CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GIUSEPPE TESAURO

presentate il 4 febbraio 1998 *

1. I due quesiti pregiudiziali oggetto della presente procedura, posti dall'Efeteio (Corte di appello) di Atene, chiamano la Corte a pronunciarsi sulla possibilità di far valere l'abuso di diritto rispetto ad una posizione giuridica soggettiva attribuita dal diritto comunitario. Più precisamente, il giudice *a quo* chiede se il principio dell'abuso di diritto, quale configurato in un determinato sistema nazionale, possa trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui il diritto invocato sia attribuito da disposizioni comunitarie; nonché, in caso di risposta negativa, se nel caso di specie sussistano le condizioni (comunitarie) che consentono di stabilire che il diritto di cui si tratta è stato esercitato in maniera abusiva.

La controversia principale, è bene precisarlo subito, si colloca nel contenzioso sorto in Grecia a proposito dell'interpretazione e dell'applicazione, rispetto a fattispecie concernenti imprese in crisi, dell'art. 25 della direttiva del Consiglio 13 dicembre 1976, 77/91/CEE, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'articolo 58, secondo comma, del trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa [1] (nel prosieguo: la «seconda direttiva»). Tale contenzioso è ben noto a questa Corte, avendo essa avuto modo di pronunciarsi a più riprese e con estrema chiarezza nel senso che l'art. 25 della seconda direttiva si applica anche alle imprese in crisi sottoposte a regime speciale [2]. Nella presente procedura la Corte è dunque chiamata, in buona sostanza, a stabilire se l'interpretazione da essa fornita dell'art. 25 della seconda direttiva possa essere disattesa — e a quali condizioni — ove ricorrano i presupposti stabiliti dal diritto interno per poter utilmente invocare l'abuso di diritto. Su tale questione, peraltro, la Corte ha già avuto modo di soffermarsi, sia pure in via solo incidentale, nella sentenza Pafitis [3].

Il quadro normativo e giurisprudenziale

— *La normativa comunitaria*

2. È sufficiente qui ricordare che l'art. 25, n. 1, della seconda direttiva prevede che

* Lingua originale: l'italiano.

1 — GU 1977, L 26, pag. 1.

2 — V. sentenze 30 maggio 1991, cause riunite C-19/90 e C-20/90, Karella e Karellas (Racc. pag. I-2691); 24 marzo 1992, causa C-381/89, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e a. (Racc. pag. I-2111); 12 novembre 1992, cause riunite C-134/91 e C-135/91, Kerafina — Keramische- und Finanz-Holding e Vioktimatiki (Racc. pag. I-5699); 12 marzo 1996, causa C-441/93, Pafitis (Racc. pag. I-1347).

3 — Citata alla nota precedente, punti 67-70.

«Gli aumenti di capitale sono decisi dall'assemblea. Tale decisione nonché attuazione dell'aumento di capitale sottoscritto formano oggetto di pubblicità effettuata secondo le modalità previste dalla legislazione di ciascuno Stato membro, in conformità dell'articolo 3 della direttiva 68/151/CEE».

— *La normativa nazionale*

3. Con legge n. 1386 del 5 agosto 1983 [4], è stato istituito in Grecia l'«Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epihiriseon AE» (Istituto per la ristrutturazione delle imprese; nel prosieguo: l'«Istituto»), una società per azioni il cui capitale è sottoscritto interamente dallo Stato ed il cui scopo è di contribuire allo sviluppo economico e sociale del Paese (art. 2, n. 2). A tal fine l'Istituto può, tra l'altro, assumere l'amministrazione e la gestione corrente di imprese in corso di risanamento o nazionalizzate, acquistare partecipazioni nel capitale di imprese, accordare prestiti, emettere obbligazioni e trasferire azioni a soggetti pubblici e privati (art. 2, n. 3).

Ai sensi dell'art. 8, n. 8, di tale legge, durante l'amministrazione provvisoria l'Istituto può anche decidere di aumentare il capitale della società di cui trattasi; ciò in deroga alla normativa generale sulle società per azioni, che prevede la competenza esclusiva dell'assemblea. I vecchi azionisti conservano tuttavia un diritto d'opzione sull'acquisto delle nuove azioni, diritto che deve essere esercitato entro il termine fissato nella decisione ministeriale che autorizza l'aumento di capitale.

4. Particolare importanza assume inoltre, ai fini che qui rilevano, l'art. 281 del codice civile greco, in base al quale «l'esercizio di un diritto è vietato qualora ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità socioeconomica del diritto». È precisamente avvalendosi di tale norma, infatti, che lo Stato ellenico mette in discussione l'invocabilità dell'art. 25 della seconda direttiva nel caso di specie.

— *La giurisprudenza in materia*

5. La Corte, come già accennato, ha avuto modo di chiarire la portata e gli effetti dell'art. 25 della seconda direttiva proprio rispetto alla normativa ellenica appena ricordata. Adita in via pregiudiziale nell'ambito di diverse procedure avviate da azionisti di società a seguito di aumenti di capitale attuati in via amministrativa, la Corte ha infatti precisato che la competenza in ordine alle modifiche del capitale sociale spetta in maniera esclusiva all'assemblea degli azionisti. Più in particolare, la Corte ha affermato, da un lato,

4 — Gazzetta ufficiale della Repubblica ellenica n. 107 dell'8 agosto 1983, pag. 14. Le disposizioni della legge n. 1386/1983 sono state in seguito modificate con legge n. 1882/1990 (Gazzetta ufficiale della Repubblica ellenica n. A 43 del 23 marzo 1990), al fine di renderle conformi alle norme della seconda direttiva, in particolare agli artt. 25 e 29. La fattispecie che ci occupa, è appena il caso di precisarlo, è soggetta alle disposizioni elleniche in vigore prima delle modifiche apportate con la legge n. 1882/1990.

che l'art. 25, n. 1, della seconda direttiva è provvisto di efficacia diretta [5]; dall'altro, che detta norma si oppone all'applicazione di una normativa nazionale la quale, allo scopo di garantire il risanamento di società in crisi, stabilisce che l'aumento del capitale sociale possa essere deciso con atto amministrativo e senza deliberazione dell'assemblea generale [6]; e ciò anche qualora venga riconosciuto agli azionisti un diritto di opzione sulle azioni di nuova emissione [7]. L'obiettivo di garantire un livello minimo di tutela degli azionisti in tutti gli Stati membri, obiettivo principale della seconda direttiva, sarebbe infatti «gravemente compromesso se gli Stati membri potessero derogare alle disposizioni della direttiva, mantenendo in vigore normative, anche definite speciali o eccezionali, che consentano di decidere, mediante provvedimento amministrativo e indipendentemente da qualsiasi decisione dell'assemblea generale degli azionisti, un aumento del capitale sociale che porti ad obbligare i vecchi azionisti ad aumentare i loro conferimenti, o a imporre loro l'entrata nella società di nuovi azionisti, in modo da ridurre la loro partecipazione al potere decisionale della società» [8].

In altre parole, come ho già avuto modo di osservare nelle conclusioni relative alla causa Pafitis [9], la Corte ha chiarito che neppure in base ad una normativa speciale mirante al risanamento delle società in crisi l'assemblea degli azionisti può essere privata del potere più intimo ed irrinunciabile, vale a dire quello di variare la consistenza del capitale, cioè del patrimonio della società e al contempo degli azionisti stessi.

6. Nella sentenza Pafitis, peraltro, la Corte ha altresì precisato, pur in assenza di uno specifico quesito al riguardo, che «si pregiudicherebbe l'applicazione uniforme del diritto comunitario (...) se si ritenesse che un azionista che si avvale dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva abusi del suo diritto per il solo fatto che è un azionista di minoranza di una società assoggettata ad una disciplina di risanamento o che avrebbe beneficiato del risanamento della società. Infatti, dato che l'art. 25, n. 1, si applica indistintamente a tutti gli azionisti e indipendentemente dall'esito di un'eventuale procedura di risanamento, il fatto di qualificare un ricorso basato sull'art. 25, n. 1, come abusivo per tali motivi verrebbe a modificare la portata di tale disposizione» [10].

Tale precisazione si è resa necessaria in quanto, come emergeva dalla stessa ordinanza di rinvio, la sentenza del giudice comunitario, e con essa l'interpretazione data dell'art. 25, sarebbe rimasta inapplicata ove il

5 — Sentenze Karella e Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e Kerafina — Keramische (citate alla nota 2), rispettivamente punti 23, 38 e 18.

6 — Sentenze Karella e Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e Kerafina — Keramische (citate alla nota 2), rispettivamente punti 36, 37 e 18.

7 — Sentenze Karella e Karellas e Kerafina — Keramische (citate alla nota 2), rispettivamente punti 36 e 18.

8 — Sentenze Karella e Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e Pafitis (citate alla nota 2), rispettivamente punti 26, 33 e 39.

9 — Conclusioni presentate il 9 novembre 1995 (Racc. 1996, pag. I-1349, punto 13).

10 — Sentenza Pafitis (citata alla nota 2), punto 70.

giudice nazionale fosse pervenuto alla conclusione che nella specie sussistevano le condizioni previste dal diritto nazionale per decidere nel senso che il diritto attribuito dall'art. 25 era stato esercitato in maniera abusiva. Prima ancora di escludere che ciò si verificasse nella specie, la Corte ha anche ed espressamente sottolineato che non era necessario «accertare se sia consentito, nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario, applicare una norma nazionale per valutare se un diritto conferito dalle disposizioni comunitarie di cui trattasi sia esercitato in maniera abusiva»; con l'avvertenza, tuttavia, che «l'applicazione di una tale norma non potrebbe comunque pregiudicare la piena efficacia e l'applicazione uniforme delle disposizioni comunitarie negli Stati membri» [11].

I fatti e i quesiti pregiudiziali

7. Il procedimento *a quo* sorge dall'iniziativa di alcuni azionisti il cui obiettivo è di veder annullati, in quanto adottati in violazione dell'art. 25 della seconda direttiva, i provvedimenti ministeriali che hanno disposto l'aumento del capitale sociale. Si tratta, questa volta, degli azionisti della società di capitali Athinaïki Chartopoiia AE, società sottoposta, a partire dal 30 marzo 1984, al regime della legge n. 1386/1983. In data 28 maggio 1986, l'Istituto, che ne ha assunto la gestione, ha deciso — nel quadro dell'amministrazione provvisoria e in applicazione dell'art. 8, n. 8, della legge — di aumentare il capitale sociale di 940 000 000 di dracme. Con decisione del 6 giugno 1986, n. 153, il Ministro dell'Industria, della Ricerca e della Tecnologia ha approvato l'aumento del capitale e ne ha definito le modalità, prevedendo, in particolare, un diritto di opzione nell'acquisto delle nuove azioni a favore degli azionisti, diritto da esercitarsi entro un mese dalla pubblicazione della decisione nella Gazzetta ufficiale.

I ricorrenti non si sono avvalsi del diritto in questione. Essi hanno infatti ritenuto che l'aumento di capitale, deciso con le modalità appena ricordate, fosse in contrasto con l'art. 25, n. 1, della seconda direttiva. Essi hanno pertanto introdotto, in data 10 novembre 1987, un ricorso dinanzi al Polymeles Protodikeio (Tribunale di grande istanza) di Atene per far dichiarare nullo l'aumento del capitale sociale. Tale ricorso è stato respinto con sentenza n. 5136 del 1988.

8. Avverso tale sentenza gli azionisti di cui si tratta hanno proposto appello, il 28 giugno 1989, dinanzi all'Efeteio di Atene. Quest'ultimo, con ordinanza n. 5943 del 1994, ha annullato la decisione del giudice di primo grado, in quanto palesemente in contrasto con la giurisprudenza comunitaria in materia [12]. Con la stessa ordinanza, e prima di

11 — Sentenza Pafitis (citata alla nota 2), punto 68.

12 — Fondandosi su tale giurisprudenza, lo stesso giudice *a quo* ha infatti sottolineato, nell'ordinanza di rinvio, che l'art. 25, n. 1, della seconda direttiva vieta un aumento di capitale quale quello disposto in favore della società Athinaïki Chartopoiia AE. Più precisamente, detto giudice ha rilevato che risulta dalla giurisprudenza comunitaria in materia che la norma in questione «è formulata in termini chiari, precisi e incondizionati, e sancisce il principio generale secondo cui *competente a decidere in merito all'aumento di capitale* è l'assemblea generale degli azionisti, e non terzi estranei all'assemblea quali il Ministro, le cui decisioni sono invalide e in linea di principio non creano alcun vincolo per le persone fisiche o giuridiche interessate dalla norma».

statuire in via definitiva, l'Efeteio ha altresì imposto allo Stato ellenico, avendo quest'ultimo sollevato l'eccezione dell'abuso di diritto, di fornire le prove dell'esercizio abusivo dell'azione di nullità esercitata dagli azionisti ex art. 25 della seconda direttiva. Ad avviso del giudice nazionale, dunque, la norma generale di cui all'art. 281 del codice civile greco, la quale sanziona l'esercizio abusivo di un diritto, ben sarebbe suscettibile di essere applicata anche nell'ipotesi in cui la norma invocata in giudizio sia di origine comunitaria.

9. Una volta riassunta la causa, l'Efeteio ha proceduto alla valutazione delle prove fornite dallo Stato ellenico in relazione al preteso esercizio abusivo del diritto attribuito agli azionisti dall'art. 25 della seconda direttiva ed è pervenuto, su tale base, alla conclusione che le condizioni previste dall'art. 281 del codice civile erano, nella specie, soddisfatte. Il giudice *a quo* ha infatti ritenuto che l'esercizio del diritto da parte degli azionisti ricorrenti fosse abusivo in quanto in evidente contrasto con i limiti imposti dalla buona fede, dal buon costume e dalla finalità socioeconomica del diritto in questione.

Ciò sarebbe dimostrato da una serie di elementi, alcuni di carattere oggettivo ed altri di carattere soggettivo, estremamente indicativi. In particolare, il giudice nazionale fa riferimento alla catastrofica situazione economica in cui versava la società, sicuramente destinata al fallimento [13]; agli evidenti vantaggi che gli stessi ricorrenti avrebbero ottenuto grazie all'intervento governativo di risanamento [14]; nonché alla circostanza che detti ricorrenti non si sono avvalsi del diritto di opzione nella sottoscrizione delle azioni emesse successivamente al risanamento.

10. Lo stesso giudice si domanda tuttavia se una siffatta impostazione possa essere considerata corretta dal punto di vista del diritto comunitario. A suo avviso, le indicazioni fornite dalla Corte al riguardo nella sentenza Pafitis lascerebbero aperta la questione, nel senso che non sarebbe affatto chiaro a chi (giudice nazionale o giudice comunitario) ed in base alle norme e/o ai principi di quale ordinamento (interno o comunitario) spetti la competenza a valutare se il titolare di un diritto attribuito da una disposizione comunitaria lo abbia esercitato in maniera abusiva.

13 — Sul punto, nell'ordinanza di rinvio si legge che «l'impresa Athinaïki Chartopoiia AE, all'epoca del suo assoggettamento al regime speciale della legge n. 1386/1983 (...), aveva debiti nei confronti delle banche e di diversi altri creditori per un importo complessivo di 17 203 894 160 DR circa, aveva un acutissimo problema di liquidità a causa dell'alto grado di esposizione debitoria, mancava di capitali propri e il suo attivo non era sufficiente ad estinguerne le obbligazioni. Lo scoperto, in considerazione dei beni esistenti, era dell'ordine di 3 500 e più milioni di DR. Di conseguenza, quand'anche tali beni fossero stati liquidati alle migliori condizioni di mercato possibili, debiti di tale entità sarebbero rimasti insoluti».

14 — In particolare, il giudice nazionale rileva nell'ordinanza di rinvio che «il valore di un'azione a quell'epoca era sostanzialmente negativo, mentre con l'aumento di capitale di 940 000 000 DR da parte dell'OAE e la conseguente conversione dei debiti in azioni è stato dato avvio ad un miglioramento nel corso degli affari, cosicché l'impresa potrà essere venduta a terzi a condizioni convenienti, che consentiranno di estinguere i debiti e di assicurare un corrispettivo economico ai vecchi azionisti in base al numero di azioni che continuano a possedere».

Muovendosi in tale prospettiva, detto giudice ha pertanto ritenuto necessario, ai fini della soluzione della causa dinanzi ad esso pendente, chiedere alla Corte di chiarire se, in che misura ed a quali condizioni sia possibile fare applicazione della nozione di abuso di diritto anche in ipotesi in cui la posizione giuridica invocata sia attribuita dal diritto comunitario. Più precisamente, esso ha posto alla Corte due quesiti pregiudiziali, così formulati:

«1) Se sia riconosciuta al giudice nazionale la possibilità di applicare una disposizione di diritto interno (nella fattispecie l'art. 281 del codice civile) al fine di valutare se un diritto conferito dalle disposizioni comunitarie di cui trattasi nella fattispecie sia esercitato dalla parte che ne è titolare in maniera abusiva, ovvero se vi siano altri principi di legge o consolidati in diritto comunitario, e quali siano, sui quali il giudice nazionale può, caso per caso, fondarsi.

2) In caso di risposta negativa, qualora cioè la Corte di giustizia intenda riservare a sé stessa la giurisdizione in materia, ad esempio per ragioni di uniformità nell'applicazione della normativa comunitaria, se le circostanze di fatto — come esposte dallo Stato convenuto appellato, in quanto parte che solleva l'eccezione — che hanno costituito oggetto di prova nella precedente sentenza n. 5943/1994 di questa Corte, sinteticamente richiamate nel precedente paragrafo della presente ordinanza, o talune di queste e quali, possano sconsigliare l'accoglimento dell'azione fondata sulla dedotta violazione dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva del Consiglio 77/91/CEE».

Sul primo quesito

11. Il giudice di rinvio chiede dunque alla Corte, con il primo quesito, di chiarire se l'eventuale esercizio abusivo di un diritto attribuito da una disposizione comunitaria possa essere da lui valutato alla luce delle norme rilevanti del proprio ordinamento interno ovvero se una tale verifica debba avvenire, precisamente perché la posizione giuridica invocata in giudizio ha origine comunitaria, in base a principi generali fatti propri dallo stesso ordinamento comunitario.

All'evidenza, la questione dell'abuso di diritto è posta dal giudice nazionale in termini generali, indipendentemente cioè dalla disposizione comunitaria fatta valere nella specie e dalla norma nazionale che regola, nell'ordinamento interno di cui si tratta, l'abuso di diritto. Ciò che viene chiesto, infatti, è se la competenza a pronunciarsi sull'esistenza di un abuso di diritto spetti al giudice nazionale e se quest'ultimo possa, a tal fine, applicare le norme del proprio ordinamento o se invece è tenuto a fondarsi su principi generali dell'ordinamento comunitario che eventualmente rilevino in materia e la cui definizione spetta alla Corte.

12. Una prima precisazione si impone. È pacifico, trattandosi di un procedimento pregiudiziale, che la competenza a decidere se nella specie sussista o no un abuso di diritto spetta pur sempre al giudice nazionale: e ciò sia che la relativa verifica avvenga in base a norme nazionali, sia che venga effettuata alla luce di parametri comunitari. È appena il caso di aggiungere, poi, che nell'un caso come nell'altro resta ferma la competenza interpretativa della Corte, sia pure sotto profili diversi, al fine di garantire che la disposizione comunitaria invocata in giudizio sia correttamente interpretata ed applicata.

Il quesito in oggetto va pertanto correttamente inteso nel senso che si tratta di stabilire in base alle norme di quale ordinamento, nazionale o comunitario, va verificata la sussistenza di un abuso di diritto. A tal fine, è tuttavia necessario accertare, in via preliminare, se l'ordinamento giuridico comunitario consenta a che l'applicazione delle sue disposizioni sia condizionata, e se del caso paralizzata, in nome dell'abuso di diritto.

13. Ciò precisato, il punto di partenza di un tale esame non può che essere costituito dalla sentenza Pafitis [15], in cui la Corte ha avuto modo di prendere posizione su una fattispecie del tutto analoga a quella che ci occupa. In tale occasione, con la precisazione che l'applicazione di una norma nazionale sull'abuso di diritto non può comunque rivelarsi tale da pregiudicare la piena efficacia e l'applicazione uniforme del diritto comunitario, la Corte si è invero limitata a verificare se nella specie sussistessero gli estremi per considerare che il diritto di cui all'art. 25, n. 1, della seconda direttiva fosse stato esercitato in maniera abusiva. Fondandosi sull'interpretazione della disposizione comunitaria in questione, essa ha risolto tale questione in senso negativo.

Nella stessa occasione, la Corte, come già ricordato, ha espressamente sottolineato di non ritenere necessario accertare se l'ordinamento giuridico comunitario consenta o no di applicare una norma nazionale al fine di verificare se un diritto attribuito da disposizioni comunitarie sia stato esercitato in maniera abusiva. In buona sostanza, dunque, pur lasciando aperta la questione di principio, la Corte ha escluso che l'azione degli azionisti, tesa ad ottenere l'annullamento dell'aumento di capitale deliberato in violazione dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva, potesse essere qualificata come abusiva; e ciò fondandosi sul rilievo che l'applicazione di una tale norma nazionale, quand'anche consentita, sarebbe stata tale da pregiudicare la piena efficacia e l'uniforme applicazione del diritto comunitario.

14. Applicando una tale soluzione al caso che ci occupa, va da sé che la risposta non potrebbe che essere la stessa, nel senso che, ora come allora, dovrebbe escludersi che il diritto di cui all'art. 25, n. 1, della seconda

15 — Ricordo inoltre che nella sentenza Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias (citata alla nota 2), la Corte non ha affrontato il problema in ragione del fatto che lo stesso, pur sollevato dinanzi alla Corte dalle parti nella causa principale, non era oggetto di alcun quesito pregiudiziale (punto 18). Al riguardo v. anche le conclusioni da me presentate relativamente a tale causa (Racc. 1992, pag. I-2126, punto 8).

direttiva sia stato esercitato in maniera abusiva dagli azionisti ricorrenti. Una tale risposta, indubbiamente sufficiente ai fini della soluzione del caso di specie, potrebbe tuttavia apparire riduttiva, atteso che il giudice di rinvio chiede alla Corte di chiarire il punto lasciato aperto nella sentenza Pafitis, dunque di precisare se l'ordinamento giuridico comunitario consenta o no l'applicazione di una norma nazionale relativa all'abuso di diritto, beninteso allorché sono in gioco diritti conferiti da disposizioni comunitarie, ovvero se l'esercizio abusivo di un diritto possa essere sindacato solo in base a parametri comunitari.

15. Tutto ciò premesso, rilevo anzitutto che ammettere che una norma nazionale, nella specie relativa all'abuso di diritto, possa avere come conseguenza il consolidamento di una violazione del diritto comunitario, nella specie della norma che riserva all'assemblea le decisioni relative all'aumento di capitale, equivarrebbe a disconoscere il principio fondamentale del primato del diritto comunitario sul diritto interno [16]. Va da sé, infatti, che si renderebbe in tal modo inoperante la disposizione comunitaria di cui si tratta, in virtù di un principio nazionale di diritto materiale che vi si oppone, ciò che pregiudicherebbe inevitabilmente la piena efficacia e l'applicazione uniforme del diritto comunitario. Un conflitto di tale tipo, perché di conflitto si tratta, andrebbe dunque risolto in base al principio del primato del diritto comunitario.

16. Una tale conclusione trova conferma nella posizione assunta dalla Corte in un'ipotesi in cui il giudice nazionale chiedeva di poter fare applicazione del «principio di iniquità obiettiva», ciò che avrebbe comportato la disapplicazione di una norma comunitaria. La Corte, infatti, non ha mancato di sottolineare che sarebbe in contrasto con la ripartizione delle competenze fra la Comunità e gli Stati membri ammettere «che un'autorità nazionale abbia il diritto o addirittura il dovere di disapplicare una norma comunitaria qualora ritenga che l'applicazione della stessa porterebbe ad un risultato che il legislatore comunitario avrebbe palesemente cercato di evitare se avesse contemplato una siffatta possibilità al momento dell'adozione della norma. L'accoglimento di un simile principio generale potrebbe impedire che le disposizioni comunitarie spieghino la loro intera efficacia negli Stati membri e lederebbe il principio fondamentale dell'applicazione uniforme del diritto comunitario nell'intera Comunità» [17].

Nello stesso senso, peraltro, la Corte si era già espressa in una precedente sentenza in cui, chiamata a decidere se fosse possibile accordare l'esenzione da contributi dovuti in forza del diritto comunitario in base a motivi di equità, aveva sottolineato, da un lato, che l'applicazione d'una norma di equità prevista da una legislazione nazionale può eventualmente essere giustificata sotto il profilo delle

16 — Sul punto, v. anche quanto da me rilevato nelle conclusioni relative alla causa Pafitis (Racc. 1996, pag. I-1349, punto 27).

17 — Sentenza 14 novembre 1985, causa 299/84, Neumann (Racc. pag. 3663, punto 25). Nella stessa sentenza, la Corte ha tuttavia aggiunto che «il diritto comunitario offre ai giudici degli Stati membri una soluzione perfettamente conforme alla ripartizione delle competenze fra la Comunità e gli Stati membri. Il giudice infatti (...) può rivolgersi alla Corte a norma dell'art. 177 del trattato, onde ottenere l'interpretazione della norma comunitaria, oppure, eventualmente, la dichiarazione d'invalidità della stessa che consenta di evitare l'iniquità ch'esso ritenga di aver rilevato» (punto 26).

formalità relative alla percezione di un contributo istituito dal diritto comunitario; dall'altro, che «la possibilità di prendere in considerazione una siffatta norma è viceversa esclusa, se ed in quanto ciò produca l'effetto di modificare la portata delle disposizioni del diritto comunitario relative all'imponibile, alle condizioni d'imposizione o all'importo di un contributo istituito da quest'ultimo» [18].

17. La giurisprudenza appena richiamata evidenzia dunque che una norma nazionale non può trovare applicazione qualora modifichi la portata della disposizione comunitaria di cui si tratta, vale a dire qualora ne pregiudichi la piena efficacia e l'applicazione uniforme: in definitiva, qualora sia tale da mettere in iscacco il primato del diritto comunitario.

In questa stessa logica, a ben vedere, la Corte si è mossa anche nella sentenza Pafitis. Affermando che l'art. 25, n. 1, si applica indistintamente a tutti gli azionisti e indipendentemente dall'esito di un'eventuale procedura di risanamento e che, pertanto, «il fatto di qualificare un ricorso basato sull'art. 25, n. 1, come abusivo per tali motivi verrebbe a modificare la portata di tale disposizione» [19], la Corte ha infatti messo in evidenza, ancora una volta, che l'applicazione di una norma o di un principio di diritto nazionale non può comunque essere tale da condurre l'ordinamento giuridico comunitario a "benedire" una violazione delle proprie disposizioni.

18. Sulla base delle considerazioni che precedono, è possibile dunque arrivare ad una prima conclusione: il diritto comunitario non consente al giudice nazionale di fare applicazione di una norma nazionale qualora tale norma implichi una soluzione non conforme al diritto comunitario. Ciò è quanto si verifica sicuramente nella specie, atteso che — come risulta da una costante giurisprudenza e come riconosciuto dallo stesso giudice nazionale nell'ordinanza di rinvio — la normativa nazionale che attraverso la norma sull'abuso di diritto si intende salvaguardare è in aperto contrasto con l'art. 25, n. 1, della seconda direttiva, norma invocata in giudizio dagli azionisti ricorrenti al preciso scopo di reagire alla violazione in questione.

Una tale conclusione non costituisce tuttavia una risposta esauriente al quesito posto dal giudice *a quo*, atteso che quest'ultimo si interrroga anche sull'esistenza di principi comunitari idonei a sanzionare ipotesi di abuso di diritto. Certo, riesce difficile anche solo ipotizzare l'esistenza di un principio generale di diritto comunitario che implichi la negazione di un diritto attribuito da una disposizione comunitaria, peraltro in un settore armonizzato quale quello societario qui in discussione, a fronte di una normativa nazionale che quel diritto ha violato. Ritengo

18 — Sentenza 28 giugno 1977, causa 118/76, Balkan Import-Export (Racc. pag. 1177, punto 5).

19 — Sentenza Pafitis (citata alla nota 2), punto 70.

nondimeno doveroso, tenuto conto dei termini e della portata del quesito in oggetto, svolgere qualche riflessione al riguardo.

19. Comincio col ricordare che nella prassi comunitaria la rilevanza e l'applicazione di principi non scritti hanno assunto non poco rilievo; e ciò nonostante l'assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso. Oltre che come criteri interpretativi, si tratta di principi essenzialmente utilizzati al fine di individuare i limiti all'esercizio di poteri da parte dell'amministrazione nei confronti degli amministrati e, più in generale, per determinare la legittimità di un atto o di un comportamento di un'istituzione comunitaria o di uno Stato membro.

Tali principi, è bene precisarlo, sono il risultato di una mera rilevazione del giudice, come accade in qualsiasi esperienza nazionale, e costituiscono dunque principi propri del diritto comunitario, nel senso che non sono affatto presi in prestito di volta in volta da altri sistemi giuridici. In buona sostanza, dunque, nella rilevazione e determinazione dei principi generali la Corte si ispira sì alle esperienze giuridiche nazionali, ma pur sempre adattando lo specifico principio di cui si tratta alle esigenze, al funzionamento ed agli obiettivi della Comunità.

20. Al riguardo, non è poi superfluo aggiungere che la circostanza che la sola norma comunitaria che rinvia ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», vale a dire l'art. 215 del Trattato, abbia una portata circoscritta alla materia della responsabilità extracontrattuale della Comunità ed alla definizione del conseguente obbligo risarcitorio non va certo intesa nel senso che alla Corte sarebbe preclusa la possibilità di far riferimento alle esperienze giuridiche nazionali nel procedere alla rilevazione ed all'applicazione, nell'ordinamento comunitario, di principi non scritti. Invero, il riferimento ai principi generalmente accolti costituisce una costante della giurisprudenza comunitaria in cui è rinvenibile l'affermazione di principi generali non scritti. La stessa Corte, peraltro, non ha mancato di sottolineare espressamente che le spetta, «nell'espletamento del compito conferitole dall'art. 164 del Trattato, statuire (...) avvalendosi dei canoni interpretativi generalmente accolti, facendo ricorso in particolare ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, ai principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri» [20].

Tale affermazione, a mio avviso, non va tuttavia intesa nel senso che esisterebbero due diverse categorie di principi generali, vale a dire quelli propri dell'ordinamento comunitario e quelli ricavati dalle esperienze giuridiche nazionali. Certo, è ben vero che alcuni principi trovano un fondamento nelle stesse norme del Trattato o comunque sono ad esse riconducibili (mi riferisco, ad esempio, al principio di proporzionalità), mentre altri

20 — Sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame e a. (Racc. pag. I-1029, punto 27). V. inoltre il punto 41 della stessa sentenza, in cui la Corte ha affermato che essa fa riferimento, in mancanza di norme scritte, ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri anche in settori del diritto comunitario diversi da quello della responsabilità extracontrattuale.

sono stati rilevati e determinati con riferimento alle esperienze giuridiche nazionali (mi riferisco, ad esempio, al principio del legittimo affidamento). Resta, nondimeno, che in entrambe le ipotesi si tratta di principi fatti propri dall'ordinamento comunitario, vale a dire di principi che, una volta enucleati, ne costituiscono parte integrante.

21. È alla luce di questi rilievi di carattere generale, dunque, che occorre ora chiedersi se sussistano le condizioni, dal punto di vista del diritto comunitario, per costruire e/o individuare un principio generale di diritto relativo all'abuso di diritto. Un risultato del genere è stato di recente auspicato anche in dottrina [21].

Orbene, nelle conclusioni relative alla causa Pafitis, pur rilevando che l'esercizio abusivo di un diritto da parte del suo titolare può essere censurato, anche se con modalità ed in circostanze talvolta diverse, nella quasi totalità degli Stati membri, aggiungevo subito che una disciplina comunitaria di tale istituto non era al momento ravvisabile [22]. Non ho cambiato idea, nel senso che non ritengo siano nel frattempo maturate le condizioni per "consacrare", nell'ordinamento comunitario, un principio generale in base al quale possa essere negato, in quanto abusivo, l'esercizio di un diritto attribuito da una disposizione comunitaria.

22. Le ragioni che mi inducono ad una siffatta conclusione sono più d'una. Anzitutto, ritengo che non esistano le condizioni per pervenire ad una definizione comune della categoria dell'abuso di diritto, definizione che tragga ispirazione dalle esperienze giuridiche nazionali. Una ricognizione, sia pure approssimativa, del modo di essere e di funzionare di tale istituto nei diversi Stati membri non fa che confermarlo.

Se è vero, infatti, che la maggior parte degli Stati membri conosce la nozione dell'abuso di diritto [23], è altresì vero che in alcuni di essi tale categoria giuridica, lungi dall'assumere la valenza di un principio generale dell'ordinamento, si limita a regolare ipotesi specifiche

21 — V. L. Neville Brown, *Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?*, in *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Dordrecht/Boston/London, 1994, pag. 511 ss.

22 — Ed è precisamente per tale motivo che pervenivo alla conclusione che è in base al proprio ordinamento giuridico che il giudice nazionale può, in via di principio, valutare la sussistenza di un esercizio abusivo di un diritto conferito da una disposizione comunitaria (v. conclusioni relative alla causa Pafitis, citate alla nota 16, punto 28). Una siffatta valutazione, come precisato nelle stesse conclusioni, non può tuttavia, in nessun caso, condurre a disconoscere le finalità della disposizione di cui si tratta e, di conseguenza, la sua uniforme applicazione in tutti gli Stati membri: risultato che manifestamente si sarebbe verificato nella specie (v. punti 30-33).

23 — Va nondimeno precisato che tale categoria giuridica non è affatto presente, non in quanto tale, nel diritto del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca.

e puntuali previste dalla legge [24]. A ciò si aggiunga che variano sensibilmente da uno Stato all'altro lo stesso contenuto e le modalità di applicazione di un tale "principio" [25].

23. Certo, non mi nascondo che un tale stato di cose non è affatto decisivo. Al riguardo, basti invero ricordare, oltre a quanto già detto, che la rilevazione di un principio generale a livello comunitario non richiede necessariamente che il principio di cui si tratta sia presente in tutti gli ordinamenti nazionali e risponda alle stesse condizioni e modalità di applicazione. Si tratta, infatti, di principi che vanno inseriti nel sistema comunitario e che, dunque, acquistano una loro autonomia in funzione della struttura e degli obiettivi di tale sistema.

L'impossibilità di pervenire ad una definizione comune e, al contempo, puntuale e dettagliata dell'abuso di diritto attraverso un richiamo ai principi generali comuni agli Stati membri, ciò che ha comunque una sua importanza, non è tuttavia il solo motivo che mi induce a negare la configurabilità di un siffatto principio nell'ordinamento comunitario. Ritengo, infatti, che le stesse caratteristiche e la ragion d'essere di un principio relativo all'abuso di diritto evidenziano che si tratta di una categoria giuridica che ha un sicuro, o quantomeno fondato, diritto di cittadinanza in ordinamenti giuridici consolidati, ma molto meno in un sistema quale quello comunitario, in cui il processo di evoluzione verso l'integrazione è lungi dal poter essere considerato completato. Più in generale, ritengo che il rischio di incontrare una lacuna nel sistema — cui in definitiva il principio dell'abuso intende ovviare, al pari di tutte le norme c. d. di chiusura — sia molto minore o del tutto assente in un sistema giuridico quale quello comunitario, in cui l'opera interpretativa del giudice e la prassi in genere riescono più facilmente ed immediatamente ad adeguare il sistema alle esigenze del corpo sociale.

24. Ciò detto, è pur vero che ogni ordinamento che aspiri ad un minimo di completezza deve contenere delle misure, per così dire, di autotutela, al fine di evitare che i diritti da esso attribuiti siano esercitati in maniera abusiva, eccessiva o distorta. Una tale esigenza non è affatto estranea all'ordinamento comunitario, tant'è vero che ha trovato riconoscimento in più occasioni nella stessa giurisprudenza della Corte.

Mi riferisco, anzitutto, a quel consolidato filone giurisprudenziale in base al quale «le possibilità offerte dal Trattato CEE non

24 — È questo il caso, ad esempio, dell'ordinamento italiano, in cui la nozione di abuso di diritto concerne unicamente il diritto di proprietà (art. 833 del codice civile). Del pari, anche a voler ricondurre concettualmente alla nozione di abuso di diritto le ipotesi in cui gli ordinamenti giuridici del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca sanzionano determinati comportamenti, resta che si tratta di ipotesi circoscritte a determinate materie.

25 — Al riguardo, va rilevato, con la precisazione che si tratta comunque di una semplificazione, che in alcuni ordinamenti l'abuso di diritto qualifica un comportamento che va al di là dei limiti dell'esercizio del diritto di cui si tratta (Belgio, Spagna, Lussemburgo e Portogallo), mentre in altri è riferito ad un comportamento contrario alla buona fede e al buon costume (Germania, Grecia, Portogallo). Inoltre, allorché in alcuni ordinamenti l'individuazione dell'esercizio abusivo di un diritto è fondata su elementi solo oggettivi (Germania, Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Grecia, Spagna e Portogallo), in altri è richiesta la presenza di elementi soggettivi, in particolare l'intento di nuocere ad altri soggetti (Italia e, secondo una parte della dottrina, Francia).

possono avere l'effetto di consentire alle persone che ne fruiscono di sottrarsi abusivamente all'applicazione delle normative nazionali e di vietare agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per evitare tali abusi» [26]. Del pari, la Corte ha avuto modo di chiarire che agli ordinamenti giuridici nazionali è consentito negare la possibilità di avvalersi del diritto comunitario nel caso in cui sia dimostrato che un comportamento, da parte del soggetto che invoca una posizione giuridica attribuita da una disposizione comunitaria, sia in frode alla legge [27].

25. Più in generale, giova richiamare l'affermazione della Corte secondo cui, anche se «i giudici nazionali possono tener conto, basandosi su elementi obiettivi, del comportamento abusivo o fraudolento dell'interessato per negargli eventualmente la possibilità di fruire delle disposizioni di diritto comunitario invocate, tuttavia, nel valutare tale comportamento, essi devono tener presenti le finalità perseguite dalle disposizioni di cui trattasi» [28].

In buona sostanza, dunque, la Corte riconosce al giudice nazionale la possibilità di sanzionare un uso distorto o eccessivo del diritto comunitario unicamente allorché non ne risultino pregiudicate le finalità perseguite da tale norma, in particolare nelle ipotesi in cui la norma invocata è solo "apparentemente" quella che regola la fattispecie ovvero quando la situazione in cui versa il titolare del diritto invocato in giudizio è solo "apparentemente" conforme a quanto prescritto dalla norma in questione. Ciò significa, a ben vedere, che la Corte riserva a se stessa, com'è giusto che sia, la definizione dell'ambito sostanziale del diritto comunitario controverso, vale a dire dei limiti intrinseci alla posizione giuridica soggettiva di cui si tratta. La possibilità di negarne l'invocabilità è pertanto ammessa solo quando sia dimostrato che quei limiti sono stati superati. In tale prospettiva, la questione dell'abuso di diritto eventualmente eccepita in base a norme dell'ordinamento nazionale finisce col risolversi,

26 — Sentenza 7 luglio 1992, causa C-370/90, Singh (Racc. pag. 4265, punto 24). Nello stesso senso v., tra le altre, sentenze 3 dicembre 1974, causa 33/74, Van Binsbergen (Racc. pag. 1299, punto 13); 7 febbraio 1979, causa 115/78, Knoors (Racc. pag. 399); 4 dicembre 1986, causa 205/84, Commissione/Germania (Racc. pag. 3755, punto 22); 3 febbraio 1993, causa C-148/91, Veronica (Racc. pag. I-487, punto 12); nonché, da ultimo, sentenza 5 ottobre 1994, causa C-23/93, TV10 (Racc. pag. I-4795, punto 21).

27 — È questo il caso della sentenza 3 marzo 1993, causa C-8/92, General Milk Products (Racc. pag. I-779), in cui la Corte ha rilevato che «diversa potrebbe essere la conclusione solo se fosse provato che l'importazione e la riesportazione di questi formaggi non sono state effettuate nell'ambito di operazioni normali, ma soltanto per *beneficiare illegittimamente* della concessione di ICM. Le valutazioni di fatto necessarie alla verifica del carattere reale di tali operazioni rientrano nella competenza del giudice a quo» (punto 21; il corsivo è mio). È questo altresì il caso della sentenza 27 settembre 1989, causa 130/88, Van de Bijl (Racc. pag. 3039, punto 26), in cui la Corte ha riconosciuto che lo Stato membro ospitante non è vincolato ad un certificato che attesti che la persona che lo produce ha svolto un periodo di attività professionale nello Stato membro di provenienza, qualora sia «pacifico che nel corso di questo stesso periodo tale persona ha svolto attività professionali nel territorio dello Stato membro ospitante» (punto 27). Nella stessa ottica va inoltre considerata la sentenza 2 maggio 1996, causa C-206/94, Paletta II (Racc. pag. I-2357), in cui la Corte ha affermato che la disposizione comunitaria invocata nella specie «non osta a che il datore di lavoro possa produrre elementi di prova che consentano, eventualmente, al giudice nazionale di accertare la sussistenza di un *comportamento abusivo o fraudolento* risultante dal fatto che il lavoratore, nonostante dichiari un'inabilità al lavoro comprovata conformemente all'art. 18 del regolamento n. 574/72, non è stato malato» (punto 27; il corsivo è mio).

28 — Sentenza Paletta II (citata alla nota precedente), punto 25. È così che rispetto al caso di specie la Corte ha affermato che la presunta esistenza di un comportamento abusivo da parte del titolare della posizione giuridica attribuita dal diritto comunitario non potesse comunque essere tale da condurre a richiedere al lavoratore di provare, attraverso mezzi ulteriori e diversi da quelli richiesti dalla norma comunitaria applicabile nella specie, l'effettività della malattia. E ciò precisamente perché, in tal modo, si sarebbe finito con lo svuotare di contenuto la finalità di tale norma, che consiste appunto nel consentire al lavoratore che si ammala in altro Stato membro di limitarsi a presentare un certificato medico redatto dalle competenti autorità di tale Stato. A ben vedere, dunque, ciò che si ipotizzava nella fattispecie non era un abuso di diritto nel senso corretto dell'espressione, bensì una truffa.

allorché è in gioco una situazione giuridica attribuita dal diritto comunitario, in una questione di interpretazione della norma comunitaria di cui si tratta.

26. Una siffatta lettura della giurisprudenza appena richiamata trova conferma, a mio avviso, in una recente sentenza in cui la Corte si è espressamente pronunciata sulla sussistenza di un esercizio abusivo del diritto. Nella specie, un lavoratore turco intendeva prolungare il suo soggiorno in Germania nonostante avesse espressamente dichiarato di ritornare in Turchia dopo un periodo di formazione professionale nel primo Stato ed avesse ottenuto un permesso di soggiorno temporaneo dalle competenti autorità a seguito ed in funzione di una tale dichiarazione; ed invocava a tal fine la pertinente disposizione "comunitaria" [29]. La risposta della Corte è stata chiara e precisa nel senso che «il fatto che un lavoratore turco voglia prolungare il suo soggiorno nello Stato membro ospitante, pur avendone espressamente accettato il carattere limitato, non costituisce un abuso». Essa ha poi aggiunto che la circostanza che tale lavoratore abbia espresso l'intenzione di far ritorno in Turchia dopo aver esercitato nello Stato membro ospitante un'attività lavorativa subordinata al fine di perfezionare le sue qualifiche professionali sarebbe tale da privare l'interessato della possibilità di fruire dei diritti sanciti dall'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80 «soltanto qualora venisse accertato dal giudice nazionale che questa dichiarazione era stata resa *al solo scopo di ottenere indebitamente* titoli di lavoro e di soggiorno nello Stato membro ospitante» [30].

Ancora una volta, dunque, la Corte ha preliminarmente proceduto a definire lo scopo della norma in questione e a tracciarne i limiti intrinseci, per poi lasciare al giudice nazionale la possibilità di sanzionarne l'invocabilità nella sola ipotesi in cui quei limiti risultassero superati, nella specie qualora fosse dimostrato il comportamento fraudolento del lavoratore.

27. In buona sostanza, dunque, la Corte ha finora ammesso che ciascun ordinamento nazionale ben può utilizzare le proprie norme di diritto comune (che si tratti di norme che sanzionano la «frode alla legge», la «simulazione» e, perché no, lo stesso «abuso di diritto») per negare l'invocabilità di norme comunitarie in ipotesi ben circoscritte, in cui, in ultima analisi, tali norme non hanno vocazione ad essere applicate e, pertanto, non può esservi alcuna incidenza negativa sull'uniformità di applicazione del diritto comunitario. In tali ipotesi, lo ripeto, può comunque rivelarsi necessario l'intervento interpretativo della Corte, al fine di definire gli obiettivi e i limiti della norma di

29 — Sentenza 30 settembre 1997, causa C-36/96, Faik Günaydin e a. (Racc. pag. I-5143). Più precisamente, alla Corte veniva chiesto «se si possa eccepire un abuso di diritto ad una domanda proposta ex art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80 nel caso in cui il lavoratore turco abbia dichiarato espressamente che intendeva tornare in Turchia dopo essersi preparato ad un'attività da svolgere in tale Stato e solo in considerazione di tale dichiarazione l'autorità competente in materia di immigrazione abbia autorizzato il suo soggiorno temporaneo in Germania».

30 — Idem, punto 61; il corsivo è mio.

cui si tratta ed evitare così che siano disconosciute le esigenze che il diritto comunitario intende salvaguardare, esigenze che nel caso che ci occupa vanno ricondotte al processo di armonizzazione nel settore societario.

In definitiva, ritengo che un principio generale di diritto comunitario che sanzioni l'esercizio abusivo di una situazione giuridica attribuita dal diritto comunitario non sia al momento rinvenibile nell'ordinamento comunitario e che, quand'anche ne fosse rilevata l'esistenza, esso non potrebbe comunque essere utilizzato in modo tale da avere come risultato di "avallare" una violazione di una norma comunitaria, ciò che diversamente si verificherebbe nella specie. Tenuto conto della formulazione del quesito in oggetto, aggiungo, infine, che neppure è possibile far riferimento, nella specie, a principi consolidati del diritto comunitario, quale quello di proporzionalità, di certezza del diritto e di legittimo affidamento. Invero, non mi sembra neppure ipotizzabile che detti principi possano essere utilizzati per rendere inoperante la tutela garantita ai singoli dal diritto comunitario, tantomeno per "benedire" e consolidare una violazione accertata dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva.

Sul secondo quesito

28. Con il secondo quesito, lo ricordo, il giudice di rinvio chiede alla Corte — per il caso in cui la competenza a valutare l'esistenza di un abuso di diritto gli sia preclusa in base alle norme del proprio ordinamento, ciò che implicherebbe che l'abuso di diritto potrebbe essere sanzionato esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento comunitario e dal giudice comunitario — se nella specie sussistano o no i presupposti per considerare che il diritto attribuito agli azionisti dall'art. 25, n. 1, della seconda direttiva sia stato esercitato in maniera abusiva.

Tenuto conto della conclusione cui sono pervenuto in relazione al primo quesito, non mi sembra che occorra pronunciarsi al riguardo. Peraltro, il problema relativo all'applicazione della norma greca sull'abuso di diritto al fine di bloccare l'invocazione in giudizio della norma di cui all'art. 25, n. 1, della seconda direttiva è stato già affrontato e risolto dalla Corte nella sentenza Pafitis [31]. Mi limiterò pertanto a qualche breve considerazione.

29. Secondo il giudice greco, lo ricordo, il tentativo degli azionisti di opporsi ad un aumento del capitale sociale configurerebbe un abuso di diritto in quanto, in primo luogo, gli azionisti stessi ne avrebbero tratto evidenti vantaggi in termini economici; in secondo luogo, in quanto i ricorrenti non avrebbero esercitato un diritto di opzione rispetto alle nuove azioni emesse a seguito dell'aumento di capitale.

31 — Sentenza citata alla nota 2, punto 70.

30. Orbene, nella misura in cui si riconduce l'abuso di diritto alla situazione di dissesto finanziario in cui versava la società, mi sembra che obiettivo degli appellati nella causa principale sia non tanto contestare l'esercizio del diritto da parte degli azionisti quanto la norma della direttiva stessa, che, come più volte ribadito dalla Corte, non consente un aumento del capitale sociale che non sia deciso dall'assemblea, anche qualora si tratti di imprese in crisi sottoposte a regime speciale. All'evidenza, le prove apportate dal governo ellenico, tutte concernenti la situazione di dissesto in cui versava la società, non possono essere considerate idonee a qualificare in un modo piuttosto che in un altro il comportamento degli azionisti che hanno subito l'aumento di capitale.

Inoltre, ad ulteriore conferma di questa conclusione, non va sottovalutata la circostanza che il risultato dell'intervento di risanamento non è prevedibile *a priori* e che, pertanto, sarebbe arbitrario valutare *ex post* l'intenzione degli azionisti, in particolare alla luce dei risultati positivi ottenuti grazie all'intervento governativo. In ogni caso, poi, sarebbe singolare ancorare il carattere abusivo dell'esercizio del diritto alla circostanza che l'intervento sul capitale abbia condotto ad un miglioramento della situazione patrimoniale della società, cioè precisamente al raggiungimento dello scopo principale perseguito attraverso un aumento del capitale sociale.

31. Né mi sembra che ai ricorrenti possa essere imputato un esercizio abusivo del diritto attribuito dalla norma comunitaria in ragione del fatto che non si sono avvalsi del diritto di opzione sulle azioni di nuova emissione in occasione dell'aumento di capitale controverso.

Sul punto, ritengo sufficiente limitarmi ad osservare che l'esercizio del diritto di opzione sulle nuove azioni avrebbe comportato, da parte degli azionisti, un avallo della decisione di aumentare il capitale senza il consenso dell'assemblea, decisione che gli stessi azionisti hanno invece contestato precisamente perché in violazione dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva. In tali condizioni, sarebbe pertanto singolare, se non addirittura paradossale, qualificare come abusivo l'esercizio del diritto conferito agli azionisti da tale disposizione, allorché gli stessi hanno inteso reagire alla violazione di tale diritto, violazione realizzata attraverso l'aumento del capitale sociale per via amministrativa, dunque senza il loro consenso. Diversamente, infatti, verrebbe ad essere modificata la portata della disposizione comunitaria in parola: si perverrebbe dunque ad un risultato non conforme a quello voluto dal diritto comunitario attraverso l'armonizzazione delle norme societarie in questione.

Conclusione

32. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo pertanto alla Corte di rispondere come segue ai quesiti posti dall'Efeteio di Atene:

«1) Il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma interna che consenta al giudice nazionale di verificare se un diritto conferito da una disposizione comunitaria sia stato esercitato dal titolare in maniera abusiva, ogniqualvolta risulti in tal modo compromessa la piena efficacia e l'applicazione uniforme della stessa. Ai fini di una tale verifica, detto giudice neppure può fondarsi su principi generali di diritto comunitario.

2) L'esercizio del diritto attribuito agli azionisti dall'art. 25, n. 1, della seconda direttiva, in base al quale l'aumento del capitale sociale va deciso esclusivamente dall'assemblea, non può essere qualificato come abusivo per il solo fatto che gli stessi azionisti abbiano tratto vantaggi dall'aumento di capitale, deciso in violazione di tale disposizione, o non si siano avvalsi del diritto di opzione nell'acquisto delle nuove azioni».