248/2006 (c.d. Decreto Bersani).

Ma nulla si dice circa le modalità per effettuare tale controllo. Sino ad ora gli Ordini hanno per lo più svolto una valutazione di natura formale: vale a dire hanno analizzato la pubblicità (volantino o altro) e, senza nessuna indagine di fatto, hanno assunto decisioni sulla veridicità o meno della pubblicità stessa, solo sulla base del messaggio contenuto. Tale *metodologia di valutazione* è destinata a soccombere alla luce della giurisprudenza in materia. La recente **Cassazione Civile 17 gennaio 2014 n. 870** segna infatti un passo avanti in questa complessa materia. Il caso è quello di un odontoiatra che aveva pubblicato articoli su un giornale considerati dalla CAO del suo Ordine professionale (Potenza) "*arbitrari e discrezionali, privi di dati oggettivi e controllabili, e per non aver escluso anche in via indiretta qualsiasi forma indiretta di pubblicità commerciale, personale o a favore di altri*".

Sulla base di tali argomentazioni - senza alcuna indagine di fatto su tali aspetti - la CAO di Potenza applicava la sanzione della sospensione dall'Albo per tre mesi. L'odontoiatra impugnava davanti alla CCEPS che, riproponendo le stesse argomentazioni, rigettava il ricorso. La questione finiva in Cassazione dove il sanitario - tra le altre questioni - sollevava l'illegittimità della decisione della CCEPS (e indirettamente quella della CAO) relativamente al fatto che non si era in alcun modo argomentato *perché* la pubblicità doveva considerarsi ingannevole. E la Cassazione dava ragione all'odontoiatra sancendo che la

CCEPS nella sua decisione ...*non dà conto di quali sarebbero in concreto gli aspetti di non trasparenza e veridicità del messaggio pubblicitario ...né indica in punto di fatto sotto quale profilo o che cosa consenta di qualificare servili o autocelebrativi le pubblicazioni e gli articoli apparsi sulla rivista...*" .

La sentenza è interessante per due motivi: non solo perché, in generale, gli interventi della Cassazione aiutano professioni e ordini a muoversi in maniera corretta in questa complessa materia, ma anche perché "estende" alla pubblicità sanitaria un principio giuridico già pacifico in materia di pubblicità in generale. Vale a dire che **l'ingannevolezza o meno non va "misurata" sulla carta, ma va valutata e giudicata alla luce dei fatti concreti**, per verificare se ciò che è scritto (nel messaggio pubblicitario) corrisponde o meno a ciò che avviene, nella realtà e nei fatti. Ciò comporta da parte degli ordini un obbligo di istruttoria molto più penetrante, e da parte dei sanitari una capacità di dimostrare in concreto che ciò che scrivono corrisponde a ciò che fanno.

LIBERALIZZATA LA PUBBLICITA' SANITARIA: L'AGCM SANZIONA LA FNOMCEO PERCHE' IL CODICE DEONTOLOGICO LIMITA LA CONCORRENZA

SILVIA STEFANELLI

**AGCM, PROVVEDIMENTO NR. 2507/2014
RESTRIZIONI DEONTOLOGICHE FNOMCEO**

Decisione storica - e molto attesa - questa dell'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) sulla pubblicità

sanitaria. Con provvedimento 25078/2014 (pubblicato sul Bollettino 37/2014) l'AGCM ha stabilito che **le norme in materia di pubblicità sanitaria contenute** nel precedente Codice Deontologico - e altresì **nel nuovo Codice approvato a maggio 2014 - violano la legge 248/2006 ed i principi comunitari della concorrenza**. Cioè sono formulate in maniera tale da consentire agli ordini professionali (in particolare alle CAO perché i casi analizzati sono tutti di odontoiatria) di aprire "strumentalmente" procedimenti disciplinari attraverso i quali limitare e boicottare la pubblicità. E quindi la lecita concorrenza tra i professionisti. Sanzione pesantissima per la FNOMCeO: € 831.816,00 e l'obbligo di attivare immediatamente misure atte a porre termine all'infrazione. Vale a dire: modificare il codice deontologico nella parte che riguarda la pubblicità, liberalizzandola. E sotto questo profilo **l'AGCM stabilisce con grande precisione quali limitazioni sono da considerare contrarie alla concorrenza** e vanno quindi rimosse. Qui un elenco sintetico degli input dati dall'AGCM: come noto, il Codice Deontologico prevedeva solo la possibilità di "pubblicità informativa" mentre vietava quella "promozionale". Secondo l'Autorità tale divieto di "*pubblicità promozionale*" è da considerarsi illegittimo se si considera che scopo della pubblicità è proprio la promozione dei servizi offerti da un professionista. Sul punto si richiama anche la Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 che definisce come "*comunicazioni commerciali*" (all'articolo 2, lettera f), "*tutte le forme di comunicazione destinate a promuovere, in modo diretto o indiretto, beni, servizi, o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che svolge un'attività commerciale, industriale o artigianale o una libera professione*". **Da ora in avanti, quindi, la pubblicità promozionale potrà essere realizzata.**

Ancora più forte, poi, la **piena apertura proposta dall'AGCM in materia di "pubblicità comparativa"**, che oggi è totalmente vietata dall'articolo 56, comma 2, del Codice di deontologia medica 2006.

Secondo l'AGCM tale forma di pubblicità va invece considerata legittima *"se si considera che tale forma di promozione è, per sua natura, finalizzata alla valorizzazione degli elementi che differenziano il servizio pubblicizzato e ha quindi un contenuto tipicamente informativo"*. Qui l'Autorità richiama la Commissione europea che nella propria Relazione del 2004, ha affermato come sia *"ampiamente riconosciuto che la pubblicità, ed in particolare la pubblicità comparativa, può essere uno strumento di concorrenza fondamentale per le nuove imprese che fanno il loro ingresso nel mercato e per le imprese esistenti che lanciano nuovi prodotti"*.

Ma la parte più interessante della decisione è senza dubbio quella che riguarda il parametro del **"decoro professionale"**.

L'AGCM critica la circostanza che tale parametro sia stato inserito nell'articolo 56 del Codice di Deontologia medica 2006 come clausola generale cui deve conformarsi la pubblicità, **senza fornire criteri che concorrono a individuarne chiaramente l'esatto contenuto prescrittivo**, rendendolo in tale modo suscettibile di interpretazioni e applicazioni ingiustificatamente restrittive. Ma si spinge anche oltre ricordando che come già evidenziato dall'Autorità nella citata IC34, in conformità con i principi antitrust, *"nel settore dei servizi professionali, la nozione di decoro dovrebbe essere inserita nei codici di autoregolamentazione esclusivamente come principio generale che incentivi la concorrenza tra professionisti, al fine di rafforzare i doveri di correttezza professionale"*, trattandosi di una nozione che dovrebbe *"mirare a salvaguardare l'etica professionale, ossia a garantire il corretto espletamento della professione"* ed essere *"utilizzata nei codici di condotta come principio generale dell'agire del professionista, potendo essere volta, a titolo esemplificativo, a garantire lo svolgimento diligente ed esaustivo delle prestazioni professionali richieste, la coscienziosa preparazione tecnica, la disponibilità all'aggiornamento continuo anche dei collaboratori e dipendenti, l'efficiente organizzazione del team professionale, la*

correttezza professionale nei confronti dei colleghi e degli utenti”.

Al contrario secondo l'AGCM non dovrebbe essere invece associata ad aspetti economici della professione (come la pubblicità) poiché in questo caso *“il rischio è che i principi di etica professionale vengano utilizzati non per la tutela di interessi generali, ma per la difesa di posizioni acquisite”.*

Del resto, né il Legislatore della 248/2006 né quello del D.P.R. n. 137/12 hanno ritenuto necessario richiamare il parametro del *“decoro professionale”* in relazione alla pubblicità dei servizi professionali, ritenendo sufficiente, per tutelare gli interessi generali di protezione dei consumatori e di sanità pubblica, prescrivere che essa sia *“funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo del segreto professionale e non dev'essere equivoca, ingannevole o denigratoria”.*

Passando al tema tariffe, come si ricorderà il punto 5 Linee Guida stabiliva che le stesse potevano essere comunicate solo se pubblicizzate insieme ad altri elementi. Secondo l'AGCM tale previsione costituisce un'ingiustificata limitazione delle modalità con cui un professionista può promuovere i servizi offerti. Al contrario **l'Autorità reputa che il prezzo da solo possa costituire un importante elemento informativo** nella determinazione delle scelte dei consumatori, nonché una primaria leva del processo concorrenziale, come del resto già riconosciuto dall'articolo 2 del DL n. 223/06 (*“[...] nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni [...]”*). Anche la suddetta disposizione deontologica ha pertanto un oggetto restrittivo della concorrenza.

Da ultimo l'AGCM svolge una serie di valutazioni sul nuovo Codice Deontologico a maggio 2014.

Nonostante la FNMOCeO avesse sostenuto nelle proprie difese che quest'ultimo doveva considerarsi in linea con i dettami della concorrenza, l'Autorità ha ritenuto invece che sia necessario un ulteriore sforzo di liberalizzazione.

Più esattamente l'ACGM rileva infatti che, seppure sia stato

eliminato dall'articolo 56 il parametro del "*decoro professionale*", sono stati però introdotti, al secondo comma, una serie di parametri, alcuni dei quali molto generici e non previsti dalla vigente normativa [la pubblicità sanitaria dovrebbe essere "*prudente, obiettiva, pertinente*"] e pertanto potenzialmente suscettibili di una applicazione restrittiva della concorrenza. Inoltre, pur essendo stato eliminato dall'articolo 56 il divieto di "pubblicità promozionale", è ancora previsto, al terzo comma, un generale divieto di pubblicità comparativa che va invece eliminato. Secondo l'AGCM occorre quindi che la FNOMCeO rimetta mano al Codice deontologico e riscriva le regole sulla pubblicità.

PRIVACY: LA DIVULGAZIONE DI FOTO DI PAZIENTI PUO' COSTARE CARA

ALESSANDRA DELLI PONTI

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. III, 11/09/2014 N. 19172

La Corte di Cassazione in questa interessante sentenza mette molti punti fermi nella gestione delle foto dei pazienti e dei relativi consensi. La pronuncia nasce dal fatto di una paziente che si è sottoposta ad intervento di mastoplastica additiva e un secondo successivo intervento di addominoplastica. Entrambi gli interventi furono fatti dallo stesso medico, ma solo nei confronti del secondo la paziente agì per la richiesta di risarcimento danni da responsabilità medica.

Nel corso della causa il medico, attraverso il proprio difensore ha prodotto in giudizio delle fotografie a seno nudo della paziente riguardanti il primo intervento, non il secondo, per il cui utilizzo la paziente aveva autorizzato la pubblicazione solo a fini scientifici. Il giudice della causa di risarcimento danni ha ritenuto, tuttavia, irrilevanti queste foto, ordinandone lo stral-

cio. Per quella produzione processuale la paziente ha quindi avviato una causa di risarcimento danni da pubblicazione non autorizzata di un "dato" (ovvero la propria immagine) nei confronti sia del medico che del suo avvocato, entrambi condannati al risarcimento del danno alla paziente. Sia l'avvocato che il medico ricorrono in Cassazione ritenendo la sentenza non corretta. Medico e avvocato hanno presentato ben otto motivi di impugnazione tutti respinti dalla Corte. Di questi se ne segnalano alcuni interessanti perché possono dare utili indicazioni su come modificare informativa e consenso al trattamento dati di medici e strutture sanitarie.

Un motivo esaminato dalla Corte riguarda la distinzione tra pubblicazione del dato e utilizzo di un dato all'interno di un processo a scopo difensivo.

L'articolo 7, l'articolo 24 comma 1 (lett. f) e l'articolo 26 del D.Lgs. 196/2003 stabiliscono sostanzialmente che è possibile utilizzare un dato sensibile necessario per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento.

Ne consegue - secondo la Corte - che la liceità dell'utilizzo di un dato per fini difensivi e, quindi, come prova in un procedimento, presuppone un accertamento di merito legato alla necessità del trattamento rispetto all'oggetto del giudizio e alla circostanza che esso avvenga esclusivamente per tali finalità e per il periodo necessario. Nel caso concreto è stato svolto dal Tribunale, il quale spiega, in proposito, che la divulgazione in sede processuale dell'immagine della (omissis) (relativa al precedente intervento di mastoplastica) è avvenuta "in un contesto ove... era del tutto inutile e non finalizzata alla strategia difensiva del medico, citato in giudizio per un'asserita responsabilità professionale per il diverso intervento di addominoplastica...". Non a caso il Giudice aveva poi disposto lo stralcio dell'immagine.

In sostanza non è vietato utilizzare un dato - compresa la fotografia - come prova in un giudizio, ma tale dato deve essere

pertinente rispetto al giudizio ed effettivamente necessario al fine di tutelare un diritto. In altri termini quelle foto potevano essere utilizzate se la causa di risarcimento danni avesse riguardato il primo intervento quello a cui le stesse si riferivano. Un secondo motivo esaminato dalla Corte è molto interessante e riguarda la differenza tra comunicazione e diffusione. Secondo l'avvocato, non si sarebbe trattato di diffusione di dati (di cui all'articolo 4 lettera M), bensì di comunicazione (di cui all'articolo 4, lettera L), che la visione delle fotografie era limitata a soggetti tenuti al segreto d'ufficio, che il consenso era stato prestato a fini scientifici e di documentazione. La Corte rigettando il motivo avanzato dall'avvocato, rileva che se da una parte è vero che quella in questione deve essere definita, ai fini normativi, come una comunicazione, e non come una diffusione, siccome rivolta a "dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato" (cfr. articolo 4 lettera L), dall'altra è altrettanto vero che essa resta un trattamento di dati, rientrante nell'articolo 4, lettera A) del Dlgs. 196/2003 che definisce come trattamento qualunque operazione concernente, tra l'altro, " ... la comunicazione, la diffusione..." dei dati.

Trattamento che - continua la Corte - ai sensi dell'articolo 23, **"è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato, validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato"**, se è documentato per iscritto e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'articolo 13".

Nella specie, è indiscusso che il consenso fosse stato fornito dall'interessata per fini scientifici e, dunque, del tutto estranei al trattamento poi effettivamente realizzato. Questi due aspetti portano ad alcune riflessioni.

La prima riguarda una poca attenzione oggi all'utilizzo di dati, intendendo sia immagini che informazioni relative a persone. Nel caso di specie, forse, sarebbe bastata una più attenta scelta dei dati da trattare nel giudizio in questione per evitare

risarcimenti e richieste di danno. Una seconda riflessione di carattere pratico - operativo riguarda i contenuti delle informative e la scelta di formulazione del consenso. Spesso questi due adempimenti vengono presi alla leggera e senza riflettere su cosa io, titolare, intendo o intenderò fare di quei dati che raccolgo, magari limitandosi a "copiare" le scelte del nostro concorrente o di qualche conoscente o amico. La pronuncia, quindi, potrebbe costituire una preziosa esortazione a tutti i titolari del trattamento: attenzione ai contenuti dell'informativa e ai consensi da far sottoscrivere al paziente.

SANITA' E CONCORRENZA: ANCHE LA GIURISPRUDENZA PROMUOVE I PRINCIPI DI CONCORRENZA IN SANITA'. IL TAR DELL'UMBRIA DA' RAGIONE AD AZIENDA AUDIOPROTESICA

SILVIA STEFANELLI

TAR UMBRIA 25/07/2014 N. 421

Il vento della concorrenza in sanità sembra voler soffiare sempre più forte. Passata quasi sotto silenzio appare invece molto interessante la recente decisione del TAR.

Questo il caso. Nel giugno 2013 la Regione Umbria approvava (come hanno fatto peraltro molte altre regioni) i requisiti per l'iscrizione nell'elenco regionale delle aziende fornitrici di protesi, ortesi e ausili di cui al D.M. n. 332 del 27 agosto 1999: l'iscrizione era obbligatoria ai fini dell'eventuale convenzio-

namento con le Aziende Sanitarie locali. L'azienda audioprotesica, che vende protesi attraverso i suoi audioprotesisti, volendo svolgere la propria attività all'interno delle farmacie impugnava la delibera, sostenendo che i requisiti minimi strutturali fissati dalla Regione per l'attività svolta dalle aziende audioprotesiche sarebbero del tutto irragionevoli e sproporzionati, e che quindi l'intervento regionale si porrebbe così in contrasto con i principi di liberalizzazione del mercato dei servizi e delle attività economiche introdotti dal legislatore statale.

Il Tar Umbria dà ragione all'azienda audioprotesica. Ciò che rileva sono le argomentazioni giuridiche svolte a sostegno della tesi. Così si legge in sentenza: *...nella descritta normativa statale di riferimento (così come in quella regionale per quanto di competenza) non è ravvisabile alcun divieto per lo svolgimento dell'attività di tecnico audioprotesista da parte di tecnico abilitato presso strutture in cui si svolgono differenti attività commerciali sanitarie e non sanitarie quali farmacie, parafarmacie, sanitarie, studi medici e ambulatori...*

Si è dunque al cospetto di una attività di indubbio rilievo economico nei cui confronti eventuali interventi limitativi debbono essere adottati soltanto a tutela di specifici interessi pubblici e nel limite di derivazione comunitaria di stretta proporzionalità. Come noto, e come ampiamente indicato dalla difesa dell'azienda audioprotesica, le disposizioni che impongono divieti, restrizioni oneri o condizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche sono da interpretarsi in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, e ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità

umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica (vedi in particolare gli artt. 1, legge 24 marzo 2012 n. 27 e 34, legge 22 dicembre 2011 n. 214 c.d. "Salva Italia").

Trattasi peraltro di disposizioni legislative che replicano in gran parte i contenuti enunciati nella direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi del mercato interno (recepita con D.lgs. 26 marzo 2010 n. 157) laddove viene affermato il concetto di "motivo imperativo di interesse generale" quale unico idoneo a conformare l'esercizio del diritto di libera iniziativa economica.

In tal puntuale contesto normativo comunitario e nazionale l'Amministrazione, anche regionale, è tenuta a compiere un bilanciamento tra esigenze di liberalizzazione e di tutela della concorrenza e le esigenze di tutela di valori quali la salute, l'ambiente e i beni culturali, potendo in ipotesi concludere per l'introduzione di vincoli e divieti laddove nessun'altra misura meno restrittiva o invasiva della libertà di iniziativa economica privata consenta di tutelare efficacemente gli anzidetti valori (ex multis T.A.R. Lazio Roma sez. II, 9 luglio 2013, n. 6721; T.A.R. Lombardia Brescia sez. II, 9 aprile 2014, n. 480).

In sostanza la sentenza sancisce i seguenti principi giuridici (che la sottoscritta trova pienamente fondati):

- le regole che oggi devono orientare la pubblica amministrazione (anche sanitaria) sono quelle della libertà di impresa e della libera concorrenza;
- i divieti allo svolgimento di attività possono essere posti solo per evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, ecc...;
- in ogni caso tali divieti devono rispettare il principio di proporzionalità.

SULLE TARIFFE: LE RESTRIZIONI DEONTOLOGICHE SONO CONTRARIE AL DIRITTO COMUNITARIO. LA QUALITA' DELLA PRESTAZIONE GARANTITA DALL'ART. 2233 C.C.

SILVIA STEFANELLI

Si chiude con una sconfitta ordinistica la battaglia dell'Ordine dei geologici contro le tariffe.

Dopo un complesso percorso giurisdizionale, il Consiglio di Stato ha stabilito che l'obbligo deontologico di applicare i minimi tariffari configura una limitazione alla concorrenza.

La rilevanza della sentenza sta nell'enunciare principi giuridici validi anche per tutte le altre professioni.

Iter processuale

L'Ordine dei Geologi, nella revisione del Codice deontologico anno 2010, aveva inserito il dovere di osservare, nella determinazione dei compensi, il criterio del "decoro professionale", con conseguente applicazione di sanzioni in caso di inosservanza.

L'AGCM, ritenendo che tale previsione costituisse una reintroduzione dei minimi tariffari aboliti dalla legge 248/2006 (c.d. Decreto Bersani) apriva una procedura che terminava con le delibere AGCM 22 dicembre 2009 e 23 giugno 2010 di accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza con una sanzione di euro 14.254.

Tali delibere venivano impugnate avanti al TAR Lazio che con sentenza 4584/2011 dichiarava corretta la posizione dell'AGCM.

A sua volta la decisione del TAR veniva impugnata avanti al Consiglio di Stato che con sentenza n. 00238/2015 decideva

di sospendere il procedimento e di sottoporre alcune questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia Europea.

Più esattamente si chiedeva alla CGCE di pronunciarsi - oltre a questioni processuali sulla possibilità che il richiamo alla "dignità professionale" nella determinazione dei compensi possa comportare un'intesa restrittiva della concorrenza.

La decisione del Consiglio di Stato

Dopo aver ripercorso l'iter processuale sopra sintetizzato il Consiglio di Stato rigetta il ricorso del Consiglio Nazionale dei Geologi, sancendo la correttezza della decisione dell'AGCM. In particolare la sentenza stabilisce i seguenti principi (applicabili a tutte le professioni).

Più precisamente:

- non esiste una distinzione tra concorrenza commerciale e concorrenza professionale, ciò in quanto la nozione eurounitaria di impresa include anche l'esercente di una professione intellettuale, con la conseguenza che il relativo Ordine professionale può essere qualificato alla stregua di un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE.
- Per decidere poi se un'intesa debba considerarsi (o meno) restrittiva della concorrenza occorre valutare se gli obiettivi che l'intesa si pone sono (o meno) legittimi e se gli strumenti posti in essere siano effettivamente limitati (o meno) al perseguimento di detti obiettivi (principio di proporzionalità).

Chiarito questo sul caso del quo il CdS stabilisce che:

- l'obbligo di applicare i minimi tariffari è stato introdotto - secondo le indicazioni del CNG - allo scopo di garantire la qualità della prestazione;
- seppure tale obiettivo possa considerarsi di per sé legittimo, lo strumento utilizzato (obbligo di minimi tariffari nel codice deontologico) non può dirsi idoneo a garantire l'obiettivo della qualità della prestazione;
- più esattamente si legge in sentenza che *"Il fine di tutelare il consumatore viene adeguatamente perseguito dall'ordi-*

namento nazionale tramite altri strumenti, che trovano il loro principale ambito di applicazione nella disciplina del singolo rapporto tra professionista e cliente, e si traducono nella previsione di rimedi civilistici, la cui piena operatività non richiede l'attribuzione di alcun potere di vigilanza all'Ordine professionale";

- sotto questo l'art. 2233, comma 2, cod. civ., occupandosi del contratto d'opera intellettuale, prevede espressamente che *"in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione"*. Questa norma secondo i giudici del Consiglio di Stato *"si indirizza, infatti, al singolo professionista, disciplinando i suoi rapporti con il cliente nell'ambito del singolo rapporto contrattuale, senza attribuire alcun potere di vigilanza agli Ordini in merito alle scelte contrattuali dei propri iscritti"*;
- ed ancora secondo i giudici è proprio questa norma che prevedendo *"compensi professionali in ogni caso adeguati all'importanza dell'opera e al decoro della professione, assicura un adeguato strumento a garanzia della qualità della prestazione e degli interessi dei consumatori"*.

Pertanto a fronte di un preciso obbligo civilistico che già àncora il compenso professionale al decoro della professione e all'importanza dell'opera, l'introduzione di una regola deontologica volta a ribadire tale obbligo, riservando la vigilanza circa il suo rispetto all'Ordine, e prevedendo l'eventualità di sanzioni disciplinari in caso di inosservanza, appare evidentemente estranea o, comunque, manifestamente non proporzionata, rispetto all'esigenza di fornire al consumatore adeguata tutela.

Pertanto non sussistono i presupposti per ritenere che nel caso di specie la riscontrata restrizione della concorrenza (prodotta dall'introduzione dei minimi tariffari) possa essere considerata necessaria al conseguimento dell'obiettivo legittimo (garanzia della qualità della prestazione).

ABUSO PROFESSIONALE: LA LAUREA IN MEDICINA NON CONSENTE LE ATTIVITA' CHE RICHIEDONO UNO SPECIFICO DIPLOMA UNIVERSITARIO

FEDERICO BRESCHI

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. LAVORO,

SENTENZA N. 5080/2015 DEPOSITATA IL 13/03/2015

In un momento storico di rinnovo delle competenze professionali sanitarie, la giurisprudenza è recentemente intervenuta in materia con due sentenze, a loro modo complementari, scandendo una volta per tutte un sistema alimentato dal "groviglio armonioso": quello tra medici e fisioterapisti.

"...La laurea in medicina consente l'espletamento di attività ausiliarie ma non anche di attività, quale la terapia riabilitativa, che non hanno tale carattere ed il cui svolgimento postula uno specifico diploma...", ergo, essere medico non è più sufficiente per svolgere quelle attività il cui svolgimento postula uno **specifico diploma universitario**, come nel caso del fisioterapista.

È una sentenza all'attacco, quella depositata il 13 marzo u.s., che sancisce una severa inversione di tendenza rispetto al precedente orientamento dettato dalla giurisprudenza di legittimità. Lontano (dodici anni fa) il tempo in cui altra pronuncia, molto nota agli addetti ai lavori (n. 49116 del 2003 - Cass. Pen.), affermava che *"il medico chirurgo è abilitato all'esercizio di qualsivoglia branca di detta professione"*.

Oggi, il principio è il seguente: la laurea in medicina non consente l'esercizio di attività per la quale una disciplina emanata a livello nazionale ne abbia stabilito una specifica figura professionale, un iter formativo e un apposito diploma universitario.

GLI ORDINI PROFESSIONALI NON POSSONO LIMITARE LA CONCORRENZA

EDOARDO DI GIOIA

TAR LAZIO SENTENZA 16/02/2015 N. 2688

Nell'ultimo periodo tante novità hanno interessato l'ormai bellicoso rapporto tra professioni sanitarie e comunicazione promozionale.

Di recente la FNOMCeO ha sospeso l'applicazione delle norme deontologiche in materia di pubblicità ritenute scorrette dall'Antitrust ad esito della nota vicenda, si vedano gli approfondimenti nella sezione dedicata del nostro sito, della sanzione comminata dall'Antitrust alla FNOMCeO con il provvedimento n. 25078 del 4/9/2014. Nel provvedimento citato, motivato assai bene e particolarmente duro negli esiti sanzionatori (€ 831.816!), l'Antitrust aveva delineato una illegittima restrizione della concorrenza nel mercato dei servizi sanitari. Di più l'Antitrust aveva evidenziato come l'illecito concorrenziale commesso dalla Federazione Nazionale fosse ancora in corso in quanto censurabili erano pure gli articoli del Codice di deontologia medica dedicati alla pubblicità nella versione approvata nel 2014. Molto opportunamente la FNOMCeO, onde evitare ulteriori sanzioni in pendenza del ricorso promosso innanzi al TAR Lazio per ottenere l'annullamento del provvedimento dell'Authority, ha disposto la sospensione dell'applicazione delle norme deontologiche incriminate.

E proprio dal TAR Lazio sono giunte in rapida successione notizie che confermano la linea tenuta in questi anni dall'Authority per la concorrenza.

Con la sentenza 16/02/2015 N° 2688 il TAR ha respinto il ricorso che l'OMCeO di Bolzano aveva promosso sempre con-

tro l'Authority per la Concorrenza. La vicenda sarà nota, era il 2007 quando una Associazione di Consumatori locale proponeva ai dentisti di pubblicare le proprie tariffe per determinate prestazioni per promuoverne online il confronto. Iniziativa assai sgradita all'OMCeO di Bolzano che inviava una serie di comunicazioni agli iscritti per evitare che questi vi partecipassero. L'Antitrust, cui detta ingerenza ordinistica veniva denunciata, riteneva tuttavia tale comportamento idoneo a creare distorsioni alla concorrenza nel locale mercato dei servizi odontoiatrici e pertanto sanzionava l'Ordine ai sensi della L 287/1990. Ora il TAR, nella sentenza citata, ha confermato la legittimità della decisione dell'Antitrust statuendo che *"sono vietate [...] tutte le intese (anche da parte degli ordini professionali nda) che mirino o abbiano per effetto di condizionare la libera determinazione individuale del prezzo e la sua naturale flessibilità, alterando la struttura del mercato e, quindi, la concorrenza"*. Dunque anche per il TAR Lazio, oltre che per l'Authority, nel mercato dei servizi sanitari è necessario uno sviluppo sano della concorrenza che non deve essere impedito mediante l'uso scorretto dei poteri autoritativi di cui gli Ordini sono dotati nei confronti dei propri iscritti.

Sensibilità questa che il TAR ha confermato una volta di più anche nella ancora più recente e attesissima sentenza 01/04/2015 N° 4943 con la quale si è pronunciato sul ricorso della FNOMCeO contro la sanzione di € 831.816 sopra citata. Pur riducendo alla metà la sanzione a suo tempo comminata alla FNOMCeO - dunque portandola a € 415.908, non poco in ogni caso! - il TAR ha condiviso in toto la motivazione del provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust sopra citato ritenendo *"in conclusione, sulla base delle norme primarie applicabili e dei principi comunitari vigenti in materia, che sia la pubblicità promozionale che la pubblicità comparativa sono lecite, e non possono essere vietate, laddove prive di profili di ingannevolezza, equivocità e denigratorietà"*.

IL TAR LAZIO SPAZZA VIA I LIMITI ALLA PUBBLICITA' SANITARIA

SILVIA STEFANELLI

Dopo appena una settimana dall'udienza di discussione (25 marzo 2015) il TAR Lazio pubblica l'attesa sentenza sulla pubblicità sanitaria.

Confermato l'impianto giudico dell'AGCM, diminuita la sanzione a carico della FNOMCeO.

In altre parole i giudici del TAR hanno ritenuto, identicamente a quanto affermato dall'AGCM nel provvedimento 4 settembre 2014, che il Codice di Deontologia Medica abbia illegittimamente introdotto dei limiti alla pubblicità sanitaria non compatibili con il quadro normativo attuale.

Le diverse discipline intervenute in materia (L n. 248/2006, L n. 148/2011, DRP 137/2012) hanno infatti liberalizzato la pubblicità sanitaria stabilendo che la stessa deve solo rispondere ai criteri di correttezza, non ingannevolezza e trasparenza.

Altri limiti non sono ammissibili.

Ne consegue 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.

LIBERALIZZAZIONI E NUOVE GOVERNANCE CAMBIANO LA SANITA'

LUCA BENCI*

La Corte afferma che "la laurea in medicina consente l'espletamento di attività ausiliarie, ma non anche di attività, quale la terapia riabilitativa, che non hanno tale carattere e il cui svolgimento postula uno specifico diploma universitario".

LA SENTENZA

Nella causa di lavoro legata a un licenziamento di un operatore sanitario, in possesso del Diploma di laurea in Medicina e chirurgia, e che esercitava l'attività di terapeuta della riabilitazione (rectius fisioterapista) motivata con il rischio della perdita dell'accreditamento regionale, la sezione lavoro ha affermato il principio di diritto secondo il quale la "laurea in Medicina consente l'espletamento di attività ausiliarie ma non anche di attività, quale la terapia riabilitativa, che non hanno tale carattere e il cui svolgimento postula uno specifico diploma universitario". Questo l'innovativo principio di diritto che cambia l'antico orientamento della giurisprudenza penale della stessa Corte. **Al di là delle peculiarità del caso di specie che ha dato luogo alla sentenza, l'innovazione non è di poco conto in quanto determina l'esclusività dell'esercizio professionale per tutte le professioni. Vi saranno le solite difficoltà nell'individuazione dell'esclusività, ma il principio è confermato.**

Ancora una volta, al netto delle polemiche di questi mesi sul

*Giurista, direttore della rivista di Diritto delle professioni sanitarie, autore di pubblicazioni sul diritto sanitario e sulle professioni sanitarie.

“comma 566”, la giurisprudenza agisce in via di supplenza rispetto alla litigiosa politica, determinando un limite che viene posto proprio dalle leggi sulle professioni sanitarie. Ad oggi, curiosamente, le uniche norme di carattere generale che riguardano la professione medica sono contenute proprio nelle leggi di abilitazione all’esercizio professionale delle professioni sanitarie e i tentativi, di costruirne una, sulla pura attività medica, sono parsi fino ad ora goffi, impacciati e disorganici.

(ANCORA) UN ORDINE CONDANNATO PER AVER VIOLATO LE REGOLE SULLA CONCORRENZA.

IL TAR CONFERMA: L'ORDINE E' UNA
ASSOCIAZIONE D'IMPRESE E PER
QUESTO MOTIVO DEVE SOTTOSTARE
ALLE REGOLE CHE TUTELANO
LA CONCORRENZA

(DA ODONTOIATRIA 33)

La vicenda risale al 2005 quando l’associazione Centro Tutela dei Consumatori di Bolzano (CTCU) inseriva sul proprio sito web una tabella di raffronto dei prezzi praticati, per il medesimo tipo di prestazioni odontoiatriche, dai dentisti della Provincia di Bolzano che volevano aderire. Lo scopo dell’iniziativa, denominata “Prezzi Trasparenza Online” era quello di fornire un servizio informativo ai consumatori circa i prezzi delle sin-

gole prestazioni odontoiatriche richiesti nell'area della Provincia di Bolzano.

Su invito dell'Ordine molti degli aderenti avevano, in seguito, ritirato la loro disponibilità alla pubblicazione.

Nel 2008 il CTCU, anche a seguito del decreto Bersani, aveva nuovamente riproposto il progetto e nuovamente l'Ordine aveva invitato gli iscritti a non aderire. Una decina quelli che avevano pubblicato le loro tariffe sul sito del CTCU e che successivamente si sono visti recapitare dall'Ordine una missiva attraverso la quale venivano invitati a recedere dalla iniziativa per non incorrere in possibili sanzioni disciplinari per grave infrazione al codice deontologico.

Il CTCU ricorreva all'AGCM che apriva un procedimento di indagine nei confronti dell'Ordine ravvisando un vero e proprio comportamento possibilmente lesivo e restrittivo della concorrenza.

Nel 2009 l'Antitrust ritiene colpevole l'Ordine per aver ostacolato l'iniziativa del CTU condannandolo a pagare una multa di 5 mila euro e "rimuovere i comportamenti contestati dall'Autorità". Secondo l'Antitrust, l'Ordine, attraverso le missive inviate agli iscritti, "ha messo in atto un'intesa restrittiva della concorrenza, tuttora in corso, che ha impedito in concreto la pubblicazione e il confronto dei prezzi da parte degli odontoiatri iscritti all'Albo tenuto dall'Ordine di Bolzano. L'intesa ha ristretto la concorrenza tra i professionisti impedendo loro di utilizzare una leva concorrenziale essenziale in un settore dove il livello di competizione è già basso, con effetti particolarmente negativi per i consumatori".

L'Ordine impugnava la sentenza davanti al TAR che ha pubblicato la sentenza (n. 2688 del 19 febbraio 2015) con la quale respinge il ricorso e conferma la sanzione.

Diversi i punti contestati dall'Ordine, il principale è contro la decisione dell'Antitrust di considerare la Commissione Albo degli Odontoiatri di Bolzano un "ente rappresentativo di imprese", così come l'Ordine. Stessa base sulla quale si fonda la **sanzione** inflitta alla FNOMCeO.

L'Ordine di Bolzano sosteneva, nel ricorso, che la CAO non avrebbe alcun potere di rappresentanza esterna, né soggettività, essendo quest'ultima riservata all'ordine, che agisce tramite il suo presidente e che le lettere inviate agli iscritti non potrebbero essere qualificate come "deliberazioni".

Altro punto contestato dall'Ordine il fatto che l'Antitrust, nella sua decisione, "non avrebbe correttamente considerato l'evoluzione della disciplina normativa che regola l'informazione pubblicitaria dei professionisti in materia sanitaria. In particolare non avrebbe tenuto conto del fatto che, pur avendo il d.l. n. 223/2006 liberalizzato l'informazione e la pubblicità per le professioni intellettuali, lo stesso ha conservato, in capo agli ordini professionali, un potere di controllo sugli aspetti di veridicità e trasparenza, proprio al fine di garantire che non vengano forniti, al consumatore finale, dati fuorvianti".

Di parere contrario il TAR che ricorda l'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), a norma del quale "Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese e altri organismi simili".

TAR che, quindi, considera l'Ordine professionale e la CAO, un organismo simile all'associazione di impresa e per questo motivo deve sottostare alle regole che tutelano la concorrenza.

ESERCIZIO ABUSIVO... DA PARTE DEL MEDICO! LA CASSAZIONE: QUELLA MEDICA NON E' UNA PROFESSIONE "ASSORBENTE"

ANTONIO PANTI

PRESIDENTE ORDINE DEI MEDICI FIRENZE

(DA "TOSCANA MEDICA")

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 5080 del 13/03/2015, "ha ritenuto che il possesso da parte del lavoratore della laurea in Medicina non fosse sufficiente per l'esercizio di attività riabilitativa per la quale occorre apposito diploma universitario, sebbene (sic!) il lavoratore in questione fosse abilitato a svolgere funzioni ausiliarie". In conclusione, ribadisce la Cassazione, "la laurea in Medicina consente l'espletamento di attività ausiliarie ma non anche di attività, quale la terapia riabilitativa, che non hanno tale carattere e il cui svolgimento postula uno specifico diploma". Il Consiglio di Stato altresì ha consentito ai laureati in psicologia di concorrere al posto di dirigente di unità complessa di salute mentale, affermando che i compiti direzionali gestionali non abbiano implicazioni cliniche tali da presupporre la laurea in medicina. Ma cosa si intende per gestione di attività sanitarie? Allora, per la mera gestione di un qualsiasi processo produttivo, meglio un infermiere esperto oppure, perché no, il cosiddetto "ingegnere clinico". Qualche anno fa in Toscana fu inventato il "see and treat", strumento utile per smaltire l'affollamento dei Pronto soccorsi, nel quale tuttavia il medico concordava con gli infermieri quali prestazioni questi potessero svolgere in autonomia e le insegnava. L'infermiere poi avrebbe risposto in prima persona dei suoi atti. Allora chi ebbe questa pensata, tra cui l'autore di questo articolo, fu pe-

nalmente denunciato da altri presidenti di Ordine con l'accusa di lesa maestà professionale e costretto a giustificarsi dai carabinieri che però furono più intelligenti dei colleghi. Adesso tutti piangono sul comma 566 e sul Patto della salute che lascia agli infermieri autonomia didattica e di scelta dell'ambito delle prestazioni da svolgere senza chiarire i confini della responsabilità. Adesso tutti invocano un sistema quale quello a suo tempo inventato in Toscana perché si rendono conto che la professione sopravvive se è autoreferenziale sul piano formativo e la medicina sta cessando di esserlo. Ma mentre i medici litigano come i celebri capponi di Renzo la magistratura sentenza e così supplisce alle carenze della politica. E allora i medici (in particolare i giovani) si trovano stretti tra due fronti. La pernicioso mania dei medici di voler definire l'atto medico in un mondo di professioni emergenti, tutte fondate come quella medica sulla protezione del titolo, espone i laureati in medicina, una volta definiti gli ambiti delle altre professioni sanitarie, al rischio di esercitare abusivamente ove svolgessero, come può succedere, una prestazione tipica di altri iscritti ad altro albo.

I medici hanno sempre pensato che, in caso di mancanza di lavoro (cosa sempre più verosimile), potessero svolgere altre mansioni professionali all'interno della sanità. La Cassazione ci risveglia da un sonno beatamente autoreferenziale.

Nello stesso tempo i medici hanno sempre pensato che le funzioni dirigenziali all'interno delle strutture sanitarie non potessero essere svolte altro che da laureati in medicina. Ovvio e logico. Ma i magistrati e le amministrazioni non sono affatto d'accordo. Insomma il lavoro medico è stretto da ogni parte; inoltre, grazie ai vistosi errori di programmazione, è minacciato da una strisciante sottoccupazione. Non vi è dubbio che spetta al medico la leadership del processo di cura, compresa la parte assistenziale. Il medico effettua la diagnosi differenziale e prescrive la terapia; mancano però norme precise che esplicitino i limiti di questa controversa affermazione (si pensi al parto naturale o al triage). Non dovremmo parlare di atto medico, ma

di atto del medico che non può aver alcun limite se non quelli imposti dalla scienza e dalla deontologia. Il mondo ormai si orienta a valutare le competenze e dà rilievo al titolo solo per l'esercizio di particolari compiti. La scienza e la tecnica si evolvono con troppa rapidità per lasciare diritti perfetti a chi si è laureato magari qualche decennio or sono e nel frattempo ha fatto un altro mestiere. Il periodo che attraversiamo non è particolarmente felice per i medici, dopo i trionfi sociali e professionali del secolo scorso. E neppure è facile proporre soluzioni. Ecco perché è essenziale che qualcuno prosegua questo dibattito, sperando che i giovani partecipino con idee innovative.

CONSENSO INFORMATO: FONDAMENTALE ELEMENTO DI PROTEZIONE DEL PAZIENTE

(AVV. ENNIO GRASSINI - WWW.DIRITTOSANITARIO.NET)

Il fondamento del consenso informato viene ad essere configurato come elemento strutturale dei contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario. In questi gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio. Di conseguenza, l'inadempimento del debitore della prestazione di garanzia è idonea a ledere diritti inviolabili della persona, cagionando anche pregiudizi non patrimoniali. L'informazione esatta sulle condizioni e sui rischi prevedibili di un intervento chirurgico o su un trattamento sanitario per accertamenti in prevenzione o in preparazione, se costituisce di per sé un obbligo o dovere che attiene alla buona fede nella formazione del contratto ed è elemento indispensabile per la validità del consenso - che deve essere consapevole -, al trattamento terapeutico e chirurgico, è inoltre un elemento costitutivo della protezione del paziente con rilievo costituzionale.

LA PRIVACY NELLO STUDIO DEI PROFESSIONISTI DELLA SALUTE E DEI MEDICI: ATTENZIONE AI CONTROLLI

(ODONTOIATRIA 33)

L'occhio, attento, del Garante della Privacy si è rivolto verso ospedali, cliniche, studi medici, studi dentistici e gli altri professionisti della salute. Nel primo semestre del 2014 sono state 196 le ispezioni svolte dalla Guardia di Finanza allo scopo di verificare come sono gestiti e archiviati i dati sensibili relativi alla salute degli assistiti. Oltre 2 milioni e mezzo di euro l'ammontare delle sanzioni e 24 segnalazioni all'autorità giudiziaria: questo il primo bilancio dei controlli effettuati.

Le infrazioni più frequenti sono state:

- trattamento di dati senza tutela o senza richiesta di consenso: reclusione 6 - 18 mesi, ma se il fatto integra la comunicazione/diffusione del dato si sale a 24 mesi;
- omessa o inidonea informativa all'interessato (art 161, sanzione fino a 36.000 euro);
- mancata adozione delle misure minime di sicurezza per mancato rispetto delle norme all'allegato B del Codice della Privacy.

«La gestione della privacy, ad esempio, nello studio odontoiatrico è meno complicata, ovviamente, che quella di una grossa struttura, pur rimanendo uno dei tanti impicci burocratici che complicano la gestione di qualunque attività», ma tuttavia rimangono in vigore alcuni obblighi (definiti nell'allegato B del Codice della Privacy NdR)».

Questi, quelli in merito alla normativa 81/08 (sicurezza lavoro) e alla gestione della privacy.

- Nomina Responsabile del trattamento dei dati.
- Designazione scritta degli incaricati del trattamento dei dati.

- Password di accesso al sistema informatico e variazione periodica delle password, software antivirus e firewall (quest'ultimo nel caso di trattamento di dati sensibili) e aggiornamento del software antivirus.
- Salvataggio (backup) dei dati e aggiornamento delle patches del software.
- Adozione di misure per il ripristino dei dati entro sette giorni.
- Acquisizione di documentazione nel caso di affidamento a soggetti esterni di realizzazione di misure di sicurezza.

Oltre gli adempimenti burocratici vanno poi ricordate le norme "comportamentali" contenute nel Codice della Privacy (dlgs 196/2003).

Evitare di chiamare il paziente con il proprio cognome in sala d'attesa se ci sono altri pazienti in attesa e soprattutto non rivelare il suo stato di salute; durante la seduta in studio non devono esserci estranei; la compilazione del consenso informato, se fatta dall'assistente o dalla segretaria dello studio, deve essere fatta in un luogo protetto (meglio quindi che sia compilato direttamente dal paziente); assicurarsi che i dati dell'assistito presenti sul monitor del computer non siano visibili da persone estranee.

Per la gestione informatica, poi, il Garante della Privacy raccomanda che il salvataggio di dati sensibili e personali dei pazienti andrebbe attivato ogni settimana, la password (che deve essere sicura, quindi composta da lettere e numeri in almeno otto caratteri) cambiata ogni tre mesi, i programmi di protezione antivirus aggiornati ogni sei mesi, mentre ogni anno andrebbero verificate le funzioni attribuite agli incaricati, con regole scritte (ad esempio sulla conservazione dei supporti, dischetti etc e su cosa fare in assenza del collaboratore).

ANCORA UN MONITO DEL CONSIGLIO DI STATO: LA TARIFFA PARTICOLARMENTE BASSA NON VIOLA IL DECORO PROFESSIONALE

(DA ODONTOIATRIA 33)

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n.238 del 22 gennaio 2015, entra nel merito del decoro professionale indicando che la tariffa particolarmente bassa non può essere un parametro valido per giudicarne il comportamento dell'iscritto all'Ordine. La sentenza nasce da un ricorso dell'Ordine dei Geologi contro le sanzioni dell'Antitrust inflitte per aver adottato comportamenti che, di fatto, riproponevano un controllo sulle tariffe degli iscritti. In sostanza l'Ordine dei Geologi, come anche quello di Medici e Odontoiatri, sostiene che tariffe particolarmente basse possono nascondere prestazioni di scarsa qualità e quindi danneggiare il consumatore e di conseguenza ledere il decoro professionale.

Di parere diverso il Consiglio di Stato, sostenendo che il professionista che applica una tariffa, anche se molto ridotta, non è sanzionabile dall'Ordine per violazione del decoro professionale, sarebbe come reintrodurre un controllo sulle tariffe, motivano. Inoltre i giudici di Palazzo Spada ricordano che il decoro non può essere giudicato in base alla tariffa professionale applicata ma sulla base di altri principi. Per tutelare i consumatori dalle tariffe, viene ricordato, ci sono altri strumenti come quelli che regolamentano la concorrenza sleale e le pratiche commerciali scorrette. La sentenza ribadisce, quindi, quanto già evidenziato dall'Antitrust ovvero il professionista può applicare le tariffe che ritiene più adeguate.

ODONTOTECNICI A RISCHIO SCOMPARSA: AVANTI CHI AVRA' NEL BAGAGLIO CULTURALE PIU' COMPETENZE E CAPACITA' DI ADATTAMENTO

(ODONTOIATRIA 33)

Il mondo dell'odontotecnica è in subbuglio. La progressiva perdita del ruolo "artigianale" dell'odontotecnico a favore di restauri dentali sempre più legati alla "macchina" è sotto gli occhi di tutti. A trattare l'argomento è, dalle pagine della Rivista Dentistry IQ, Craig A. Pickett, un noto odontotecnico americano. «L'avvento del CAD/CAM - ricorda Craig - sta riducendo drasticamente la componente artigianale della professione di odontotecnico. La tecnologia, oggi, ci consente di produrre di più, in minor tempo e a un costo inferiore». Ma secondo Craig, il restauro individuale realizzato dall'odontotecnico "artista" continuerà ad esistere come lavoro di qualità anche se sarà sempre più di nicchia e sempre meno gli odontoiatri disposti a prescriberlo. «La formazione dei futuri odontotecnici cambia rapidamente, sicuramente non avranno il tempo che hanno avuto quelli della mia generazione per impratichirsi nella caratterizzazione delle porcellane feldspatiche. I nuovi materiali entrano rapidamente nel mondo dentale e si evolvono velocemente. Sarà avvantaggiato chi avrà nel bagaglio culturale più competenze e capacità di adattamento». Continueremo sempre ad avere bisogno di tecnici "artisti" ma che sappiano padroneggiare le nuove tecnologie e siano esperti dei nuovi materiali e in grado di comunicarli correttamente ai dentisti e ai pazienti: oggi ci vogliono aggiornamento, formazione e capacità comunicative. L'arte non sta morendo in odontoiatria, l'arte è fare il cambiamento ed entrare in una nuova era.

VIA MATERIALI DA IMPRONTA E FUSIONI E AVANTI CON GLI SCANNER E LE STRUTTURE 3D. DAGLI USA LA CONFERMA DELLA CRISI DEGLI ODONTOTECNICI

DAVIS CUSSOTTO

La tecnologia dell'impronta ottica è matura e a costi accessibili. Questa è la notizia dal Midwinter Meeting 2015 conclusosi a Chicago. Se da una parte non sono ancora molte le aziende che offrono il pacchetto "chairside" completo (scanner software e fresatore o milling macchine) il mercato degli scanner ottici è decisamente ampio e già maturo. Dovendo scegliere, è importante considerare che la same-day-dentistry, ossia la realizzazione di un manufatto protesico (corona singola o intarsio) in una sola seduta con il fresatore chairside, non è la sola possibilità che offre l'impronta digitale. Il workflow (o flusso di lavoro) attualmente può seguire percorsi misti digitali e analogici soprattutto nelle riabilitazioni su impianti o nei casi complessi. Prima di esaminare i vantaggi della "protesica digitale", una premessa. In USA, e ancor di più in Italia, si è inserito un "terzo attore" tra dentista e laboratorio: il cosiddetto "centro di fresaggio". Il termine, anche se entrato nel linguaggio comune, non è propriamente corretto perchè alcune di queste aziende utilizzano tecnologie più sofisticate rispetto al normale fresatore da laboratorio. Il lasersintering o lasermelting, sono sistemi guidati da un software CAD che partendo da polveri metalliche con un pennello laser sono in grado di stampare in 3D la travatura metallica di un ponte. La fusione tradizionale a cera persa, cessa di essere economicamente competitiva per il laboratorio di piccole dimensioni, che trova, oggi, più vantaggioso fabbricare dispositivi protesici dotandosi di uno scanner per digitalizzare le im-

pronte in polietere e far realizzare la travata da un centro di fresaggio. Alcuni di questi sono "laboratori evoluti" che sono cresciuti grazie a grossi investimenti, offrendo le lavorazioni ai loro colleghi; altri sono invece società di servizi che producono dei semilavorati per i laboratori più piccoli che finalizzano poi la protesi e la certificano. Per lo studio dentistico diventa quindi importante entrare nel flusso digitale con lo scanner da impronta, in modo da interfacciarsi direttamente con i "nuovi" attori del mercato odontotecnico. Chi non si adegua è fuori. Accedere ai nuovi materiali riducendo i costi sono i due vantaggi dell'impronta digitale. Gli altri vantaggi del digitale sono legati al paziente che non gradisce l'impronta e apprezza la tecnologia avanzata e il risparmio di tempo. Un appuntamento in meno dal dentista significa per il paziente un permesso di lavoro in meno, uno spostamento in meno, un parcheggio in meno da trovare o qualche ora di baby sitter in meno.

LIBERALIZZAZIONI E CONCORRENZA COLPISCONO (ANCHE) LE FARMACIE

SOLE24ORE.COM

«Ulteriori interventi a danno del servizio farmaceutico, già oggetto negli anni passati di ripetute misure di deregolamentazione, sono improponibili perché finirebbero per avvantaggiare unicamente i grandi gruppi commerciali», spiega Annarosa Racca, presidente di Federfarma, Federazione che rappresenta le oltre 16mila farmacie private. «Pur di garantire ai supermercati un incremento di fatturato si finirebbe per privare i cittadini di un servizio sanitario efficiente e capillare sul territorio». Secondo la nota di Federfarma, infatti:

- 1) Le multinazionali della grande distribuzione che nei loro Paesi di origine non sono riuscite a ottenere la possibilità

di vendere nei loro ipermercati anche i farmaci, stanno cercando di ampliare il proprio business in Italia, unico Paese al mondo in cui diventerebbe possibile acquistare medicine con ricetta medica al di fuori delle farmacie.

- 2) Il risultato sarebbe un impoverimento e la conseguente chiusura di molte piccole farmacie.
- 3) Dare ai supermercati anche la possibilità di vendere farmaci con ricetta medica significa aumentare drasticamente il rischio di abuso di farmaci, rinunciare a qualsiasi forma di monitoraggio delle terapie per garantire il corretto uso dei farmaci e il rispetto delle prescrizioni mediche.
- 4) Farmaci al supermercato significa aumentare i consumi e quindi il rischio di malattie iatrogene o di danni alla salute che comportano la necessità di cure o di ricoveri ospedalieri.
- 5) Impoverire ulteriormente la rete delle farmacie, già colpite dai tagli alla spesa farmaceutica (oggi inferiore a quella del 2001), significa portare rapidamente al fallimento moltissimi presidi riducendo l'efficienza, le scorte, gli orari di apertura di tutti gli altri.

OBBLIGO ECM, LA CASSAZIONE CONFERMA LA POSSIBILITA' DI ESSERE SANZIONATI

SILVIA STEFANELLI

Con la sentenza numero 9868/15, la **Corte di Cassazione** ha ribadito che i professionisti iscritti ad un Albo professionale devono aggiornare la propria formazione secondo quanto disposto dal proprio Ordine professionale: e per l'inadempienza può essere sanzionato. La sentenza conferma che la formazione ECM è un obbligo nel caso di specie riguarda un notaio

piemontese (sanzionato dal proprio ordine professionale con "l'avvertimento" per non aver ottenuto nel biennio 2008/2009, il punteggio minimo di "crediti formativi" richiesto dal regolamento sulla formazione professionale permanente del codice deontologia). Il professionista si era difeso in sede disciplinare sostenendo che le sanzioni per il mancato aggiornamento erano state introdotte solo dal 2009 e che non indicavano il tipo di sanzione. La Commissione emise in data 1 dicembre 2012 un provvedimento con il quale applicò la sanzione dell'avvertimento contro il quale il notaio propose reclamo alla Corte di appello di Torino, che lo rigettò. Allora il professionista si rivolge alla Cassazione che rigetta il ricorso, sostenendo che gli obblighi formativi erano già in essere prima della sanzione attraverso il Codice deontologico, norme ribadite anche dal legislatore. Intanto, in merito alla vicenda dei medici competenti cancellati dall'elenco per non aver ottenuto il numero di crediti necessari, e della possibilità che alcuni crediti ottenuti dai professionisti non fossero stati registrati, l'Agenas consiglia i professionisti sanitari tenuti all'obbligo ECM, di verificare la propria situazione "crediti" nella **area personale** del Dossier Formativo e segnalare direttamente al Co.Ge.A.P.S. l'incongruenza. **Intanto sull'argomento ECM e l'acquisizione dei crediti il Ministero della Salute ha cancellato i medici competenti con un numero di crediti formativi insufficiente.**

C'è da dire che una sentenza come quella relativa ai notai e confermata dalla Suprema Corte in questo momento sarebbe difficilmente applicabile, perché finora le sanzioni per chi non si aggiorna non sono ancora specificate. Uno dei primi impegni della nuova Commissione Ecm sarà quello di discutere dell'apparato sanzionatorio. In merito, ma siamo al bivio: si parla tanto di sanzioni alla PPSS che non si aggiornano quanto, in alternativa, di incentivi a chi si aggiorna. Oggi si discute di meccanismi incentivanti anche in luogo delle sanzioni, ma il dibattito è molto aperto; per mettere le mani a temi "pesanti" si attende l'insediamento della nuova Commissione.

Secondo lo schema previsto, le sanzioni vanno determinate dalla Commissione, ma è da vedere se debbano essere applicate dagli Ordini, Collegi, Associazioni o disciplinate con specifici meccanismi. È un percorso tutto da costruire.

LIMITI ALLA PUBBLICITA' SANITARIA: CADE IL TABU' DELLA "PUBBLICITA' COMMERCIALE" PER I PROFESSIONISTI

SILVIA STEFANELLI

Molto si è scritto negli ultimi giorni a proposito della sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio n. 4943/2015 che, confermando il provvedimento dell'Agenzia dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato del 4 settembre 2014, ha stabilito che gli articoli del Codice di deontologia medica relativi alla pubblicità sanitaria sono limitativi della concorrenza.

Più esattamente tutti i commentatori hanno evidenziato quello che possiamo considerare il principio cardine che la sentenza afferma. Ossia che, essendo intervenute leggi nazionali a disciplinare la materia della pubblicità delle professioni (legge 248/2006 e successive), i codici deontologici in tale ambito non possono inserire limitazioni ulteriori.

La pubblicità è libera con i soli limiti della non ingannevolezza, correttezza e trasparenza. Altre limitazioni non sono ammesse. Ciò vale per tutte le professioni. La sentenza però, tra le righe, evidenzia anche altri aspetti che meritano una riflessione. In primo luogo si afferma, testualmente, che non esiste distinzione tra "concorrenza commerciale" e "concorrenza professionale". Infatti, la Corte di giustizia ha recentemente

riaffermato (sentenza 18 luglio 2013, C-136/12) - conformemente peraltro, a una giurisprudenza consolidata - il principio secondo il quale la nozione eurocomunitaria di impresa include anche l'esercente di una professione intellettuale.

Tale affermazione - che non è nuova nella giurisprudenza - viene oggi affermata a chiare lettere, senza dubbi o tentennamenti, fornendo anzi diretta applicazione nella decisione del Tar commentata. A parere di chi scrive, le conseguenze nei prossimi anni, anche in ambito sanitario, saranno due: in materia di pubblicità non si potrà più distinguere tra "pubblicità informativa" (per le professioni) e "pubblicità commerciale" (diretta alle aziende), cercando in questo modo di creare due tipologie di pubblicità diverse: lo spazio per la pubblicità dovrà essere uguale per tutti. Ma la vera novità sarà in ambito di concorrenza. Nel nostro ordinamento, infatti, l'articolo 2598 del Codice civile sulla concorrenza sleale, non ha mai trovato applicazione tra i professionisti, in quanto è stata ritenuta norma applicabile solo nei rapporti tra le imprese (da ultimo Tribunale di Roma n. 22997/2012).

A fronte invece di sentenze che ormai così apertamente dichiarano l'applicazione dei principi della concorrenza anche per i professionisti, il limite applicativo che ha contraddistinto l'articolo 2598 del codice civile verrà presto meno.

Poi la sentenza si spinge anche oltre, affermando che gli ordini professionali nell'applicazione delle norme deontologiche non esercitano alcuna funzione sociale, nè sono dotati di alcun potere pubblico, in quanto non hanno alcuna funzione istituzionale finalizzata alla tutela del consumatore. Nel nostro ordinamento, infatti, esiste un ampio ventaglio di rimedi privatistici finalizzati proprio alla tutela del consumatore (sul punto si richiama Consiglio di Stato n. 238/2015).

Da ultimo poi è dato un limite al controllo operato sul Codice deontologico dal ministero della Salute, dichiarando che tale azione di vigilanza sul Codice non lo rende "inattaccabile": ciò in ragione del fatto che il ministero non ha alcun compito istituzionale, nè alcuna competenza in materia di concor-

renza.

CONSENSO INFORMATO: UN PROMEMORIA UTILE (ANCHE) PER L'AUDIOPROTESISTA

(SOLE-SANITA')

Sulla disciplina che regola il consenso informato, la Suprema Corte ricorda che si possono ormai affermare, per giurisprudenza costante, i seguenti principi:

- a. il consenso per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere informato, cioè espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia e dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e l'indicazione della gravità degli effetti del trattamento. Il consenso informato, infatti, ha come contenuto concreto (per il paziente) la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale;
- b. la mancanza o la invalidità, per altre ragioni, del consenso informato (informativa non completa o non fornita da un medico, *ndr*) determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo;
- c. la «valutazione del comportamento del medico, sotto il profilo penale quando si sia sostanziato in una condotta dannosa per il paziente, non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata con o in assenza di consenso. Cosicché il giudizio sulla sussistenza della

colpa non presenta differenza di sorta a seconda che vi sia stato o no il consenso informato del paziente»;

- d. il consenso informato non integra una scriminante dell'attività medica poiché espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, ma rappresenta solo un vero e proprio presupposto per la liceità dell'attività del medico (così come meglio precisato da Cass. Pen. Sez. 4 nr.11335/2008).

OBBLIGO ECM, MEDICI COMPETENTI INADEMPIENTI DEPENNATI DAL MINISTERO. ORA RISCHIANO DI RISARCIRE I LAVORATORI

DOCTOR NEWS

Il Ministero della Salute ha depennato dal registro dei medici competenti - quelli che effettuano la sorveglianza sanitaria sui lavoratori - 6.500 iscritti su circa 11mila. Motivo: non avrebbero i crediti di aggiornamento sufficienti. Il decreto legislativo 81 del 2008 dispone che i medici competenti debbano totalizzare tutti i 150 crediti Ecm previsti in tre anni e il 70% (135 crediti) va conseguito nella loro disciplina. I tre anni decorrono non dal 2008 al 2010, ma nel triennio successivo, 2011-13. Chi non aveva i crediti dal 2014 si intendeva depennato dal Registro, ma è stato accordato tutto il 2014 per mettersi in pari; per segnalare di aver ottenuto i crediti, visto che molti provider tardano a segnalarli alla Direzione Prevenzione del Ministero (che tiene il Registro) c'era tempo fino a tutto marzo. E ora che succede al medico depennato? Chi non ha assolto all'obbligo formativo ma ha continuato a svol-

gere il ruolo di medico competente dal 1 gennaio 2014 ad ora, si assume la responsabilità di quanto ha fatto nei confronti dell'azienda da cui ha ricevuto l'incarico e dei lavoratori suoi assistiti; potrebbe essere anche chiamato a risarcire eventuali danni provocati da atti da lui sottoscritti (giudizi di idoneità) per i quali non era più titolato.

TARIFFE TROPPO BASSE: LE RESTRIZIONI DEONTOLOGICHE SONO CONTRARIE AL DIRITTO COMUNITARIO E CONFIGURANO UNA LIMITAZIONE ALLA CONCORRENZA

SILVIA STEFANELLI

Consiglio di Stato 22 gennaio 2015 n. 238

Si chiude con una sconfitta ordinistica la battaglia dell'ordine dei geologici contro le tariffe. Dopo un complesso percorso giurisdizionale, il Consiglio di Stato ha stabilito che l'obbligo deontologico di applicare i minimi tariffari configura una limitazione alla concorrenza. La rilevanza della sentenza sta nell'enunciare principi giuridici validi anche per tutte le altre professioni.

La decisione del Consiglio di Stato

In particolare la sentenza stabilisce i seguenti principi (applicabili a tutte le professioni).

Più precisamente:

1. non esiste una distinzione tra concorrenza commerciale e concorrenza professionale, ciò in quanto la nozione eurounitaria di impresa include anche l'esercente di una pro-

fessione intellettuale, con la conseguenza che il relativo Ordine professionale può essere qualificato alla stregua di un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 101 TFUE;

2. per decidere poi se un'intesa debba considerarsi (o meno) restrittiva della concorrenza, occorre valutare se gli obiettivi che l'intesa si pone sono (o meno) legittimi e se gli strumenti posti in essere siano effettivamente limitati (o meno) al perseguimento di detti obiettivi (principio di proporzionalità).

Chiarito questo sul caso del quo, il CdS stabilisce che:

- l'obbligo di applicare i minimi tariffari è stato introdotto - secondo le indicazioni del CNG - allo scopo di garantire la qualità della prestazione;
- seppure tale obiettivo possa considerarsi di per sé legittimo, lo strumento utilizzato (obbligo di minimi tariffari nel codice deontologico) non può dirsi idoneo a garantire l'obiettivo della qualità della prestazione;
- più esattamente si legge in sentenza che *"Il fine di tutelare il consumatore viene adeguatamente perseguito dall'ordinamento nazionale tramite altri strumenti, che trovano il loro principale ambito di applicazione nella disciplina del singolo rapporto tra professionista e cliente, e si traducono nella previsione di rimedi civilistici, la cui piena operatività non richiede l'attribuzione di alcun potere di vigilanza all'Ordine professionale"*;
- sotto questo l'art. 2233, comma 2, cod. civ., occupandosi del contratto d'opera intellettuale, prevede espressamente che *"in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione"*. Questa norma secondo i giudici del Consiglio di Stato *"si indirizza, infatti, al singolo professionista, disciplinando i suoi rapporti con il cliente nell'ambito del singolo rapporto contrattuale, senza attribuire alcun potere di vigilanza agli Ordini in merito alle scelte contrattuali dei propri iscritti"*;

- e ancora secondo i giudici è proprio questa norma che, prevedendo *“compensi professionali in ogni caso adeguati all’importanza dell’opera e al decoro della professione, assicura... un adeguato strumento a garanzia della qualità della prestazione e degli interessi dei consumatori”*.

Pertanto a fronte di un preciso obbligo civilistico che già àncora il compenso professionale al decoro della professione e all’importanza dell’opera, l’introduzione di una regola deontologica volta a ribadire tale obbligo, riservando la vigilanza circa il suo rispetto all’Ordine, e prevedendo l’eventualità di sanzioni disciplinari in caso di inosservanza, appare evidentemente estranea o, comunque, manifestamente non proporzionata, rispetto all’esigenza di fornire al consumatore adeguata tutela.

Pertanto non sussistono i presupposti per ritenere che nel caso di specie la riscontrata restrizione della concorrenza (prodotta dall’introduzione dei minimi tariffari) possa essere con-

CONCLUSIONE

COME MUOVERSI IN UN MERCATO COMPETITIVO SEGUENDO NORME ED ETICA I CONSIGLI DELL'AVVOCATO

SILVIA STEFANELLI

Dopo otto anni dall'entrata in vigore della legge 248/2006, più conosciuta come "legge Bersani", la questione della pubblicità sanitaria è tutt'altro che chiusa e i dubbi su cosa poter fare o non fare sono ancora molti. Non solo per l'applicazione delle norme a strumenti di marketing e promozione tradizionali, ma per l'applicazione di queste norme alle nuove forme di pubblicità date dalle possibilità offerte dai social network e dal web più in generale, per fare un esempio. Per fare chiarezza sulla materia si deve però cominciare smentendo un luogo comune: non è vero che dopo l'approvazione della legge Bersani tutto è permesso. Due sono sostanzialmente le norme che regolamentano la pubblicità in ambito sanitario: la legge 248/2006 (la Bersani) e il Codice Deontologico, che negli anni è stato modificato proprio per sottostare alle nuove norme e alle richieste dell'Antitrust.

L'Authority però non sembra aver ritenuto questi interventi sufficienti, vista la pesante sanzione comminata dall'Antitrust a FNOMCEO. Il problema deriva dalle sanzioni che le varie OMCEO hanno inflitto a vari iscritti, rei di aver pubblicizzato il proprio studio odontoiatrico. Ma quali sono i criteri che devono guidare un odontoiatria

che vuole promuovere il proprio studio senza incorrere in rischio sanzioni? “Il criterio cardine della pubblicità sanitaria è la trasparenza e veridicità”. La trasparenza implica che il messaggio pubblicitario deve essere riconoscibile come tale: quindi assolutamente bisogna evitare le pubblicità “camuffate”; ad esempio le finte interviste giornalistiche nelle quali si parla di questioni cliniche e in realtà si promuove il proprio studio. Cosa si intende invece per veridicità?

La veridicità attiene ai contenuti sostanziali del messaggio che devono corrispondere alla realtà dei fatti. Sotto questo secondo profilo, che è poi il cuore del problema, propongo i seguenti suggerimenti:

- la comunicazione veritiera è quella idonea a rendere noto al potenziale paziente ciò che il professionista intende ed è in grado di offrirgli effettivamente; incluse le condizioni economiche che è in grado di praticare.
- Formulare le proprie pubblicità, quale che sia il mezzo utilizzato (inserzioni anziché spot o siti web) in maniera chiara evitando espressioni confuse o con troppi fronzoli. Dall’esperienza accumulata in questi anni, credo infatti che la chiarezza espositiva, l’ordine anche visivo del messaggio, sia elemento essenziale per colpire l’attenzione di utenti che molto spesso dedicano nulla più di uno sguardo ad una pubblicità.
- Adeguare la propria pubblicità alle specifiche esigenze dei propri potenziali pazienti.
- Attenersi - ovviamente - alle norme della Legge Bersani e della deontologia professionale in materia pubblicitaria. Ciò non è sempre facile, data la diversificata applicazione di tali regole sul territorio.
- Da ultimo, far verificare la propria pubblicità a un paziente potenziale, per verificare che cosa effettivamente capisce chi legge. Ricordare in questo senso che la veridicità di una pubblicità deve essere verificata applicando il principio percettivo: vale a dire quale è la percezione reale di chi legge e non di chi scrive.

Sembra però che trovare un connubio tra comunicazione sanitaria, deontologia ed etica professionale sia difficile.

La liberalizzazione della pubblicità è un dato giuridico oggi non più discutibile, derivato dalla disciplina comunitaria. Io reputo che demonizzarla da parte degli Ordini, Collegi, Associazioni, come fatto negativo *tout court* non sia corretto né sotto il profilo giuridico, né sotto quello della efficace gestione di un processo che reputo irreversibile. Lo strumento principale per valutare la pubblicità sono i criteri di trasparenza e veridicità, poi eventualmente i principi deontologici: ciò rispetta anche il sistema della gerarchia delle fonti del nostro ordinamento. Ragionare al contrario secondo me non paga. Al contrario reputo però che le pubblicità non corrette, e ce ne sono moltissime in giro, vadano sanzionate pesantemente. In sostanza ritengo che non vada combattuto lo strumento, ma solo la sua scorretta applicazione pratica.

Studio Legale Stefanelli&Stefanelli

via Calanco, 11 - 40139 Bologna

Tel. 051 6241209/54633

info@studiolegalestefanelli.it

Edito da
Mauro Menzietti


ECA
Pescara

Coordinamento editoriale
Valentina Faricelli
Virginia Gigante

Progetto grafico
Lara D'Onofrio

Stampa
Arti Grafiche Galvan
Chieti Scalo

ISBN 978-88-906478-7-1

Copyright 2015
Tutti i diritti riservati



FIA
FEDERAZIONE
ITALIANA
AUDIOPROTESISTI

ANAP - via Val d'Intelvi, 3

20152 MILANO

Tel. 02.47996053

Fax 02.47995538

www.fnaai.it fnaai@fnaai.it

Questo instant book - appositamente predisposto per un'attenta analisi e discussione su temi molto sentiti come concorrenza, pubblicità, prezzi nell'ambito del 18° Congresso - presenta una selezione aggiornata delle più importanti e recenti decisioni giurisprudenziali in ambito sanitario.

LIBERALIZZAZIONI E NUOVE GOVERNANCE CAMBIANO LA SANITA'

AL RIGUARDO LA PAROLA DEI GIUDICI E DEL GARANTE NELLA SANITA'

La posizione decisa e incisiva dei Giudici e del Garante è un segnale per tutti che la sanità è un ambito tanto vasto, quanto eterogeneo, in cui la giurisprudenza indica ora nuove strade interpretative nella scia delle più recenti liberalizzazioni. Le sentenze rivestono importanza per il particolare livello di approfondimento e dettaglio delle questioni trattate, temi che quotidianamente riguardano i diversi ambiti della sanità pubblica e privata, quindi, della nostra attività professionale quotidiana. Le sentenze sono di particolare importanza, ovviamente, anche per le ricadute nella vita dei cittadini, oltre che del bene supremo della salute, difeso dalla Carta Costituzionale all'articolo 32. E le associazioni degli utenti hanno già mostrato di essere molto attente e pronte a denunciare i comportamenti fuori dai nuovi indirizzi.

Il focus delle sentenze, in particolare, riguarda le interpretazioni delle norme che trattano la pubblicità, le tariffe giudicate troppo basse e vissute come "concorrenza sleale", ecc. Ma si affacciano anche le prime sanzioni agli inadempienti dell'obbligo ECM. In sostanza si evince che il vento della concorrenza e della iper-competitività in sanità soffia sempre più forte e mal incoglie a chi non se ne fa una ragione o si fa trovare impreparato.

(G. Gruppioni)