CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE N. FENNELLY

presentate il 6 febbraio 1997 *

I — Introduzione

1. La questione prospettata alla Corte nel presente procedimento proviene dalla Regione Lombardia in Italia. La regione finanzia prestazioni socio-assistenziali di rilievo sanitario erogate da organismi senza fini di lucro che gestiscono strutture residenziali per persone anziane. La questione principale, sollevata con una domanda pregiudiziale nell'ambito di un'azione intentata da una società di diritto lussemburghese e dalle sue controllate italiane, è se l'esclusione da tale sistema delle strutture gestite con scopo di lucro, unitamente al fatto che le strutture senza fini di lucro sono, di necessità, quasi esclusivamente italiane, faccia sì che esso si trovi in conflitto, in particolare, con l'art. 52 del Trattato.

II — Contesto normativo e fatti

2. La normativa italiana opera una distinzione tra attività genericamente socio-assistenziali, da un lato, e attività socio-assistenziali di rilievo sanitario, dall'altro. Ai sensi del decreto 8 agosto 1985, queste ultime sono dirette immediatamente e prevalentemente alla tutela della salute del cittadino mediante prevenzione, cura e/o riabilitazione fisica e psichica [1]. Ciò può comprendere il ricovero in strutture protette per anziani malati che non possono essere curati a domicilio. Ove l'intervento sanitario non possa essere disgiunto da quello socio-assistenziale, le regioni sono autorizzate, nell'ambito delle disponibilità finanziarie del Fondo sanitario nazionale (in prosieguo: l'«FSN»), ad avvalersi, mediante convenzioni, di istituzioni pubbliche, o, in assenza, di istituzioni private che siano dotate di personale e mezzi idonei ad erogare tali prestazioni sanitarie. I costi sono ripartiti tra l'FSN e gli enti tenuti all'assistenza sociale, in proporzione alle componenti sanitarie e socio-assistenziali del servizio erogato [2].

3. L'art. 5, n. 1, della legge regionale della Lombardia 7 gennaio 1986, n. 1, sulla riorganizzazione e programmazione dei servizi

1 — Art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 agosto 1985, emanato in conformità della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (GURI n. 191 del 14 agosto 1985, pag. 5727; in prosieguo: il «decreto»).

2 — Art. 6 del decreto. I comuni sono gli enti locali responsabili per il pagamento dei costi di residenza ordinaria in tali strutture (v. infra, paragrafo 8).

* Lingua originale: l'inglese.

socio-assistenziali della Regione Lombardia (in prosieguo: la «legge del 1986») [3], garantisce ai singoli, alle associazioni e ad altre istituzioni, in conformità dell'art. 38 della Costituzione italiana, la libertà di svolgere privatamente attività assistenziali, nei limiti previsti dalla legge. Ai sensi dell'art. 50, nn. 1, 2 e 5, della legge del 1986, l'apertura di una struttura residenziale — sia una casa di riposo sia una struttura protetta — per persone anziane o per soggetti parzialmente o totalmente non autosufficienti, è subordinata a un'autorizzazione della provincia nel cui territorio la struttura è ubicata. I requisiti in base ai quali l'autorizzazione viene concessa, relativi, ad esempio, al numero e alle qualifiche dei dipendenti, ai servizi disponibili e al funzionamento della struttura, sono fissati dal piano regionale socio-assistenziale (in prosieguo: il «PSA») [4]. Il PSA fissa inoltre i requisiti per l'ammissione al convenzionamento ai sensi dell'art. 18, n. 3, della legge regionale della Lombardia 11 aprile 1980, n. 39, sull'organizzazione e il funzionamento delle Unità socio-sanitarie locali (in prosieguo: la «legge del 1980») [5]. Rispondendo a un quesito posto dalla Corte, l'Italia ha indicato che il PSA attualmente vigente [6] fissa requisiti strutturali (relativi all'igiene, alle norme di sicurezza antincendio, al riscaldamento, al numero massimo di ospiti per camera, ecc.) per tutte le strutture residenziali per anziani, ma pone standard più esigenti in relazione al numero di infermieri, dottori e fisioterapisti rispetto al numero di residenti in strutture protette, dove soggiornano ospiti totalmente non autosufficienti, che nelle case di riposo, dove sono ricoverati soggetti parzialmente autosufficienti. Questi standard relativi al rapporto personale/pazienti sono comunque più severi, all'interno di ciascuna categoria di struttura residenziale, per le strutture idonee al convenzionamento, ai sensi della legge del 1980, che per quelle non idonee al convenzionamento.

4. L'art. 12, nn. 1 e 2, della legge del 1986 prevede che i PSA determinino i criteri per l'individuazione dei requisiti per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale, stabilendo il principio della priorità per i soggetti in stato di bisogno e ponendo la condizione che i costi dell'assistenza prestata ad altri soggetti siano sostenuti in tutto o in parte dagli utenti o dai comuni competenti [7]. L'art. 59 prevede i criteri per l'accesso ai servizi di assistenza sociale. L'art. 9 consente ai cittadini italiani e agli stranieri residenti in Lombardia, nonché ai cittadini e agli stranieri dimoranti in Lombardia, che si trovino in situazioni di bisogno, necessitino di assistenza e non possano venire indirizzati alla loro regione o Stato di appartenenza, di fruire delle prestazioni socio-assistenziali.

3 — *Bollettino ufficiale della Regione Lombardia* dell'8 gennaio 1986, 1° Supplemento ordinario al n. 2.

4 — Art. 50, n. 3, della legge del 1986.

5 — *Bollettino ufficiale della Regione Lombardia* dell'11 aprile 1980, 3° Supplemento ordinario al n. 15. Questo requisito è posto dall'art. 50, n. 4, della legge del 1986, nonché dall'art. 18, nn. 1 e 7, della legge del 1980.

6 — PSA per il triennio 1988-1990, approvato dal *Consiglio regionale della Lombardia* con delibera 23 dicembre 1987, n. 871, prorogato con delibere n. V/122 del 12 febbraio 1991 e n. V/1425 del 7 marzo 1995.

7 — L'art. 12, n. 3, della legge del 1986 definisce i soggetti in stato di bisogno con riferimento a una serie di criteri (reddito familiare, incapacità totale o parziale, rischio di emarginazione).

5. La legge del 1980 disciplina la conclusione di convenzioni da parte di soggetti pubblici e privati per l'erogazione di prestazioni socio-assistenziali, comprese quelle di rilievo sanitario [8]. Tali convenzioni sono stipulate con i centri locali di cura e assistenza (Unità socio-sanitarie locali; in prosieguo: le «USSL»).

6. L'art. 18 della legge del 1980 pone i requisiti per la stipula di convenzioni tra le USSL ed enti e organismi privati. L'art. 18, n. 2, in combinato disposto con l'art. 18, n. 5, prevede che le associazioni, fondazioni ed istituzioni private che intendono partecipare alla programmazione e organizzazione dei servizi delle USSL ottengono, a domanda, dalla regione l'idoneità alla stipula delle convenzioni con le stesse USSL. L'art. 18, n. 3, della stessa legge subordina l'idoneità ai requisiti: a) dell'assenza di fini di lucro [9]; b) di adeguati livelli di prestazione, di qualificazione del personale e di funzionalità organizzativa ed operativa, in conformità delle indicazioni del PSA [10]. Ai sensi dell'art. 18, n. 10, le convenzioni hanno durata normalmente non superiore a tre anni, sono rinnovabili e disciplinano i rapporti finanziari fra ente pubblico stipulante ed ente od organismo privato, prevedendo anche forme di pagamento a rimborso delle singole prestazioni, in base a tariffe prestabilite nei limiti fissati dai PSA, che assicurino comunque la refusione dei costi effettivi. L'art. 18, n. 11, prevede che le convenzioni debbono assicurare la possibilità per l'ente stipulante di controllare gli elementi di costo e la qualità delle prestazioni erogate in base alle convenzioni stesse.

7. Nella Regione Lombardia le case di riposo per anziani che hanno stipulato convenzioni con le varie USSL sono 425 su 430 [11]. Circa il 95% dei posti disponibili si trova presso strutture convenzionate (14,5% nel settore pubblico, il rimanente in strutture convenzionate private) [12].

8. La regione finanzia i costi delle prestazioni socio-assistenziali di rilievo sanitario (vale a dire i costi gestionali del personale sopra menzionato) nelle strutture convenzionate fino alla somma massima di 50 000 LIT al giorno per ospite non autosufficiente, indipendentemente dal suo stato di bisogno. D'altro lato, nell'ambito del regime separato di assistenza sociale, ove si suppone lo stato di bisogno degli utenti, i costi del ricovero

8 — Le convenzioni riguardanti prestazioni di puro rilievo sanitario sono disciplinate dalla legge regionale della Lombardia 3 dicembre 1978, n. 833.

9 — Il PSA attualmente in vigore definisce enti non aventi fini di lucro quelli che, in base al loro statuto, non si prefiggono scopi di natura economica o non redistribuiscono profitti tra i propri azionisti o membri.

10 — Ai sensi dell'art. 18, n. 9, della legge del 1980, la convenzione prevede l'impegno di enti ed organismi privati a prestare i propri servizi a favore dei gruppi di popolazione ivi indicati e ad adeguare le procedure di ammissione dei singoli assistiti a quelle previste per analoghi servizi e strutture pubbliche.

11 — Dati citati dalle ricorrenti nella causa principale dal *Bollettino ufficiale della Regione Lombardia* del 12 gennaio 1995, Supplemento straordinario al n. 3.

12 — Dati citati dalle ricorrenti nella causa principale dal Progetto «Obiettivo anziani Regione Lombardia», approvato con delibera del Consiglio regionale 1° maggio 1994, n. 48808.

sono rimborsati totalmente o parzialmente dai comuni di appartenenza, a seconda delle disponibilità finanziarie, indipendentemente dal fatto che le strutture in questione siano o meno convenzionate con le USSL competenti [13]. Le ricorrenti nella causa principale affermano che i costi di assistenza sanitaria nelle case di riposo per anziani non autosufficienti, che vengono assunti dalla regione nel caso di strutture convenzionate, ammontano a circa un terzo dei costi totali [14].

9. La Sodemare SA, società di diritto lussemburghese, controlla interamente una società italiana, la Anni Azzurri Holding SpA, che a sua volta controlla, possedendone l'intero capitale sociale, diverse società operanti nell'ambito delle case di riposo per anziani, tra le quali la società denominata Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl. Quest'ultima è stata autorizzata con decreto del Presidente della Provincia di Brescia a funzionare quale casa di riposo per anziani non autosufficienti [15]. In data 29 aprile 1993 la predetta società rivolgeva alla Giunta regionale della Lombardia domanda di ammissione al regime di convenzionamento con gli enti gestori delle USSL. Tale istanza veniva respinta con provvedimento della Giunta regionale 3 dicembre 1993, a seguito del parere negativo delle USSL, motivato dal fatto che la società non presentava il requisito dell'assenza di fini di lucro, richiesto dall'art. 18, n. 3, lett. a), della legge del 1980 [16]. Il livello di operatività delle tre case di riposo gestite dalla Sodemare e dalle sue controllate in Lombardia è, rispettivamente, del 45% (nel caso della Residenze Anni Azzurri Rezzato), del 60% e dell'80%. Il livello di operatività della loro casa di riposo nella vicina Regione Piemonte, in cui sono disponibili sovvenzioni pubbliche per prestazioni socio-assistenziali, è del 90%, mentre quello delle strutture convenzionate in Lombardia nel 1995 era del 97,4%. In Lombardia esistono inoltre liste d'attesa per posti in strutture convenzionate. Le ricorrenti hanno anche indicato, in risposta a un quesito posto dalla Corte, che il 2% dei loro clienti era costituito da cittadini stranieri, che soggiornavano tendenzialmente per periodi da uno a tre anni. Circa il 10% delle informazioni richieste ogni anno provengono da cittadini di altri Stati membri. Il legale delle ricorrenti ha precisato all'udienza che un cittadino di un altro Stato membro aveva trascorso, in passato, un breve periodo di convalescenza post-operatoria nelle strutture residenziali delle stesse, e che le ricorrenti avevano ricevuto un certo numero di richieste in relazione a soggiorni di breve durata.

10. Le tre predette società intentavano un'azione contro la Regione Lombardia

13 — Questa informazione è stata fornita dal governo italiano nella risposta a uno dei quesiti formulati dalla Corte.

14 — Questo calcolo è basato su estrapolazioni dal costo giornaliero medio di ricovero, calcolato dall'ISTAT, e dalla spesa annua nazionale del FSN in sovvenzioni alle prestazioni sanitarie erogate in case di riposo. La misura dei costi totali rappresentati dalla spesa per prestazioni sanitarie, calcolata su questa base, risulta, nel caso della Lombardia, superiore a un terzo.

15 — Decreto 3 dicembre 1992, n. 728/20/92, emanato secondo il disposto dell'art. 50 della legge del 1986.

16 — Provvedimento della Giunta regionale della Lombardia n. 2157; parere negativo della USSL n. 41, emesso con risoluzione 7 settembre 1993, n. 1976.

dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Lombardia (in prosieguo: il «giudice nazionale»), chiedendo l'annullamento del provvedimento e del parere negativo, previa disapplicazione del disposto di cui all'art. 18, comma 3, lett. a), della legge del 1980. La Fédération des maisons de repos privées de Belgique ASBL (in prosieguo: la «Femarbel») interveniva a sostegno delle ricorrenti.

11. Con ordinanza 2 marzo 1995 il giudice nazionale sospendeva il procedimento, al fine di sottoporre alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato istitutivo della Comunità europea (in prosieguo: il «Trattato»), alcune questioni pregiudiziali. Nell'ordinanza il giudice nazionale ha osservato che le società ricorrenti, pur se economicamente in attivo, si trovano ad operare al di sotto delle proprie potenzialità. Il livello di operatività delle case di riposo da esse possedute è basso, così che il loro fatturato, composto in gran parte dalle rette di degenza pagate dagli ospiti, è ben lungi dal raggiungere il livello ottimale. Il giudice nazionale ha osservato inoltre che l'effetto dell'art. 18 della legge del 1980 è di riservare sostanzialmente l'erogazione delle prestazioni socio-assistenziali in questione (quelle di rilievo sanitario) a società che non abbiano fini di lucro [17]. Infine, «la riserva dei finanziamenti alle sole società senza scopo di lucro comporta come conseguenza che coloro i quali richiedano il servizio ad una società con scopo di lucro devono sopportare un onere economico da cui sono esentati, nel caso in cui richiedano la medesima prestazione ad una società senza scopo di lucro».

17 — Questo profilo risulta accentuato nella seconda questione, ove si parla di un'intera categoria di servizi riservata a società che non si prefiggono scopi di lucro.

12. Il giudice nazionale ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Dica la Corte se, in base all'art. 190 del Trattato CEE, si debba ritenere l'illegittimità comunitaria di una norma nazionale che, pur disciplinando materia rientrante "nel campo di applicazione" dei Trattati comunitari, tuttavia sia del tutto priva di motivazione: con conseguente disapplicabilità della norma nazionale immotivata, da parte del giudice nazionale: ciò nei soli casi — come sembra quello in esame — in cui la norma nazionale crei una situazione di fatto ambigua, in quanto mantiene gli interessati in uno stato di incertezza circa le possibilità loro garantite di fare appello al diritto comunitario.

[Si tratta dei casi in cui lo Stato membro abbia l'"obbligo" (che per la Corte Costituzionale italiana è un "preciso obbligo": cfr. Corte cost; sent. (4, luglio), 11 luglio 1989, n. 389: in motivazione, punto 4 comma ultimo) di eliminare dal proprio ordinamento le disposizioni incompatibili con l'ordinamento comunitario. (Su tale obbligo di eliminazione di norme: Corte Giust. sent. 24 marzo 1988, in causa 104/86; Racc. pag. 1799). Questo obbligo è stato rilevato dalla Corte Comunitaria "più volte"].

2) Dica la Corte di giustizia se una norma nazionale che riservi (immotivatamente) alle "società" senza scopo di lucro l'erogazione di una intera categoria di servizi rilevanti anche dal punto di vista finanziario, sia in contrasto con l'art. 58 del Trattato CEE, nella parte in cui prevede la *summa divisio* fra "società che si prefiggono scopi di lucro" e "società che non si prefiggono scopi di lucro".

3) Dica la Corte di giustizia se gli artt. 52, 58 e 59 del Trattato siano incompatibili con una normativa nazionale che ostacoli l'esercizio di una attività di impresa con l'imporre ad una impresa stabilita in un certo Stato membro e che voglia stabilirsi in un altro Stato membro ai sensi del Trattato l'alternativa o dell'esercizio dell'attività stessa in forma non economica — strutturandosi in questo caso in forme giuridiche tassativamente indicate che esulano da quelle che permettono lo stabilimento — oppure — ove intenda esercitare l'attività in forma economica — accollandosi l'onere di prestazioni che dovrebbero essere a carico del pubblico servizio sanitario.

4) Dica la Corte di giustizia se l'art. 59 del Trattato sia compatibile con una normativa nazionale che, per le modalità stabilite dall'ordinamento interno, indirizzi gli utenti di servizi assistenziali — ai quali l'ordinamento stesso riconosca la scelta della persona del prestatore — esclusivamente verso imprese cui, solo in funzione della loro struttura giuridica, vengono rimborsati dallo Stato i costi delle prestazioni sanitarie che tutte le imprese autorizzate sono tenute ad erogare: con ciò, da un lato, canalizzando la domanda di servizi verso determinati prestatori, dall'altro, privando l'utente di una reale libera scelta.

5) Dica la Corte di giustizia se gli artt. 3, lett. f) [18], 5, 85 e 86, eventualmente anche in relazione all'art. 90 del Trattato, siano compatibili con la normativa in discussione che, per il meccanismo previsto dall'ordinamento interno, consenta:

a) alle sole società strutturate in una determinata forma giuridica di fornire, senza oneri a carico dell'impresa, prestazioni che sono accessorie ai servizi da esse offerti dietro retribuzione;

b) di presentarsi sul mercato come una categoria di imprese che, avendo analoghe caratteristiche qualitative e quantitative, si presentano agli utenti come una entità in larga misura unitaria;

18 — L'art. 3, lett. f), del Trattato CEE è ora divenuto art. 3, lett. g), del trattato CE.

c) di canalizzare verso le imprese di cui alla lettera b) la domanda di prestazione dei servizi offerti nel settore dell'assistenza agli anziani;

d) di porre a carico delle imprese l'obbligo di fornire, a loro carico, prestazioni accessorie ai servizi da esse offerti dietro retribuzione;

e) dia luogo ad intese aventi l'effetto di imporre alle imprese non partecipi l'obbligo di fornire, a loro carico, prestazioni accessorie al servizio offerto, ripercuotendone il costo sugli utenti;

f) determini così l'esigenza di trasferire a carico di questi ultimi l'onere economico di tali prestazioni altrimenti gratuite ove essi si avvalgano dei servizi delle imprese partecipi dell'intesa».

III — Osservazioni

13. Osservazioni scritte sono state presentate dalle ricorrenti nel procedimento a quo, dalla Femarbel, dalla Repubblica italiana, dal Regno dei Paesi Bassi e dalla Commissione. Osservazioni nella fase orale sono state svolte dalle ricorrenti, dall'Italia e dalla Commissione.

IV — Esame delle questioni

14. Affronterò in primo luogo la questione dell'ammissibilità sollevata dal governo italiano. In seguito, esaminerò le questioni sottoposte dal giudice nazionale nell'ordine sopra esposto. Tuttavia, per motivi che esporrò oltre, la seconda e la terza questione verranno esaminate congiuntamente.

A — *Sulla ricevibilità*

15. Il governo italiano sostiene che la terza, la quarta e la quinta questione devono essere dichiarate inammissibili, poiché il giudice nazionale avrebbe o fornito una motivazione superficiale (nel caso della terza e quarta questione) od omesso del tutto di esporre (nel caso della quinta questione) le ragioni che lo hanno indotto a sollevare la questione pregiudiziale, limitandosi a richiamare le deduzioni formulate dalle ricorrenti nella causa principale senza riportarle nell'ordinanza di rinvio. Lo stesso governo sostiene che ciò impedirebbe agli Stati membri inte-

ressati di esporre il proprio punto di vista [19]. Questo argomento dev'essere disatteso. I motivi per i quali il giudice nazionale ha posto la terza questione sono simili a quelli della seconda, vale a dire se la concessione di sovvenzioni particolari a società senza fini di lucro costituisca una restrizione allo stabilimento di società commerciali. Il giudice nazionale espone, nell'ordinanza di rinvio, che la quarta questione si riferisce ai potenziali residenti stabiliti in altri Stati membri, la cui scelta di una struttura residenziale può essere indirizzata verso determinati operatori dal maggior onere finanziario sopportato da chi sceglie società commerciali. Mentre il giudice nazionale non ha esposto espressamente alcuna motivazione ulteriore in merito alla quinta questione, la serie di condizioni enumerate nel quesito stesso, letta alla luce della fattispecie della causa principale, chiarisce la preoccupazione del giudice nazionale in relazione alla potenziale applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza alla situazione descritta.

B — *Sulla prima questione*

16. Risulta dall'ordinanza di rinvio che tale questione si riferisce ad atti legislativi nazionali, in particolare alle disposizioni della legge del 1980 [20]. Le ricorrenti nel procedimento a quo, il governo italiano e la Commissione sostengono tutti che gli Stati membri hanno l'obbligo di motivare gli atti che incidono sull'esercizio di diritti garantiti da norme comunitarie solo nel caso di atti individuali. Tuttavia, le ricorrenti argomentano che le disposizioni della legge del 1980 configurano un atto di questo tipo, in quanto si rivolgono, in realtà, non alla collettività, bensì a un numero limitato di soggetti che gestiscono case di riposo per anziani. Esse sostengono questa opinione sulla base di un'interpretazione analogica con l'art. 173, quarto trattino, del Trattato.

17. L'obbligo di motivazione degli atti nazionali che incidono sull'esercizio di diritti riconosciuti da norme comunitarie non sorge da un'interpretazione estensiva dell'art. 190 del Trattato, bensì dal principio generale di diritto comunitario, che discende dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, secondo cui in tali casi l'interessato deve poter esperire gravami di natura giurisdizionale [21].

18. È importante tracciare una distinzione tra misure legislative di applicazione generale e atti esecutivi riguardanti gli individui. Ritengo che porre il requisito della motivazione, all'atto dell'adozione, per ogni prov-

19 — V. sentenza 1° aprile 1982, cause riunite 141/81, 142/81 e 143/81, Holdijk (Racc. pag. 1299, punto 6).

20 — In queste conclusioni si intendono come atti nazionali gli atti adottati dalle pubbliche autorità competenti a livello infrastatale, quali le autorità regionali, provinciali o locali.

21 — Sentenza 15 ottobre 1987, causa 222/86, UNECTEF/Heylens (Racc. pag. 4097, punti 14 e 15). V. inoltre sentenze 19 marzo 1991, causa C-249/88, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-1275, punto 25); 7 maggio 1991, causa C-340/89, Vlassopoulou (Racc. pag. I-2357, punto 22); e 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus (Racc. pag. I-1663, punto 40).

vedimento legislativo nazionale idoneo anche solo in potenza ad incidere sull'esercizio di diritti riconosciuti dalla normativa comunitaria costituisca un'ingerenza ingiustificata e non necessaria nella competenza di uno Stato membro. La violazione del diritto comunitario ad opera di atti legislativi nazionali si determina in base a criteri obiettivi. Non c'è prova del fatto che l'effettività della tutela giurisdizionale venga indebolita da tale approccio.

C — *Sulla seconda e sulla terza questione*

La rilevanza dell'art. 58 del Trattato

19. La legge del 1980 non costituisce un atto individuale. La categoria di soggetti che gestiscono case di riposo per anziani nella Regione Lombardia è indeterminata [22]. Il presente caso concerne infatti, in gran parte, le condizioni di accesso a tale categoria di operatori potenziali già stabiliti in altri Stati membri.

20. Concludo nel senso che gli Stati membri non hanno l'obbligo di motivare l'adozione di atti legislativi di portata generale, anche qualora questi possano incidere potenzialmente sull'esercizio di diritti riconosciuti da norme comunitarie.

21. Nel decidere come affrontare le questioni poste, è necessario chiarire il significato dell'art. 58 del Trattato, che è il solo ad essere invocato nella seconda questione e menzionato anche nella terza. A mio parere, l'art. 58 si riferisce solamente all'ambito personale di applicazione del capo 2 del Titolo III del Trattato. Esso ha la funzione di equiparare le società e le altre persone giuridiche, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro (in prosieguo: le «società commerciali»), alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri ai fini del diritto di stabilimento [23]. Così, le società, le imprese e le altre persone giuridiche senza fini di lucro non godono del diritto di stabilimento. L'art. 58 non influisce sull'ambito concreto di applicazione di questo diritto. Prendendo ad esempio le circostanze del presente caso, se l'effetto di una normativa nazionale che assoggetti le società senza fini di lucro a un trattamento diverso da quello riservato alle persone fisiche o alle società commerciali è di restringere la libertà di stabilimento di queste ultime, tale normativa non si sottrae, solo per l'art. 58, all'ambito di applicazione del capo 2 del Titolo III del

22 — V. art. 5, n. 1, della legge del 1986, che richiama l'art. 38 della Costituzione italiana. Sulla distinzione tra categorie determinate e indeterminate di soggetti nell'ambito dell'art. 173 del Trattato, v., ad esempio, sentenze 15 luglio 1963, causa 25/62, Plaumann/Commissione (Racc. pag. 195); e 7 dicembre 1993, causa C-6/92, Federmineraria e a./Commissione (Racc. pag. I-6357).

23 — Sentenza 6 novembre 1984, causa 182/83, Fearon/Irish Land Commission (Racc. pag. 3677, punto 8).

Trattato. In caso contrario, la semplice esclusione di una categoria di soggetti dal godimento di un diritto garantito dal Trattato pregiudicherebbe l'ambito dei diritti di cui effettivamente godono altre categorie di soggetti. Ai fini del presente caso, l'art. 58 non conferisce diritti autonomi diversi da quelli garantiti da altre disposizioni del capo 2, in particolare dall'art. 52. Di conseguenza, mi concentrerò esclusivamente, in questa parte della mia analisi, sulla soluzione della terza questione.

La rilevanza dell'art. 59 del Trattato

22. La terza questione si riferisce agli artt. 52, 58 e 59 del Trattato. Lo stabilimento di un'impresa o di un libero professionista in uno Stato membro viene accertata mediante il riferimento alla permanenza della sua attività in relazione a quella di un prestatore di servizi che si trasferisce in un altro Stato membro per esercitarvi la propria attività solo in via temporanea. Lo stabilimento è connotato dalla partecipazione in maniera stabile e continuativa da parte di un'impresa o di un libero professionista alla vita economica di uno Stato membro diverso da quello di origine [24]. Di conseguenza, si deve chiaramente considerare che la Sodemare e le sue controllate, in quanto impegnate in un'attività economica mediante strutture residenziali per anziani permanenti e continuativamente operanti in Lombardia, abbiano ivi esercitato il loro diritto di stabilimento, piuttosto che prestare in via temporanea servizi in Lombardia da un altro Stato membro, quale il Lussemburgo. Di conseguenza, nel risolvere la presente questione terrò in considerazione i soli artt. 52-58 del Trattato. La possibilità di applicare l'art. 59 del Trattato ai rapporti tra la Sodemare e i suoi clienti, o potenziali clienti cittadini di Stati membri diversi dall'Italia, verrà esaminata sotto la rubrica della quarta questione [25].

I sistemi di assistenza sociale e il Trattato

23. Prima di procedere ulteriormente nell'analisi, è necessario esaminare se il regime di convenzionamento in vigore in Lombardia, in quanto parte di un sistema di assistenza sociale, sfugga all'applicazione delle citate disposizioni del Trattato. Sia l'Italia sia i Paesi Bassi si richiamano alla sentenza della Corte nelle cause riunite Poucet e Pistre [26]. Il governo olandese rileva, in particolare, che la sentenza della Corte Duphar/Paesi Bassi [27] conferma il principio secondo cui il diritto comunitario non pregiudica la competenza degli Stati membri ad organizzare i propri sistemi previdenziali.

24. Nella sentenza Höfner ed Elser [28] la Corte ha affermato che, nel contesto del

24 — V. sentenza 30 novembre 1995, causa 55/94, Gebhard (Racc. pag. I-4165, punti 25-27).

25 — V. infra, paragrafo 43.

26 — Sentenza 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91 (Racc. pag. I-637).

27 — Sentenza 7 febbraio 1984, causa 238/82, Duphar (Racc. pag. 523).

28 — Sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90 (Racc. pag. I-1979, punto 21).

diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento. Nella sentenza Poucet e Pistre, due enti di diritto pubblico ingiungevano il pagamento di contributi obbligatori ai rispettivi regimi previdenziali da essi gestiti. Tali ingiunzioni venivano contestate, con la motivazione che il sistema violava il diritto comunitario della concorrenza; i due interessati facevano valere il diritto di contrarre un'analoga assicurazione privata. La Corte riaffermava comunque il principio enunciato nella sentenza Duphar, ritenendo che gli enti in questione non fossero impegnati in un'attività economica, e che il sistema di contributi obbligatori fosse indispensabile all'attuazione del principio di solidarietà e alla funzione esclusivamente sociale svolta dai regimi. Ciò comportava, per un regime, la redistribuzione del reddito e, per l'altro, il finanziamento della pensione dei lavoratori a riposo da parte dei lavoratori attivi, nonché la solidarietà tra regimi, in base alla quale i regimi eccedentari partecipano al finanziamento dei regimi che accusano difficoltà finanziarie strutturali. La gestione pratica dei regimi, per quanto concerneva i livelli di contribuzione e di prestazioni, era regolata in dettaglio da una legge [29].

25. Mentre la fattispecie della causa Poucet e Pistre concerneva esplicitamente le regole sulla concorrenza, è chiaro che l'analisi ivi svolta ha una sfera di applicazione più ampia. Nella sentenza García e a. [30] la Corte ha accolto il parere espresso dall'avvocato generale Tesauro nelle sue conclusioni, secondo cui la terza direttiva «assicurazione non vita» [31] non poteva regolare la materia della previdenza sociale, poiché «adottata sulla base di disposizioni del Trattato finalizzate alla realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi (v. artt. 57, n. 2, e 66)», mentre «la materia della sicurezza sociale resta disciplinata da diverse e specifiche disposizioni» [32].

26. Il principio della solidarietà ha costituito un elemento essenziale nell'analisi delle due cause citate. In contrasto con la giurisprudenza Poucet e Pistre, la Corte ha ritenuto che un ente il quale, senza perseguire scopo di lucro, gestisce un regime di assicurazione integrativo, sebbene istituito con legge, per la vecchiaia degli agricoltori non dipendenti, e in cui gli elementi ispirati al principio della solidarietà avevano una portata estremamente limitata, eserciti un'attività economica in concorrenza con le società di assicurazione sulla vita [33].

27. Di conseguenza, gli Stati membri sono liberi di organizzare i loro sistemi previdenziali, e il fatto che «gli enti previdenziali si

29 — L'avvocato generale Jacobs ha applicato lo schema della causa Pouchet e Pistre a una fattispecie completamente diversa, nelle cause riunite C-430/93 e C-431/93, Van Schijndel e Van Veen (Racc. 1995, pag. I-4705, paragrafi 62-64 delle conclusioni). La Corte non ha esaminato tale questione.

30 — Sentenza 26 marzo 1996, causa C-238/94, García e a. (Racc. pag. I-1673, punto 13).

31 — Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/49/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e che modifica le direttive 73/239/CEE e 88/357/CEE (terza direttiva «assicurazione non vita»; GU L 228, pag. 1).

32 — Paragrafo 9 delle conclusioni.

33 — Sentenza 16 novembre 1995, causa C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance e a. (Racc. pag. I-4013).

sostituiscono ai consumatori nell'accollarsi l'onere della spesa per i prodotti farmaceutici», di modo che essi determinano ampiamente le possibilità di commercializzazione per tali prodotti, «non può considerarsi *di per sé* come restrizione della libertà di importazione garantita dall'art. 30 del Trattato, *a condizione che sussistano determinati presupposti*» [34].

28. Da ciò non discende, comunque, che i sistemi previdenziali dello Stato membro, organizzati in base al principio della solidarietà, siano, nondimeno, esentati dall'obbligo di rispettare le norme del Trattato. Gli Stati membri non possono operare alcuna discriminazione a danno dei prodotti medicinali importati il cui costo viene rimborsato [35]. Allo stesso modo, una normativa che specifichi i laboratori che possono fruire del rimborso delle prestazioni di biologia clinica [36], o le società che possono concludere convenzioni per la realizzazione di sistemi informatici per conto della pubblica amministrazione, compreso il sistema di assistenza sanitaria, deve escludere qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza [37], al pari della normativa sull'impiego nell'ambito di tali sistemi [38]. La normativa di attuazione dei sistemi previdenziali nazionali, per quanto concerne sia i contributi sia le prestazioni, non può operare discriminazioni basate sulla cittadinanza, laddove essa incida sull'esercizio di diritti garantiti da norme comunitarie [39], ne porre restrizioni alla libertà di circolazione [40].

29. Da questa multiforme giurisprudenza possono essere tratte alcune conseguenze generali ai fini dell'applicazione dell'art. 52 del Trattato. In primo luogo, l'esistenza di regimi di previdenza sociale istituiti dagli Stati membri sulla base del principio di solidarietà non configura, in quanto tale, un'attività economica, così che qualsiasi restrizione alla libera circolazione delle merci, dei

34 — Sentenza Duphar, citata, punti 16 e 20; corsivo mio. Per ragioni analoghe, la Corte ha dichiarato che un insegnamento impartito nell'ambito della pubblica istruzione nazionale di uno Stato membro, istituita e mantenuta nell'adempimento dei compiti di quest'ultimo in campo sociale, culturale ed educativo nei confronti dei propri cittadini e non a fini di lucro, finanziato dal bilancio pubblico e non dagli alunni o dai loro genitori, non può essere considerato prestazione di servizi ai sensi dell'art. 59 del Trattato (sentenze 27 settembre 1988, causa 263/86, Stato belga/Humbel, Racc. pag. 5365, punti 17-20; e 7 dicembre 1993, causa C-109/92, Wirth, Racc. pag. I-6447, punto 15).

35 — Sentenze Duphar, citata, punti 16-21; e 19 marzo 1991, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-1275, punto 31).

36 — Sentenza 12 febbraio 1987, causa 221/85, Commissione/Belgio (Racc. pag. 719, punti 9-11).

37 — Sentenza 5 dicembre 1989, causa 3/88, Commissione/Italia (Racc. pag. 4035, punti 2 e 9).

38 — Sentenze 3 giugno 1986, causa 307/84, Commissione/Francia (Racc. pag. 1725), concernente la posizione delle infermiere nel sistema sanitario pubblico; 2 luglio 1996, causa C-473/93, Commissione/Lussemburgo (Racc. pag. I-3207), concernente i posti nell'amministrazione pubblica dell'istruzione e della sanità.

39 — Sentenze 14 gennaio 1988, causa 63/86, Commissione/Italia (Racc. pag. 29), e 14 novembre 1995, causa C-484/93, Svensson e Gustavsson (Racc. pag. I-3955), concernente l'accesso a un regime di aiuti per l'alloggio; sentenza 2 febbraio 1989, causa 186/87, Cowan (Racc. pag. 195), concernente il diritto al risarcimento per chi abbia subito aggressioni. In tutti e tre i casi le autorità nazionali hanno sostenuto, invano, che la normativa applicabile aveva per scopo o si basava sul principio della solidarietà nazionale (v. punti 11, 13 e 16 delle rispettive sentenze).

40 — L'art. 51 del Trattato contiene una disposizione specifica per questa condizione, in relazione alla libera circolazione dei lavoratori, che è stata applicata dalla Corte in relazione alla libertà di stabilimento [v. sentenza 10 luglio 1986, causa 79/85, Segers (Racc. pag. 2375, punto 17); sentenza 7 luglio 1988, causa 143/87, Stanton/Inasti (Racc. pag. 3877); sentenza 7 luglio 1988, cause riunite 154/87 e 155/87, Inasti/Wolf e a. (Racc. pag. 3897), in cui la Corte (punto 10 di entrambe le sentenze) afferma che anche se gli Stati membri, in mancanza di una normativa comunitaria sul regime sociale dei lavoratori autonomi, conservano la propria competenza legislativa in materia, essi hanno tuttavia l'obbligo di osservare la prescrizione dell'art. 52 del Trattato in merito alla soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento].

servizi o delle persone ad essi riconducibile non importa applicazione delle disposizioni del Trattato. Il principio della solidarietà sociale comporta il fatto, intrinsecamente non commerciale, del sussidio a un gruppo sociale ad opera di un altro. Una normativa strettamente concernente il finanziamento di tali regimi sfuggirà più facilmente all'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato in materia di stabilimento e di prestazione di servizi. In tal modo, il perseguimento di finalità sociali sulla base del principio della solidarietà può condurre gli Stati membri a sottrarre interamente o parzialmente le operazioni degli enti previdenziali all'accesso di operatori economici privati.

30. In secondo luogo, le relazioni di altri soggetti (fornitori di merci e prestatori di servizi) con questi sistemi previdenziali possono, tuttavia, avere carattere economico. Il diritto comunitario richiede che tali sistemi si conformino alle disposizioni del Trattato laddove essi incidano sull'attività economica di altri soggetti con modalità che non attengono al perseguimento delle loro finalità sociali. Nelle cause citate al paragrafo 28, le particolari norme di cui era causa potevano essere assoggettate alle disposizioni del Trattato sulla libertà di movimento senza pregiudicare l'operatività del regime previdenziale. Così, in quanto gli Stati membri cooptino operatori economici privati all'interno dei loro sistemi previdenziali, o appaltino la fornitura di determinate prestazioni a tali operatori, o sovvenzionino le attività aventi natura sociale degli stessi, essi devono comunque, in via di principio, osservare le disposizioni del Trattato relative, tra l'altro, alla libertà di stabilimento.

31. Ritengo che nel presente procedimento siano applicabili le disposizioni del Trattato. I costi sopportati dalle strutture convenzionate nell'erogazione di servizi assistenziali di rilievo sanitario sono rimborsati da fondi pubblici, in base al principio della solidarietà tra la collettività in generale e i membri più anziani della società. Tuttavia, diversamente dalla causa Poucet e Pistre, né il finanziamento di questo elemento del regime di previdenza sociale né lo standard formale delle prestazioni richieste alle strutture convenzionate verrebbero influenzati dall'assoggettare le norme relative al convenzionamento con le USSL alle disposizioni del Trattato sullo stabilimento. L'autorizzazione a gestire una struttura residenziale dipende dall'osservanza di criteri relativi all'assistenza, alle strutture e al personale specificati dalle pubbliche autorità, indipendentemente dalle finalità, di lucro o meno, del proprietario. I criteri più rigorosi applicati alle strutture convenzionate non incidono su tali finalità. Oltre a dover osservare questi requisiti-base di regolarità, le strutture convenzionate al di fuori del settore pubblico *sensu stricto* sono gestite in modo indipendente. Si deve osservare, inoltre, che le prestazioni a rilevanza sanitaria costituiscono solo una parte dell'attività di tali strutture. I profili residenziali delle loro attività sono, come si è rilevato, soggetti a un diverso regime previdenziale, basato sul reddito, di modo che i clienti di strutture

convenzionate che non si trovino in stato di bisogno devono pagare il costo pieno della retta di degenza.

Sull'esistenza di una discriminazione

32. Esaminerò ora se il fatto di riservare a enti privati senza scopo di lucro il convenzionamento con le USSL per l'erogazione di servizi assistenziali di rilievo sanitario, ai sensi dell'art. 18, n. 3, della legge del 1980, configuri una discriminazione basata sulla cittadinanza, incompatibile con la libertà di stabilimento. La disposizione è formulata in modo neutro, nel senso che non contiene riferimenti alla cittadinanza né (nel caso di società) alla sede sociale [41] dei proprietari delle strutture convenzionate. Tuttavia, il principio della parità di trattamento, di cui l'art. 52 rappresenta una specificazione, vieta non solo la discriminazione palese per motivi legati alla cittadinanza, ma anche forme di discriminazione occulta che, applicando altri criteri di differenziazione, conducano di fatto al medesimo risultato [42]. La Corte ha più volte rilevato che gli artt. 48, 52 e 59 del Trattato sono basati sugli stessi principi per quanto attiene al divieto di discriminazione in base alla cittadinanza; richiamerò pertanto la giurisprudenza relativa ad ognuno di questi ambiti di applicazione al fine di specificare cosa si intenda per discriminazione occulta o indiretta [43].

33. Nella causa O'Flynn/Adjudication Officer [44] la Corte ha avuto occasione di esaminare i vari tipi di circostanze di fatto, presentatesi nella sua precedente giurisprudenza, nelle quali si ritiene sussista una discriminazione indiretta, basata sulla cittadinanza, nei confronti di lavoratori:

«18. Devono pertanto essere giudicate indirettamente discriminatorie le condizioni poste dall'ordinamento nazionale le quali, benché indistintamente applicabili secondo la cittadinanza, riguardino essenzialmente [45] o in gran parte i lavoratori migranti [46], nonché le condizioni indistintamente applicabili che possono essere soddisfatte più agevolmente dai lavoratori nazionali che dai lavoratori migranti [47], o che rischiano di essere sfavorevoli, in modo particolare, ai lavoratori migranti [48].

41 — La sede di una società, mentre nella maggior parte dei casi ne indica la «cittadinanza», può, in alcuni casi, essere assimilata più facilmente alla residenza delle persone fisiche, il che può costituire un giustificato motivo di distinzione, ad esempio, sotto il profilo tributario. V. sentenza 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia (Racc. pag. 273, punti 18 e 19).

42 — Sentenze 29 ottobre 1980, causa 22/80, Boussac (Racc. pag. 3427, punto 9); sentenza Commissione/Italia, citata, punto 8; 12 aprile 1994, causa C-1/93, Halliburton Services (Racc. pag. I-1137, punto 15).

43 — Sentenze 8 aprile 1976, causa 48/75, Royer (Racc. pag. 497, punto 23); 20 maggio 1992, causa C-106/91, Ramrath (Racc. pag. I-3551, punto 17); 27 giugno 1996, causa C-107/94, Asscher (Racc. pag. I-3089, punto 29).

44 — Sentenza 23 maggio 1996, causa C-237/94 (Racc. pag. I-2617). Le note nella citazione seguente sono riferimenti giurisprudenziali nel testo originale.

45 — V. sentenze 15 gennaio 1986, causa 41/84, Pinna (Racc. pag. 1, punto 24); 30 maggio 1989, causa 33/88, Allué e Coonan (Racc. pag. 1591, punto 12); e 21 novembre 1991, causa C-27/91, Le Manoir (Racc. pag. I-5531, punto 11).

46 — V. sentenze 17 novembre 1992, causa C-279/89, Commissione/Regno Unito (Racc. pag. I-5785, punto 42), e 20 ottobre 1993, causa C-272/92, Spotti (Racc. pag. I-5185, punto 18).

47 — V. sentenze 10 marzo 1993, causa C-111/91, Commissione/Lussemburgo (Racc. pag. I-817, punto 12), e 4 ottobre 1991, causa C-349/87, Paraschi (Racc. pag. I-4501, punto 23).

48 — V. sentenze 8 maggio 1990, causa C-175/88, Biehl (Racc. pag. I-1779, punto 14), e 28 gennaio 1992, causa C-204/90, Bachmann (Racc. pag. I-249, punto 9).

19. Una soluzione diversa è ammissibile solo se dette disposizioni siano giustificate da considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza dei lavoratori interessati, e se siano adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale [49].

20. Dal complesso di tale giurisprudenza discende che, a meno che non sia obiettivamente giustificata e adeguatamente commisurata allo scopo perseguito, una disposizione di diritto nazionale dev'essere giudicata indirettamente discriminatoria quando, per sua stessa natura, tenda ad essere applicata più ai lavoratori migranti che a quelli nazionali e, di conseguenza, rischi di essere sfavorevole in modo particolare ai primi.

21. Non è necessario al riguardo accertare se la disposizione di cui trattasi si applichi, in concreto, a una percentuale notevolmente più elevata di lavoratori migranti. Basta rilevare che detta disposizione è in grado di produrre un effetto del genere. Occorre aggiungere che i motivi per cui un lavoratore migrante sceglie di far uso della propria libertà di movimento all'interno della Comunità non possono essere presi in considerazione per valutare la natura discriminatoria di una norma nazionale. La facoltà di valersi di una libertà tanto fondamentale quale la libertà di movimento delle persone non può infatti essere limitata da considerazioni siffatte, di ordine meramente soggettivo».

34. In relazione al diritto di stabilimento, la Corte ha identificato come potenzialmente discriminatoria una normativa che «rischia di operare principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri» [50], e disposizioni che «favoriscono essenzialmente le società [nazionali]» [51] La Corte ha ritenuto che quest'ultimo criterio era soddisfatto allorché una norma nazionale favoriva società dalla tipologia prevalentemente nazionale, anche se non tutte le società operanti nel settore in questione traevano vantaggio dalle misure controverse [52]. In una variante di questa fattispecie, le società nazionali favorite sono concentrate in una regione dello Stato membro [53]. I criteri identificati come fonti potenziali di discriminazione indiretta includono il luogo di residenza dei lavoratori non salariati o la sede principale delle società [54], la partecipazione statale in imprese [55] e il possesso di titoli rilasciati in un determinato Stato membro, ai quali quelli rilasciati in un altro Stato

49 — V., in tal senso, sentenze Bachmann, citata, punto 27; Commissione/Lussemburgo, citata, punto 12, e 2 agosto 1993, cause riunite C-259/91, C-331/91 e C-332/91, Allué e a. (Racc. pag. I-4309, punto 15).

50 — Sentenza Asscher, citata, punto 38.

51 — Sentenza Commissione/Italia, punto 9.

52 — Sentenza Commissione/Italia, citata, in cui società italiane di sistemi informatici non a partecipazione statale erano escluse, al pari delle società non italiane, dalla conclusione di contratti con la pubblica amministrazione; v. anche sentenza 25 luglio 1991, causa C-353/89, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. I-4069, punto 25).

53 — Sentenza 3 giugno 1992, causa C-360/89, Commissione/Italia (Racc. pag. I-3401, punti 8 e 9).

54 — Sentenza Halliburton, citata; sentenze 13 luglio 1993, causa C-330/91, Commerzbank (Racc. pag. I-4017); 11 agosto 1995, causa C-80/94, Wielockx (Racc. pag. I-2493); causa Asscher, citata.

55 — Sentenza Commissione/Italia, citata.

membro siano equivalenti [56]. Nel presente caso non rileva tanto la distinzione tra società commerciali e società senza fini di lucro in quanto tale, quanto, piuttosto, stabilire se il tipo di ente favorito sia prevalentemente interno in rapporto ad altre tipologie. Qualora uno Stato membro dovesse riservare un trattamento particolare, allo scopo di avvantaggiarle o sfavorirle, ad una o più tra le diverse forme giuridiche che possono assumere le imprese commerciali nell'ampia gamma di enti (dotati o meno di personalità giuridica), società di persone, società di capitali, pubbliche e private, a responsabilità limitata o illimitata, dovrebbe fornire una giustificazione obiettiva se il risultato di tale scelta fosse, di fatto, un trattamento di favore per i propri cittadini.

35. Il giudice nazionale osserva, nell'ordinanza di rinvio, che l'effetto dell'art. 18 della legge del 1980 è, in sostanza, di riservare la prestazione dei servizi sanitari in questione a società senza fini di lucro, e che le case di riposo gestite dalle ricorrenti operano molto al di sotto delle proprie potenzialità. Tale effetto corrisponde al numero molto esiguo di residenze private per anziani non convenzionate. Questa normativa favorisce così, a mio parere, le società nazionali. È vero che esistono enti internazionali di beneficenza ed alcuni di essi operano nel settore dell'assistenza agli anziani, ma «la beneficenza comincia alle porte di casa», e la maggior parte delle iniziative di volontariato trova luogo a livello nazionale, regionale o locale. Questo è certamente il caso della Lombardia, dal momento che tutte le strutture private convenzionate sono gestite da enti con sede nella regione. Ci è così consentito presumere che società non italiane non avrebbero motivo di scegliere la forma giuridica di società senza scopo di lucro per poter operare in Lombardia [57]. Come nella causa O'Flynn, il merito delle motivazioni di imprese commerciali rispetto a quelle di società senza fini di lucro è irrilevante [58]. Come si è visto, è anche irrilevante il fatto che società commerciali italiane non possano stipulare convenzioni con le USSL della Lombardia, o che società senza fini di lucro di altre regioni italiane non possano essere attratte dallo stabilimento in Lombardia più delle società con sede in altri Stati membri [59].

Sulle differenze obiettive e sulla loro giustificazione

36. «In forza di una giurisprudenza costante, una discriminazione consiste nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell'applicazione della stessa norma a

56 — Sentenza 28 aprile 1977, causa 71/76, Thieffry (Racc. pag. 765). Ciò risulta implicitamente dal ragionamento della Corte, che condannava la norma controversa come rappresentante una restrizione alla libertà di stabilimento, dopo aver citato (punto 13) il titolo III, lettera B, del Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento, adottato dal Consiglio il 18 dicembre 1961 in applicazione dell'art. 54 del Trattato (GU 1962, Serie speciale, IX, pag. 8), che fa riferimento alle discriminazioni indirette. L'avvocato generale Mayras la descrive espressamente come «discriminazione dissimulata» (pag. 790).

57 — Questo profilo è completamente distinto dall'argomento prospettato dalle ricorrenti nella causa principale, secondo cui il fatto che società senza fini di lucro non godano della libertà di stabilimento significava che qualsiasi società non italiana che desiderasse scegliere questa forma giuridica poteva essere esclusa dall'Italia. Sembra infatti che la legge italiana non ponga ostacoli allo stabilimento di società straniere senza fini di lucro.

58 — V. il punto 21 della sentenza, citata alla nota 44.

59 — V. causa C-3/88, Commissione/Italia, citata, e causa C-360/89, Commissione/Italia, citata, esaminate sopra al paragrafo 34.

situazioni diverse» [60]. Una disparità di trattamento quale quella tra due categorie di contribuenti «può essere qualificata come una discriminazione ai sensi del Trattato quando non sussiste alcuna obiettiva diversità di situazione tale da giustificare una disparità di trattamento *su tale punto*» [61]. Di conseguenza, mentre esistono diversità evidenti tra società senza fini di lucro e società commerciali, è necessario stabilire se sussistano differenze obiettive che giustificano la disparità di trattamento controversa nella presente causa [62].

37. Per quanto riguarda la prestazione di servizi socio-assistenziali di rilievo sanitario finanziati da fondi pubblici, ritengo che le società senza fini di lucro e le società commerciali possano svolgere la stessa funzione. Entrambe sono soggette ad autorizzazione per poter gestire case di riposo per anziani, ai sensi dell'art. 50 della legge del 1986 e ai requisiti più specifici posti dal PSA. Queste ultime disposizioni definiscono gli standard sanitari e strutturali che devono essere soddisfatti dalle case di riposo, indipendentemente da chi ne sia il gestore. Contrariamente a quanto affermato dal governo italiano, è irrilevante che le strutture convenzionate debbano possedere standard iniziali superiori per quanto riguarda i livelli di personale sanitario. Anche volendo soddisfare tali requisiti, una società commerciale verrebbe esclusa dalla stipula di una convenzione. In questo caso non si danno differenze obiettive tra le parti interessate. Piuttosto, la differenza tra gli standard sanitari richiesti alle strutture convenzionate e a quelle non convenzionate ha origine nello stesso regime giuridico che dà luogo alla discriminazione. Inoltre i costi di assistenza sanitaria sostenuti dalle strutture convenzionate sono pienamente rifusi, sino a determinati massimali. Non è stata in alcun modo prospettata una relazione tra i costi aggiuntivi comportati dalla maggiore necessità di personale e il rimborso. Non vi è alcuna differenza concreta tra i servizi assistenziali (connessi cioè al soggiorno) prestati dagli enti, sia commerciali sia operanti senza fini di lucro, poiché ad entrambi si richiede di erogare le stesse prestazioni e di osservare gli stessi parametri, ed entrambi sono soggetti allo stesso regime di rimborsi per quanto concerne i soggetti in stato di bisogno.

38. Il governo italiano ha cercato di giustificare la disparità di trattamento richiamandosi al principio della solidarietà sociale, invocando, tra l'altro, l'art. 38 della Costituzione

60 — Sentenze Wielockx, citata, punto 17, e Asscher, punto 40.

61 — Sentenza Asscher, citata, punto 42, il corsivo è mio. In modo analogo, un vantaggio fiscale riservato a società aventi domicilio fiscale in uno Stato membro può risultare discriminatorio nei confronti di società con sede in altri Stati membri, in quanto queste ultime sono di solito domiciliate fiscalmente al di fuori del primo Stato, a meno di non poter istituire una differenza obiettivamente rilevante tra le due categorie (sentenza 13 luglio 1993, causa C-330/91, Commerzbank, citata, punti 15 e 16).

62 — Nella causa C-353/89, Commissione/Paesi Bassi, citata, la Corte condannava come una restrizione alla libertà di prestazione di servizi una normativa olandese che non consentiva a terzi di trarre profitti dalla pubblicità televisiva trasmessa dal territorio di un altro Stato membro nei Paesi Bassi, poiché obbligava gli operatori esteri a conformarsi al modello olandese. La Corte rilevava (punto 42) che «per garantire il mantenimento del pluralismo il governo olandese ben potrebbe limitarsi a predisporre adeguatamente lo statuto dei propri enti». Mentre questa affermazione riflette il principio secondo cui gli Stati membri hanno più libertà nel disciplinare l'attività delle imprese con sede nel proprio territorio che di quelle con sede all'estero, la cui disciplina nell'interesse generale può venire garantita dallo Stato di appartenenza, esso non implica che una normativa nazionale che favorisce le società senza fini di lucro non possa costituire una restrizione alla libertà di stabilimento.

italiana e la discrezionalità di cui godono le regioni nel limitare l'accesso al regime di convenzionamento a quegli enti che si prefiggano prioritariamente il perseguimento di finalità sociali. In tal modo, il denaro pubblico viene speso esclusivamente per coprire i costi vivi dell'assistenza sanitaria agli anziani ricoverati, senza dirottare risorse in funzione del perseguimento di profitti dei gestori. All'udienza il governo italiano ha fatto riferimento al ruolo sociale tradizionalmente svolto dagli istituti religiosi di carità considerati più impegnati delle società commerciali nell'assistenza ai soggetti bisognosi. Mancando tali istituti di uno scopo di lucro, le sovvenzioni erogate dalla regione costituiscono un'importante voce di entrata. I servizi sanitari non potevano inoltre, nel loro caso, essere finanziati mediante profitti provenienti da altre loro attività.

fitto dall'erogazione di servizi di assistenza sanitaria da queste effettuata, ponendole così sullo stesso piano, sotto questo profilo, delle strutture senza fini di lucro già esistenti. In effetti, tale requisito sembra già presente, in modo implicito, nell'art. 18, nn. 10 e 11, della legge del 1980. Un simile approccio risulterebbe più trasparente e meno restrittivo per l'esercizio dei diritti garantiti dal diritto comunitario rispetto alla pura esclusione dal regime. Le strutture commerciali continuerebbero a cercare di trarre profitti dall'aspetto puramente residenziale delle loro attività, o da servizi di assistenza sanitaria aggiuntivi, prestati, questi, a spese dei degenti. In quarto luogo, l'ammissione di società commerciali al regime di convenzionamento non comporterebbe l'esclusione dal sistema dei tradizionali enti di carità.

La rilevanza dell'art. 90, n. 2, del Trattato

39. Ritengo che il governo italiano non sia riuscito a dimostrare che la decisione della Regione Lombardia di escludere dal rimborso delle spese di assistenza sanitaria le strutture gestite con criteri commerciali è giustificata. In primo luogo, è opportuno richiamare che tali strutture sono autorizzate a prestare l'assistenza relativa al soggiorno degli anziani, inclusa quella, controversa, di assistenza sanitaria, e che questo, come rilevato dal governo italiano, è un diritto garantito dalla Costituzione italiana. In secondo luogo, gli standard superiori che sarebbero richiesti alle strutture convenzionate si applicherebbero anche alle strutture commerciali, ove venissero ammesse al convenzionamento. In terzo luogo, nulla impedisce alla regione di rimborsare le strutture commerciali in modo da escludere qualsiasi elemento di pro-

40. Occorre considerare brevemente la possibilità di applicare l'art. 90, n. 2, del Trattato al contesto delle restrizioni alla libertà di stabilimento. Persino ammettendo che l'art. 90, n. 2, permetta deroghe a tutte le disposizioni del Trattato [63], ed anche se le strutture convenzionate fossero considerate imprese inca-

63 — V. sentenze 19 marzo 1991, causa C-202/88, Francia/Commissione (Racc. pag. I-1223, punto 12); 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova (Racc. pag. I-5899, punto 27); 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau (Racc. pag. I-2533, punto 14); 10 luglio 1984, causa 72/83, Campus Oil e a. (Racc. pag. 2727, punto 19). Questa giurisprudenza viene esaminata nelle conclusioni dell'avvocato generale Cosmas del 26 novembre 1996, cause riunite da C-157/94 a C-160/94, Commissione/Paesi Bassi, Italia, Francia e Spagna, paragrafi 86-90, nelle quali egli conclude nel senso che l'art. 90, n. 2, deve intendersi come applicabile rispetto alle norme del Trattato sulla libera circolazione delle merci.

ricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, non penso che ciò modificherebbe il risultato dell'analisi sopra svolta. L'art. 90, n. 2, consente deroghe solo nei limiti in cui l'applicazione delle norme del Trattato osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione affidata alle imprese in questione. Ho osservato sopra (paragrafo 31) che né il finanziamento dei servizi socio-assistenziali di rilievo sanitario prestati in case di riposo per anziani né lo standard formale delle prestazioni verrebbero compromessi dall'applicazione alla Regione Lombardia delle norme del Trattato relative al diritto di stabilimento. Al paragrafo 37 ho rilevato che non esiste alcuna differenza obiettiva tra strutture residenziali senza fini di lucro e commerciali, per quanto attiene all'esecuzione delle prestazioni richieste per legge, che giustifichino l'esclusione delle ultime dal regime di convenzionamento. Ciò considerato, le condizioni per l'applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato non sussistono.

Conclusioni in merito alla seconda e alla terza questione

41. Concludo, dall'analisi sopra svolta, nel senso che la riserva, a enti senza fini di lucro, del diritto di stipulare convenzioni con le USSL per prestazioni socio-assistenziali di rilievo sanitario costituisce una discriminazione indiretta basata sulla cittadinanza e costituisce così una restrizione vietata al diritto di stabilimento.

D — *Sulla quarta questione*

42. Per risolvere la quarta questione è necessario stabilire se le ricorrenti nella causa principale hanno titolo per invocare le disposizioni del Trattato relative ai servizi. Non ritengo che tale sia il caso.

43. Risulta chiaramente, tra l'altro, dalla sentenza della Corte Alpine Investments che «il diritto alla libera prestazione di servizi può essere fatto valere da un'impresa nei confronti dello Stato in cui essa è stabilita, quando i servizi sono forniti a destinatari stabiliti in un altro Stato membro» [64]. Questa opinione è coerente con l'affermazione contenuta nella sentenza Gebhard, secondo la quale «le disposizioni relative ai servizi trovano applicazione solo se non si applicano quelle relative al diritto di stabilimento» [65]. Quest'ultima affermazione, ripresa nel parere da me espresso al paragrafo 22 di queste conclusioni, suggerisce che un'impresa che si considera stabilita in uno Stato membro

64 — Sentenza 10 maggio 1995, causa C-384/93 (Racc. pag. 1141, punto 30); v. inoltre sentenze 13 dicembre 1989, causa C-49/89, Corsica Ferries (Racc. pag. 4441, punti 10 e 11); 17 maggio 1994, causa C-18/93, Corsica Ferries (Racc. pag. I-1783, punto 30); 14 luglio 1994, causa C-379/92, Peralta (Racc. pag. I-3453, punto 40), e 5 ottobre 1994, causa C-381/93, Commissione/Francia (Racc. pag. I-5145, punto 14).

65 — Citata alla nota 24, punto 22.

diverso da quello di appartenenza non può, al tempo stesso, ritenersi prestatrice di servizi in questo Stato. Essa può tuttavia, da questo Stato, intraprendere un'attività di prestazione di servizi in un terzo Stato membro, o a soggetti in esso residenti (o anche nel suo Stato di appartenenza); in tal caso, si applicheranno gli artt. 59 e 60.

44. Ciononostante, non ritengo che l'attività delle ricorrenti costituisca prestazione di servizi a soggetti stabiliti in Stati membri diversi dall'Italia. Le ricorrenti nella causa principale affermano che il 2% dei loro clienti è costituito da non italiani, che tendono ad effettuare soggiorni di durata da uno a tre anni, mentre il 10% circa delle richieste di informazioni ricevute ogni anno provengono da residenti in altri Stati membri. Esse sostengono di prestare servizi analoghi a quelli alberghieri e che i cittadini di altri Stati membri hanno il diritto garantito dal Trattato di recarsi in Italia per avvalersi di tali servizi [66]. Non trovo che questo paragone sia convincente, poiché la durata del soggiorno dei clienti nelle residenze delle ricorrenti è di regola molto più lungo che nel caso di alberghi.

66 — Sentenza 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, Luisi e Carbone (Racc. pag. 377, punto 10).

45. La Corte ha rilevato, nella sentenza Procuratore del Re/Debauve [67], che «le disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione di servizi non potrebbero applicarsi ad attività di cui tutti gli elementi rilevanti sono ristretti localmente all'interno di un solo Stato membro» [68]. Nella sentenza Steymann/Stassecretaris van Justitie [69] la Corte ha affermato che «dallo stesso tenore letterale dell'art. 60 risulta, infatti, che un'attività esercitata a titolo permanente, o comunque senza prevedibili limitazioni di durata, non può essere soggetta alle disposizioni comunitarie relative alla prestazione di servizi. Siffatte attività possono invece rientrare nella sfera d'applicazione degli artt. da 48 a 51 e, a seconda dei casi, da 52 a 58 del trattato». La Corte concludeva che «gli artt. 59 e 60 del trattato non riguardano la situazione di un cittadino di uno Stato membro che si rechi nel territorio di un altro Stato membro e vi stabilisca la propria residenza per fornire *e ricevere* in questo Stato prestazioni di servizi a tempo indeterminato» [70].

46. Non vedo motivi di discostarsi da questa giurisprudenza. In primo luogo, essa rispecchia il testo dell'art. 59 del Trattato, che fa riferimento ai prestatori di servizi «stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione». Deroghe a questo requisito letterale sono consentite solo allorché tutti gli elementi

67 — Sentenza 18 marzo 1980, causa 52/79 (Racc. pag. 833).

68 — Punto 99; v. anche sentenza 26 febbraio 1991, causa C-154/89, Commissione/Francia (Racc. pag. I-659, punto 9). Nella causa 186/87, Cowan, citata, l'avvocato generale Lenz ha affermato, al paragrafo 14 delle sue conclusioni, che «indispensabile è solo che il prestatore e il destinatario non risiedano nello stesso luogo».

69 — Sentenza 5 ottobre 1988, causa 196/87 (Racc. pag. 6159, punto 16).

70 — Punto 17, ripetuto nel dispositivo; il corsivo è mio.

attinenti all'attività considerata non siano confinati all'interno di un solo Stato membro, come nel caso di un prestatore che offra servizi limitati nel tempo nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel quale è stabilito a un destinatario stabilito nello stesso Stato del prestatore [71]. L'elemento dello «scambio oltre confine di "prodotti" che non sono "merci" è, di conseguenza, mantenuto» [72].

47. In secondo luogo, sarebbe incompatibile con il carattere subordinato del capo del Trattato relativo ai servizi rispetto a quello sui lavoratori e sullo stabilimento, esplicitato all'art. 60, il fatto che soggetti che hanno esercitato la propria libertà di movimento in conformità di queste ultime disposizioni possano continuare a essere considerati destinatari di servizi nello Stato membro in cui si sono spostati. È vero che cittadini di uno Stato membro che si spostano in maniera permanente o per un periodo indefinito in un altro Stato membro, ma non sono economicamente attivi (come è molto probabilmente il caso degli ospiti delle case di riposo delle ricorrenti), non rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 48-51 o degli artt. 52-58 del Trattato. Tuttavia, mentre l'avvocato generale Lenz indicava, nella causa Commissione/Francia [73], la necessità di evitare lacune, sarebbe peraltro anomalo se tali soggetti fossero considerati destinatari di servizi e non lo fossero invece i lavoratori, salariati e non, che del pari avessero trasferito la propria residenza in maniera permanente o indefinita nello stesso Stato membro [74]. Il diritto dei soggetti stabilmente residenti di fare affidamento in qualità di destinatari su quanto previsto dal Trattato in materia di prestazione di servizi varierebbe, in caso contrario, a seconda che l'interessato svolga o meno un'attività economica, e potrebbe quindi variare nel tempo, nel caso di qualsiasi soggetto.

48. Inerisce così al concetto di servizi, come inteso dal Trattato, che il periodo di residenza dei destinatari in un altro Stato membro debba essere temporaneo o predeterminato, piuttosto che permanente o indefinito [75]. A fini pratici, ciò può affer-

71 — Causa C-154/89, Commissione/Francia, citata, punti 7 e 10.

72 — Quest'ampia definizione di servizi è stata suggerita dall'avvocato generale Lenz nella causa Cowan, citata, paragrafo 13 delle conclusioni, e nella causa C-154/89, Commissione/Francia, citata, paragrafo 17 delle conclusioni.

73 — Causa C-154/89, citata, paragrafo 19 delle conclusioni.

74 — Un soggetto non economicamente attivo può, tuttavia, prendere una residenza di lungo periodo in uno Stato membro diverso dal suo Stato di appartenenza, in conformità dei requisiti posti dalla direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/364/CEE, relativa al diritto di soggiorno (GU L 180, pag. 26), o dalla direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/365/CEE, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale (GU L 180, pag. 28). Un diritto di residenza per i cittadini dell'Unione è stato successivamente istituito dall'art. 8 A del Trattato, introdotto dal Trattato sull'Unione europea.

75 — La condizione posta dall'art. 4, n. 2, della direttiva del Consiglio 21 maggio 1973, 73/148/CEE, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi (GU L 172, pag. 14), per cui gli Stati membri rilasciano un permesso di soggiorno per comprovare il diritto di residenza dei prestatori o destinatari di servizi per periodi superiori a tre mesi, dimostra che il periodo passato in uno Stato membro da un destinatario di servizi non è necessariamente irrilevante, ma non infirma la conclusione tratta nelle presenti conclusioni, secondo cui la residenza dovrebbe avere natura temporanea, o comunque predefinita, per rientrare nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato relative ai servizi. V. anche art. 1 della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1964, 64/221/CEE, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (GU 1964, n. 56, pag. 850).

marsi, in ogni caso date le circostanze della presente causa, partendo dalla natura del «prodotto» offerto. Nel caso che ci troviamo dinanzi, tutti gli elementi rilevanti delle attività delle ricorrenti sono situati in Italia. Il solo elemento transnazionale è dato dalla cittadinanza non italiana di alcuni ospiti e potenziali clienti. Tuttavia, può presumersi che un soggetto che si reca in un altro Stato membro per ritirarsi in una casa di riposo per anziani faccia ciò, dall'inizio, in via permanente o per un periodo indefinito, anche se successivamente dovesse cambiare idea e tornare al suo Stato di origine [76]. Questo approccio è particolarmente convincente allorché le disposizioni del Trattato relative ai servizi sono invocate dal prestatore del presunto servizio, che lo offre alla generalità e non stabilisce a priori l'esistenza di un destinatario identificabile [77], piuttosto che da un destinatario particolare, che sarebbe in grado di evidenziare l'esistenza, nel suo caso, di intenti di stabilimento meramente temporanei. Le ricorrenti nella causa principale hanno menzionato, all'udienza, il caso di un cittadino comunitario non italiano che aveva risieduto, per un periodo dichiaratamente temporaneo, in una delle loro residenze in Lombardia ai fini della convalescenza a seguito di un intervento chirurgico. Tuttavia, tutto sembra indicare che le ricorrenti offrono essenzialmente servizi di soggiorno residenziale per anziani su base permanente o indefinita. Non ritengo opportuno estendere l'ambito della presente questione pregiudiziale a casi isolati, come quello ora menzionato, non considerati dal giudice nazionale nell'ordinanza di rinvio.

49. Concludo nel senso che le ricorrenti nella causa principale non possono invocare le disposizioni del Trattato relative alla libertà di prestazione dei servizi.

E — *Sulla quinta questione*

50. Gli artt. 85 e 86, in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato, pongono agli Stati membri l'obbligo di astenersi dall'introdurre o mantenere in vigore misure, anche di natura legislativa, che possano rendere ineffettive le norme sulla concorrenza applicabili alle imprese [78]. Non c'è alcun elemento nell'ordinanza di rinvio, né dinanzi alla Corte, che dimostri che le società a partecipazione pubblica e senza fini di lucro che hanno stipulato convenzioni con le USSL per la

76 — Ciò è in accordo con la posizione espressa dall'avvocato generale Lenz ai paragrafi 28 e 29 delle sue conclusioni nella causa Cowan, citata, che privilegiava il ragionamento *ex ante*, in base al quale lo status di destinatario di servizi è determinato all'inizio del viaggio, rispetto al ragionamento *ex post*, incentrato sui servizi di cui si ha effettivamente fruito.

77 — V. sentenza Alpine Investments, citata, punto 19.

78 — Sentenza 17 ottobre 1995, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, DIP e a. (Racc. pag. I-3257, punto 14). Per quanto riguarda l'art. 85 del Trattato, v. inoltre sentenze 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke (Racc. pag. 4769, punto 16); 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff (Racc. pag. 5801, punto 14), e 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft (Racc. pag. I-2517, punto 14); per quanto riguarda l'art. 86, v. sentenza 16 novembre 1977, causa 13/77, GB-INNO (Racc. pag. 2115, punto 31).

gestione di case di riposo per anziani nella Regione Lombardia abbiano concluso accordi pregiudizievoli per la concorrenza o concordato pratiche contrarie all'art. 85 del Trattato, o che consenta di desumere l'esistenza di tali accordi e pratiche dalla normativa controversa nella presente causa [79]. Non sussiste così alcun dubbio sul fatto che la regione Lombardia non ha imposto o agevolato la conclusione di tali accordi o pratiche, né ne ha rafforzato gli effetti. Nulla suggerisce, inoltre, che la regione abbia privato la propria normativa del carattere statuale ad essa proprio, demandando potere decisionale pubblico ad operatori economici privati [80]. Per quanto riguarda l'art. 86 del Trattato, non ci sono elementi per ritenere che un'impresa goda di una posizione dominante su una parte sostanziale del mercato [81].

51. La Corte ha rilevato che il semplice fatto di creare una posizione dominante attribuendo dei diritti esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato non è, in quanto tale, incompatibile con l'art. 86 [82]. Nondimeno, la semplice esistenza di un monopolio può costituire abuso di posizione dominante qualora l'impresa alla quale è stato conferito il diritto esclusivo non sia manifestamente in grado di soddisfare la domanda presente sul mercato, a danno dei richiedenti il servizio considerato [83]. Tuttavia, anche se la stipula di convenzioni con le USSL nella Regione Lombardia potesse essere assimilata alla concessione di diritti esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato, non è stato dimostrato, nella presente causa, l'esistenza di un tale abuso circostanziato. Nel contesto di servizi di assistenza sociale, l'utilizzo in regime di piena operatività delle capacità di accoglimento delle strutture convenzionate, unitamente all'esistenza di liste di attesa in determinate zone, può semplicemente testimoniare i limiti inerenti alla spesa pubblica, piuttosto che l'inidoneità a soddisfare la richiesta del mercato (in quanto tale termine possa avere senso in relazione alla prestazione di servizi finanziati pubblicamente). La libera concorrenza sembra prevalere su quella piccola parte del mercato dell'assistenza residenziale per anziani in cui i servizi socio-assistenziali di rilievo sanitario non sono finanziati pubblicamente, il che consente di soddisfare qualsiasi richiesta addizionale finanziata privatamente.

52. Concludo quindi nel senso che le circostanze descritte nella quinta questione non configurano una violazione degli artt. 3, lett. g), 5, 85, 86 o 90 del Trattato.

79 — Sentenze Reiff, citata, punto 15; Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, citata, punto 15.

80 — Sentenze Van Eycke, citata, punto 16; Reiff, citata, punto 14; Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, citata, punto 14.

81 — L'esistenza di una posizione dominante collettiva presuppone tuttavia, secondo le sentenze della Corte 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo e a. (Racc. pag. I-1477), e DIP, citata, punto 26, che le imprese del gruppo siano sufficientemente legate tra loro per adottare una linea d'azione comune sul mercato, il che non è stato dimostrato. La Corte ha affermato (punto 27 della sentenza DIP) che la caratteristica di una posizione dominante collettiva è l'assenza di concorrenza tra i membri, il che non è stato dimostrato nel caso delle case di riposo convenzionate nella Regione Lombardia.

82 — Sentenze 3 ottobre 1985, causa C-311/84, CBEM (Racc. pag. 3261, punto 17); Höfner e Elser, citata, punto 29.

83 — Sentenza Höfner e Elser, citata, punti 30 e 31.

V — Conclusioni

53. Considerato quanto precede, suggerisco alla Corte di pronunciarsi come segue:

«1) Gli Stati membri non hanno l'obbligo di motivare l'adozione di atti legislativi di portata generale, neanche se questi possano incidere potenzialmente sull'esercizio di diritti garantiti dal diritto comunitario.

2) Una normativa nazionale che riservi ad enti privati senza fini di lucro l'accesso alla stipula di convenzioni con le autorità locali di assistenza sociale per la prestazione di servizi socio-assistenziali di rilievo sanitario finanziati pubblicamente costituisce una discriminazione indiretta basata sulla cittadinanza e, di conseguenza, una restrizione alla libertà di stabilimento, qualora sia molto probabile che gli enti senza fini di lucro abbiano la loro sede nello Stato membro di cui si tratta.

3) Le ricorrenti nella causa principale non possono invocare le disposizioni del Trattato relative alla libertà di prestazione di servizi.

4) La normativa nazionale controversa nella causa principale non configura una violazione degli artt. 3, lett. g), 5, 85, 86 e 90 del Trattato».