CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GIUSEPPE TESAURO
presentate il 9 novembre 1995 *

1. Con i quesiti pregiudiziali oggetto della presente procedura, il Tribunale di primo grado di Atene chiede alla Corte di interpretare talune disposizioni 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'art. 58, secondo comma, del Trattato per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi quanto alla costituzione della società per azioni, nonché alla salvaguardia ed alle modificazioni del capitale sociale della stessa [1] (in prosieguo: la «seconda direttiva»).

I fatti ed il contesto normativo nazionale

2. In Grecia le banche sono costituite obbligatoriamente nella forma di società per azioni e, pertanto, sono soggette alla normativa generale relativa a tali società, oltre che a talune disposizioni speciali applicabili agli istituti di credito [2].

In condizioni normali, l'unico organo autorizzato ad apportare modifiche allo statuto e al capitale sociale è l'assemblea degli azionisti.

Il giudice greco si interroga, in particolare, sulla compatibilità della legislazione nazionale sul risanamento degli enti creditizi con gli artt. 25, n. 1 (competenza esclusiva dell'assemblea degli azionisti in ordine alle modifiche del capitale sociale), e 29, n. 3 (modalità di comunicazione agli azionisti dell'offerta di sottoscrizione di nuove azioni in opzione), della seconda direttiva.

3. In determinati casi previsti dalla legge, le banche possono essere sottoposte ad un regime di gestione commissariale permanente. Ciò può verificarsi, in particolare, quando un istituto si trova nell'impossibilità, o si rifiuta, di aumentare il capitale sociale; quando ostacola la vigilanza che su di esso è

* Lingua originale: l'italiano.

1 — GU L 26, pag. 1.

2 — Il quadro legislativo qui appresso brevemente descritto risulta essenzialmente dal combinato disposto delle seguenti disposizioni: legge n. 2190/1920, artt. 29 e 31; legge speciale n. 1665/1951, art. 8, nn. 1 e 3; decreto presidenziale n. 861/1975, art. 1, nn. 1 e 3, convertito con legge n. 236/1975.

incaricata di esercitare la commissione monetaria; ovvero quando vìola una qualsiasi disposizione adottata da quest'ultima.

In questi casi, inoltre, il governatore della Banca di Grecia, qualora lo ritenga necessario e urgente al fine di salvaguardare l'interesse dello Stato, della banca o dei terzi, nonché di prevenire eventuali effetti dannosi per il mercato finanziario o per l'economia in generale, può nominare un commissario provvisorio.

A partire dalla nomina, ratificata con legge, al commissario provvisorio vengono attribuiti *ipso iure* tutti i poteri e le competenze degli organi statutari per l'amministrazione della società, compresi quelli dell'assemblea.

4. Successivamente ai fatti di causa, la legislazione greca è stata modificata con legge n. 2114/1993, il cui art. 3 ha abrogato le disposizioni che autorizzavano la nomina di commissari provvisori presso gli istituti di credito.

A tale proposito, emerge dal contenuto di un comunicato stampa della Commissione del 6 aprile 1993, allegato alle osservazioni dei ricorrenti nel giudizio principale, che gli emendamenti alla normativa in parola sono stati apportati a seguito dell'apertura di una procedura di infrazione (91/711-A) nei confronti della Repubblica ellenica per violazione dell'art. 25 della seconda direttiva. Nel comunicato, la Commissione informa di aver archiviato la procedura, avendo preso atto delle modifiche apportate alla legislazione greca, nonché dell'impegno espressamente preso dalle autorità greche di rispettare l'art. 25 della seconda direttiva anche con riferimento alle società bancarie.

5. Nel 1984, in applicazione della legislazione oggi in discussione, il governatore della Banca di Grecia sottoponeva la banca Trapeza Kentrikis Ellados (in prosieguo: la «TKE») al regime di gestione commissariale provvisoria. A quell'epoca il capitale della TKE ammontava a 670 000 000 di DR.

Il 29 luglio 1986, a seguito di un invito del governatore della Banca di Grecia, il commissario provvisorio allora in carica decideva di aumentare il capitale sociale fino a 1 700 000 000 di DR, contestualmente modificando la conferente disposizione dello statuto della società (art. 6). Dal fascicolo non emergono con chiarezza le modalità di realizzazione di tale aumento. Quel che è certo, e comunque pacifico tra le parti, è che la decisione veniva adottata indipendentemente da, se non addirittura contro, una specifica manifestazione di volontà degli azionisti in tal senso.

6. Questi ultimi venivano invitati, mediante avviso pubblicato su due quotidiani di Atene,

ad esercitare il loro diritto di opzione sulle azioni di nuova emissione entro il termine di trenta giorni.

Tale termine scadeva però senza che la maggior parte dei vecchi azionisti avesse esercitato il diritto [3], cosicché la quasi totalità delle nuove azioni veniva collocata sul mercato ed offerta a nuovi azionisti.

7. Nel novembre 1986 il governatore della Banca di Grecia metteva fine al regime commissariale provvisorio e sottoponeva la TKE a gestione commissariale permanente. L'assemblea degli azionisti, costituita secondo i nuovi assetti societari, deliberava tre nuovi aumenti di capitale negli anni 1987 (1 500 000 000 di DR), 1989 (125 000 000 di DR) e 1990 (1 281 250 000 DR). La legge n. 1682, del 16 febbraio 1987, nel frattempo, ratificava le nomine dei diversi commissari provvisori succedutisi alla guida della società, nonché il primo aumento del capitale sociale.

Attualmente, stando alle informazioni fornite dai ricorrenti e non contestate dai convenuti, il 53% del totale delle azioni con diritto di voto della TKE è detenuto dalla Banca agricola, parte convenuta nel giudizio principale, il cui capitale è interamente detenuto dallo Stato ellenico.

8. I ricorrenti nel giudizio principale sono azionisti della TKE e lo erano già quando fu deciso dal commissario provvisorio il primo aumento di capitale. Ritenendo che tale aumento fosse stato realizzato usurpando i poteri dell'assemblea, dunque in violazione dei diritti degli azionisti quali garantiti dalla seconda direttiva, essi hanno impugnato la relativa decisione commissariale dinanzi al giudice *a quo*, chiedendone l'annullamento.

In particolare, i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva, ai sensi del quale «gli aumenti di capitale sono decisi dall'assemblea», nonché la violazione dell'art. 29, n. 3, della stessa direttiva, che prevede che l'offerta di sottoscrizione delle azioni in opzione ed il termine per l'esercizio di tale opzione debbano fare oggetto di pubblicazione nel bollettino nazionale designato ai sensi della direttiva 68/151/CEE [4], ovvero, in caso di azioni nominative, e se previsto dalla normativa nazionale, mediante informazione scritta a tutti gli azionisti.

3 — Fatta eccezione per una bassissima percentuale tra essi, pari, a detta dei ricorrenti, allo 0,4% del capitale.

4 — GU 1968, L 65, pag. 8; tale direttiva non risultava trasposta in Grecia all'epoca dei fatti. Oggi, il bollettino designato è la Gazzetta ufficiale della Repubblica greca (in prosieguo: il «FEK»).

I quesiti pregiudiziali

9. È dunque nel contesto di siffatta controversia che il giudice nazionale ha posto alla Corte i tre quesiti pregiudiziali che oggi ci occupano.

Con il primo, egli mira a stabilire l'ambito di applicazione personale della seconda direttiva, in particolare dei suoi artt. 25 e 29, onde verificare se in esso rientrino anche le società per azioni che svolgono attività bancaria.

Con il secondo, il giudice chiede alla Corte se le citate disposizioni della seconda direttiva «siano inconciliabili con le disposizioni di opposto orientamento» della legislazione speciale greca in materia di risanamento delle società bancarie «fino ad impedirne l'applicazione». In altre parole, il giudice, riconoscendo che, in caso di risposta affermativa al primo quesito, la legislazione greca risulterebbe incompatibile con la seconda direttiva, chiede se l'applicazione della normativa nazionale possa comunque essere fatta salva in ragione della sua specialità.

Infine, con il terzo quesito, il giudice *a quo* chiede di stabilire se nella nozione di «informazione scritta» agli azionisti titolari di azioni nominative di cui all'art. 29, n. 3, terza frase, della seconda direttiva rientri anche la pubblicazione dell'offerta sui giornali quotidiani.

10. Va poi rilevato che, come risulta espressamente dall'ordinanza di rinvio, il giudice ha riservato la sua pronuncia riguardo al fondamento delle eccezioni sollevate dai convenuti nel corso del giudizio principale. Tra queste egli menziona unicamente l'eccezione basata sull'art. 281 del codice civile greco, relativa all'abuso di diritto.

Ai sensi di tale disposizione, l'esercizio di un diritto è vietato quando ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità economica e sociale del diritto stesso. Dalla fondatezza eventuale di tale eccezione conseguirebbe che, quand'anche fosse riconosciuto ai ricorrenti il diritto di far valere con un'azione di annullamento l'illegittimità della decisione di aumento di capitale adottata in violazione del diritto comunitario, l'esercizio di siffatto diritto sarebbe vietato perché considerato dal giudice *a quo* abusivo. Le ragioni del preteso abuso sembrerebbero risiedere, in sostanza, nell'assenza di interesse ad agire dei ricorrenti, in quanto azionisti di minoranza, per di più di una società assoggettata a regime speciale di risanamento; nonché nella circostanza che essi non avrebbero subìto alcun danno, né morale né patrimoniale, dal risanamento della società, ma al contrario ne avrebbero tratto beneficio.

Nel formulare la riserva, il giudice nazionale precisa che, a suo avviso, l'eccezione di cui all'art. 281 del codice civile può essere fondatamente invocata anche per impedire l'esercizio di diritti derivanti da disposizioni comunitarie; e si dichiara inoltre solo competente a statuire sul punto, in qualità di «giudice dello Stato membro di cui la parte che ha sollevato detta eccezione ha la cittadinanza».

Sul primo e sul secondo quesito

11. I primi due quesiti sono in realtà strettamente connessi. Mi sembra opportuno, pertanto, esaminarli congiuntamente.

La Corte ha già avuto modo, a più riprese, di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 25, n. 1, della seconda direttiva.

12. Nelle tre sentenze Karella e Karellas [5], Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e a. [6], e Kerafina — Keramische- und Finanz-Holding e Vioktimatiki [7] (in prosieguo talvolta cumulativamente indicate come la «giurisprudenza Karella»), la Corte ha interpretato tale disposizione proprio con riferimento ad una legislazione greca in materia di risanamento delle imprese [8].

Adita in via pregiudiziale nell'ambito di diverse procedure avviate da azionisti di società a seguito di aumenti di capitale attuati per via amministrativa, la Corte, nelle tre sentenze sopra citate, ha ribadito il tenore assoluto del principio della competenza esclusiva dell'assemblea degli azionisti in ordine alle modifiche del capitale sociale.

13. Da un lato, infatti, essa ha affermato che l'art. 25, n. 1, è provvisto di efficacia diretta; dall'altro, ha dichiarato che tale articolo si oppone all'applicazione di una normativa nazionale che, allo scopo di garantire il risanamento di società in crisi, stabilisce che possa essere deciso con atto amministrativo di aumentare il loro capitale sociale, anche qualora venga riconosciuto agli azionisti un diritto di opzione sulle azioni di nuova emissione.

In altre parole la Corte ha chiarito che neppure in base ad una normativa speciale mirante al risanamento della società l'assemblea degli azionisti può essere privata del

5 — Sentenza 30 maggio 1991, cause riunite C-19/90 e C-20/90 (Racc. pag. I-2691).

6 — Sentenza 24 marzo 1992, causa C-381/89 (Racc. pag. I-2111).

7 — Sentenza 12 novembre 1992, cause riunite C-134/91 e C-135/91 (Racc. pag. I-5699).

8 — Legge n. 1386/1983 del 5 agosto 1983. In base a tale normativa, una società per azioni interamente appartenente allo Stato (l'«Istituto per la ristrutturazione delle imprese») poteva assumere l'amministrazione e la gestione corrente di imprese in corso di risanamento o nazionalizzate e, nell'esercizio di tale incarico, decidere di aumentare il capitale di tali società, in deroga alle disposizioni che prevedono una competenza esclusiva dell'assemblea degli azionisti.

potere più «intimo» ed irrinunciabile: quello di variare la consistenza del capitale, cioè del patrimonio della società e al contempo degli azionisti stessi.

Ciò sarebbe confermato dalla proposta di direttiva presentata dal Consiglio in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi [9], che autorizzerebbe espressamente l'applicazione della legislazione nazionale di cui è causa.

14. Si ripropongono nella presente procedura i problemi che hanno dato origine alla giurisprudenza Karella. Coerentemente, dunque, i principi affermati dalla Corte in tale giurisprudenza non possono non trovare applicazione anche nella fattispecie che oggi ci occupa.

15. Ai ricordati rilievi è sufficiente opporre, ancora una volta, che la seconda direttiva, adottata al fine di assicurare l'equivalenza minima della protezione degli azionisti e dei creditori delle società [10], definisce in maniera inequivocabile il suo ambito di applicazione personale.

Non può ritenersi fondato il rilievo che le disposizioni della seconda direttiva, in particolare gli artt. 25, n. 1, e 29, n. 3, non si applicherebbero nei confronti delle banche. È stato obiettato, in particolare, che il risanamento di simili società in crisi costituirebbe un obiettivo di interesse generale, mirante a tutelare, da un lato, i risparmiatori che hanno depositato capitali presso l'ente creditizio in difficoltà e, dall'altro, l'equibrio e la coerenza del sistema generale della gestione del pubblico risparmio; e che, pertanto, una disciplina nazionale predisposta al fine di evitare, nei limiti del possibile, la liquidazione delle banche andrebbe valutata al di fuori dell'ambito di applicazione della seconda direttiva. Inoltre, la legislazione in parola, nella misura in cui riguarda specificamente le banche, sarebbe «speciale» rispetto alla legislazione, nazionale e comunitaria, in materia di società e, come tale, prevarrebbe su quest'ultima in caso di conflitto.

Come si evince espressamente dal titolo, nonché dall'art. 1, essa si applica alle società di cui all'art. 58, secondo comma, del Trattato costituite nella forma di società per azioni [11]. Il criterio adottato dal legislatore per definire l'ambito di applicazione della direttiva è dunque quello della forma giuridica della società, mentre appare del tutto irrilevante, se non con riferimento a determinate disposizioni specifiche, l'attività che essa svolge o si propone di svolgere.

9 — COM(85) 788 def., GU C 356, pag. 55.

10 — Secondo 'considerando' della direttiva, nonché sentenze Karella e Syndesmos Melon, rispettivamente punti 25 e 32.

11 — Ai sensi dell'art. 58, secondo comma, del Trattato, «Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro».

La sola eccezione ammissibile figura nella stessa direttiva, precisamente all'art. 1, n. 2, in base al quale è consentito agli Stati membri di escludere dal suo ambito di applicazione le società di investimento a capitale variabile e le cooperative. Si tratta però di una deroga relativa a due ipotesi ben circoscritte e dunque non può essere consentito al legislatore nazionale di prevederne altre.

16. Inoltre, la stessa direttiva tiene conto espressamente delle peculiarità dell'attività bancaria, prevedendo che alcune disposizioni possano non essere applicate alle banche e agli altri istituti finanziari, anche se costituiti in forma di società per azioni [12].

Esistono dunque nella direttiva determinate eccezioni, specifiche e circoscritte, che riguardano le banche. Tali eccezioni dimostrano, anzi addirittura presuppongono, che la direttiva si applica, per il resto, alle banche allo stesso titolo che a tutte le altre società per azioni.

17. Né ritengo che vi siano ragioni per definire l'ambito di applicazione della seconda direttiva in maniera diversa e contraria a quella che emerge chiaramente dal suo tenore letterale e dalla giurisprudenza della Corte.

La specialità della normativa greca è un argomento già invano sollevato nelle procedure precedenti. A tale proposito basterà ricordare che, come ho già rilevato nelle conclusioni relative alle cause Karella e Syndesmos Melon [13], e come confermato a chiare lettere dalla Corte, riconoscere l'esistenza di una riserva generale in favore dei legislatori nazionali in caso di situazioni eccezionali, al di fuori delle specifiche previsioni del Trattato e della seconda direttiva, significherebbe pregiudicare il carattere obbligatorio e l'uniforme applicazione del diritto comunitario [14].

D'altra parte, lo ripeto, il legislatore comunitario ha tenuto debitamente conto nella direttiva delle esigenze particolari delle banche, prevedendo, ove necessario, talune disposizioni specifiche applicabili a queste ultime. In presenza di deroghe espresse, dunque, non spetta certo al giudice comunitario prefigurarne altre; come non spetta, evidentemente, al legislatore nazionale.

12 — V., ad esempio, gli artt. 20, n. 1, lett. c), 23, n. 2, e 24, n. 2.

13 — Rispettivamente, punti 6 e 4.

14 — V. in particolare sentenze Karella e Syndesmos Melon, citate, rispettivamente punti 25-28 e 30-33.

18. Neanche le considerazioni riguardanti la necessità di tutelare gli interessi dei risparmiatori e, più in generale, l'equilibrio del sistema del pubblico risparmio sono a mio avviso rilevanti.

Tali esigenze possono essere tutelate egualmente e adeguatamente attraverso rimedi alternativi, quali ad esempio la creazione di un sistema generalizzato di garanzia dei depositi, che perseguano lo stesso risultato senza però costituire un ostacolo alla realizzazione degli obiettivi della seconda direttiva. La circostanza che siffatti rimedi non esistessero in Grecia all'epoca dei fatti non giustifica la violazione del principio garantito dall'art. 25 della seconda direttiva.

19. Quanto alla legislazione comunitaria relativa al settore bancario, essa persegue finalità diverse da quella della seconda direttiva. Trattasi per lo più di direttive che mirano a realizzare e completare il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nel settore, con disposizioni specifiche che si applicano alle banche.

Nessuna di queste, in ogni caso, si oppone all'applicazione dell'art. 25 della seconda direttiva. Anche le numerose disposizioni in materia di vigilanza, che pure attribuiscono, in relazione a diverse ipotesi, alle autorità competenti il potere di esigere che un ente creditizio regolarizzi entro un certo termine una situazione patrimoniale divenuta inadeguata, pena il ritiro dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività, lasciano impregiudicata la competenza degli organi dell'ente in questione a predisporre essi stessi i rimedi adeguati [15]. Non si pone pertanto, per quanto qui interessa, alcun problema di conflitto tra norme comunitarie.

20. Quanto infine alla proposta di direttiva del Consiglio sul risanamento delle banche, pure invocata dai convenuti, è sufficiente rilevare che, allo stato, essa non fa parte del *corpus* di norme di diritto positivo applicabili.

21. I convenuti nel giudizio principale sostengono inoltre che, quand'anche la Corte accertasse l'applicabilità alle banche della seconda direttiva, la giurisprudenza Karella non potrebbe trovare applicazione nella fattispecie, in ragione di una fondamentale peculiarità della legislazione di cui è causa. Diversamente dalla normativa che era in questione nelle cause Karella, infatti, la disciplina sul risanamento delle banche prevede che, all'atto della nomina del commissario provvisorio, vengano meno tutti i poteri degli organi statutari, il che implicherebbe, a

15 — Mi riferisco, in particolare, all'art. 10, nn. 1 e 5, della seconda direttiva del Consiglio 15 dicembre 1989, 89/646/CEE, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE (GU L 386, pag. 1); all'art. 10, nn. 1 e 3, della direttiva del Consiglio 18 dicembre 1989, 89/647/CEE, relativa al coefficiente di solvibilità degli enti creditizi (GU L 386, pag. 14); all'art. 4, nn. 1 e 5, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1992, 92/121/CEE, sulla vigilanza ed il controllo dei grandi fidi degli enti creditizi (GU 1993, L 29, pag. 1); e all'art. 4, nn. 1, 2, 3, 4 e 8, della direttiva del Consiglio 15 marzo 1993, 93/6/CEE, relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi (GU L 141, pag. 1).

parere dei convenuti, che l'obiettivo perseguito è assimilabile più alla liquidazione che non alla ristrutturazione della società commissariata. In ogni caso, quindi, farebbe difetto una delle condizioni stabilite dalla stessa Corte per l'applicazione della seconda direttiva, vale a dire quella secondo cui la società deve continuare ad esistere con strutture proprie [16].

Neppure questo argomento mi sembra convincente. Non vedo infatti come si possa ragionevolmente sostenere che una società sottoposta a regime commissariale sulla base della legislazione in discussione abbia cessato di esistere.

Al contrario, mi sembra che l'obiettivo perseguito dal regime sia precisamente la sopravvivenza, previo risanamento, della società commissariata; ed in ogni caso gli organi statutari continuano certamente ad esistere, in pendenza del regime commissariale, anche se sono stati privati di ogni potere di gestione. Quanto poi all'assemblea degli azionisti, essa conserva il diritto di cui all'art. 25 della seconda direttiva; e il contrario rappresenta proprio il *quid demonstrandum* che nella specie non è stato dimostrato.

22. In definitiva, le considerazioni che precedono mi inducono a suggerire alla Corte di rispondere ai primi due quesiti secondo i principi ormai consolidati della giurisprudenza Karella, confermando che l'art. 25 della seconda direttiva si oppone all'applicazione di una legislazione nazionale speciale che, allo scopo di garantire il risanamento delle banche costituite nella forma di società per azioni e che si trovano in situazione di crisi, preveda che possa essere aumentato il loro capitale per via amministrativa, indipendentemente dalla volontà degli azionisti.

Sul terzo quesito

23. Le conclusioni cui sono pervenuto con riferimento al primo e al secondo quesito rendono priva di rilevanza la risposta al terzo quesito, almeno rispetto alla fattispecie che oggi ci occupa. È solo per completezza, dunque, o per l'ipotesi in cui la Corte decida di modificare i principi da essa stessa stabiliti nella sua precedente giurisprudenza, che esaminerò, invero brevemente, l'art. 29, n. 3, della seconda direttiva, nel contesto del quesito posto dal giudice *a quo*.

Come sopra accennato, tale disposizione riguarda le modalità dell'offerta di sottoscrizione delle azioni di nuova emissione ai vecchi azionisti, che il legislatore nazionale può stabilire avvenga, nel caso si tratti di azioni nominative, mediante informazione scritta a tutti gli azionisti.

16 — Sentenze Karella e Syndesmos Melon, rispettivamente punti 30 e 28.

24. La disposizione in parola intende garantire che, in mancanza di pubblicazione sul bollettino ufficialmente designato [17], tutti gli azionisti siano comunque debitamente informati dei termini e delle modalità per l'esercizio del loro diritto di opzione.

L'«informazione scritta» di cui all'art. 29, n. 3, va pertanto intesa, a mio avviso, come una comunicazione che gli organi amministrativi della società devono inviare per iscritto, nominalmente ed individualmente, a ciascun titolare di azioni nominative. Non mi sembra quindi che la pubblicazione dell'offerta di sottoscrizione su due giornali quotidiani possa costituire un'alternativa legittima, atteso che non garantisce con certezza lo stesso risultato.

25. I convenuti hanno pure contestato l'efficacia diretta dell'art. 29, n. 3, con riferimento all'odierna procedura. Pur ammettendo che tale disposizione è redatta in maniera chiara e precisa nonché incondizionata, essi negano che possa essere invocata nei confronti della TKE, che all'epoca dei fatti controversi era una banca privata. Ammettere il contrario equivarrebbe ad attribuire alla seconda direttiva quell'efficacia diretta orizzontale che la Corte fino ad ora non ha mai riconosciuto.

A tale proposito è sufficiente rilevare che l'atto impugnato dai ricorrenti davanti al giudice nazionale è un atto amministrativo, adottato da un commissario provvisorio designato dal governatore della Banca di Grecia, la cui nomina ed il cui operato sono (e sono stati in fatto) soggetti a ratifica legislativa. È dunque evidente che trattasi di un soggetto giuridico «incaricato con un atto della pubblica autorità di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico» e che dispone a questo scopo di poteri eccezionali ai sensi della giurisprudenza della Corte [18]. Ne consegue che i ricorrenti ben potevano invocare l'art. 29, n. 3, della seconda direttiva per opporsi ad un atto adottato secondo modalità confliggenti con quelle previste dalla disposizione stessa.

Sull'abuso di diritto

26. Come già accennato, dall'ordinanza risulta che nel corso del giudizio principale è stata sollevata un'eccezione basata sul presunto esercizio abusivo del diritto da parte dei ricorrenti. Sebbene non sia oggetto di uno specifico quesito, la questione risulta ben chiara nell'ordinanza di rinvio e rischia di condizionare in maniera determinante l'esito della procedura.

17 — Che, lo ripeto, all'epoca dei fatti non era stato ancora designato in Grecia, in quanto la direttiva 68/151/CEE non era ancora stata trasposta (v. *supra*, nota n. 4).

18 — V., in particolare, sentenza 12 luglio 1990, causa C-188/89, Foster (Racc. pag. I-3313, punto 20).

Il giudice nazionale dichiara infatti espressamente di riservarsi la decisione sulla fondatezza di tale eccezione, basata sull'art. 281 del codice civile greco [19]. Egli precisa che tale disposizione, in base alla quale l'esercizio di un diritto può essere vietato se ritenuto abusivo, può essere invocata anche per paralizzare l'esercizio di un diritto attribuito dal diritto comunitario; e si dichiara solo competente a statuire sul punto.

Per rendere inoperante il diritto di cui all'art. 25 della seconda direttiva, sembrerebbe sufficiente che il giudice nazionale appurasse che i ricorrenti non avevano interesse ad agire per l'annullamento dell'atto, in quanto azionisti di minoranza ed in quanto non avrebbero subìto alcun danno dal risanamento, anzi ne avrebbero tratto vantaggio [20].

27. La questione mi sembra di rilievo. Già per questo una presa di posizione della Corte sul punto appare inevitabile, essendo in gioco, in definitiva, il primato del diritto comunitario su quello interno, nonché l'effetto utile delle sentenze pronunciate dalla Corte in via pregiudiziale.

Il rischio è infatti che una sentenza interpretativa, nella quale la Corte abbia precisato la portata dei diritti che una disposizione comunitaria avente efficacia diretta attribuisce direttamente ai singoli, venga vanificata dallo stesso giudice che ha sollevato la questione pregiudiziale, in virtù di un principio di diritto materiale nazionale che vi si oppone.

È proprio quanto si è verificato, peraltro, con riferimento alla sentenza Kerafina, più volte citata. Il giudice di rinvio, infatti, a seguito della pronuncia della Corte, ha dichiarato fondata in diritto l'eccezione dei convenuti basata sull'art. 281 del codice civile greco ed ha predisposto misure istruttorie per verificarne la fondatezza in fatto [21].

28. Si pone dunque il problema di stabilire se, ed entro quali limiti, la giurisdizione nazionale possa, nel rispetto dei principi comunitari poco sopra accennati, fare applicazione di una disposizione nazionale per

19 — E che trova il suo fondamento nell'art. 25 della Costituzione ellenica.

20 — Sembra pure che ai ricorrenti potrebbe essere imputato un esercizio abusivo del diritto attribuito dalla norma comunitaria in quanto non hanno esercitato il diritto di opzione sulle azioni di nuova emissione in occasione dell'aumento di capitale controverso. Tenuto conto delle risposte che ho proposto di fornire ai quesiti pregiudiziali, e nell'ipotesi che la Corte accolga i miei suggerimenti, ritengo scontato che un simile argomento perderebbe ogni fondamento anche nell'ambito del giudizio principale.

21 — V. Corte di appello di Atene, sentenza n. 9337/1992 del 26 novembre 1992; ma si vedano anche, nello stesso senso e con motivazioni quasi identiche, le sentenze della stessa giurisdizione n. 9162/1992 del 19 novembre 1992 e n. 464/1993 del 4 marzo 1993. Da notare che le tre sentenze della Corte di appello di Atene contengono tutte espliciti riferimenti alla giurisprudenza Karella.
Per completezza, va infine precisato che neanche le sentenze Karella e Syndesmos Melon sono state, sino ad ora, applicate dai rispettivi giudici di rinvio: quanto alla prima, risulta che le parti abbiano rinunciato all'azione dopo la sentenza della Corte; mentre la seconda, al momento, non risulta sia stata seguita da alcuna pronuncia.

dichiarare che un diritto attribuito dal diritto comunitario sia esercitato in maniera abusiva.

A tale proposito, va innanzitutto rilevato 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. Nell'assenza di una disciplina comunitaria di tale istituto, è quindi in base al proprio ordinamento giuridico che il giudice nazionale può valutare la sussistenza di un esercizio abusivo del diritto in questione [22].

29. Tuttavia, per giurisprudenza costante, spetta alla Corte, quando siano in gioco diritti vantati dal singolo in forza di norme comunitarie, verificare il livello di adeguatezza della tutela giurisdizionale predisposta dagli ordinamenti giuridici nazionali [23].

30. Nella specie, risulta dagli atti di causa che, a prima vista, i ricorrenti, lungi dal perseguire un'utilizzazione abusiva della norma, hanno semplicemente cercato di ottenere il rispetto di quel diritto che rappresenta l'oggetto principale della norma stessa, vale a dire l'esercizio di una competenza esclusiva relativamente alle modifiche del capitale sociale.

La tesi secondo cui i ricorrenti avrebbero abusato del loro diritto in quanto azionisti di minoranza e in quanto avrebbero tratto beneficio dal risanamento della società appare *ictu oculi* priva di fondamento. La norma infatti mira a proteggere tutti gli azionisti indistintamente ed è applicabile indipendentemente dall'esito di una eventuale procedura di risanamento. Negare la tutela del diritto garantito dalla disposizione in parola per simili motivi equivarrebbe a censurare non già l'*esercizio abusivo* del diritto,

22 — V., in questo senso, le conclusioni dell'avvocato generale Darmon relative alla causa 81/87, Daily Mail (sentenza 27 settembre 1988, Racc. pag. 5483), in cui egli suggeriva alla Corte di dichiarare che il trasferimento in altro Stato membro dell'amministrazione centrale di una società può costituire una modalità d'esercizio del diritto di stabilimento, fatta salva la competenza del giudice nazionale per verificare se «in un caso determinato e tenuto conto del contesto della causa, si sfiori o meno l'abuso del diritto o la frode alla legge e, eventualmente, se convenga ritenere inapplicabile il diritto comunitario» (punto 9). Va rilevato che la Corte, avendo optato per un'interpretazione difforme del diritto di stabilimento, non si è pronunciata sul punto.
Si veda anche, nello stesso senso, la sentenza 3 marzo 1993, causa C-8/92, General Milk Products (Racc. pag. 779), in cui la Corte ha stabilito che, per negare la concessione di importi compensativi monetari a determinate merci importate in Germania, sarebbe stato necessario provare che gli importatori intendevano beneficiare in maniera abusiva del sistema comunitario e ha dichiarato competente a svolgere siffatto accertamento il giudice nazionale.

23 — Tra gli esempi di applicazione di tale principio va ricordata innanzitutto la sentenza San Giorgio, in cui la Corte ha precisato che «sarebbero incompatibili col diritto comunitario le condizioni di prova che abbiano l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il rimborso dei tributi riscossi in contrasto col diritto comunitario» (sentenza 9 novembre 1983, causa 199/82, Racc. pag. 3595, punto 14); nello stesso senso la Corte si è pronunciata poi a più riprese: in materia di sanzioni previste dal diritto nazionale per punire l'inosservanza di un principio sancito da una direttiva (sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88, Dekker, Racc. pag. 3941), in materia di termini di prescrizione dell'azione previsti dal diritto nazionale (sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, Emmott, Racc. pag. I-4269) nonché in materia di ripetizione di aiuti comunitari indebitamente versati ostacolata da ragioni di legittimo affidamento (sentenza 20 settembre 1990, causa C-5/89, Commissione/Germania, Racc. pag. I-3437).

bensì, semplicemente, il suo *esercizio*, il che sarebbe, a dir poco, paradossale.

31. Diverso sarebbe il caso qualora il giudice nazionale accertasse che i ricorrenti non hanno semplicemente esercitato il diritto, ma lo hanno esercitato in maniera *per altro verso* abusiva. Penso all'ipotesi in cui, per esempio, i ricorrenti avessero essi stessi paradossalmente richiesto l'aumento di capitale in via amministrativa, per poi impugnarne la relativa decisione in sede giurisdizionale.

32. Nel caso di specie, in cui è pacifico che i ricorrenti hanno subìto l'aumento di capitale controverso indipendentemente dalla loro volontà, è invece irragionevole configurare come abusivo ciò che costituisce invero il semplice esercizio da parte dei ricorrenti stessi di un diritto di cui godono, ai sensi dell'art. 25 della direttiva, nella loro qualità di azionisti e per tutta la durata della società. D'altronde, anche ponendomi nella prospettiva della tesi opposta, non riesco a prefigurarmi quale mezzo alternativo di tutela del loro diritto i ricorrenti avrebbero potuto utilizzare se non quello di invocare la norma della seconda direttiva nei tempi e nei modi in cui l'hanno invocata.

33. È dunque chiaro che l'applicazione dell'eccezione in parola non può avere l'effetto di svuotare la norma stessa del suo contenuto, in quanto un simile risultato si porrebbe in contrasto con imperativi essenziali del sistema giuridico comunitario. Per questo suggerisco alla Corte di precisare in termini chiari che una normativa che consenta al giudice nazionale di vietare l'esercizio di un diritto attribuito da una norma di diritto comunitario qualificandolo come abusivo non può trovare applicazione in base al solo motivo che il titolare del diritto stesso ne abbia invocato la tutela giurisdizionale, né può, in ogni caso, essere applicata in modo tale da svuotare la norma in parola del suo contenuto.

34. Alla luce delle osservazioni che precedono, suggerisco pertanto di rispondere nel modo seguente al Tribunale di primo grado di Atene:

«Gli artt. 25, n. 1, e 29, n. 3, della seconda 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'art. 58, secondo comma, del Trattato per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi quanto alla costituzione della

società per azioni, nonché alla salvaguardia ed alle modificazioni del capitale sociale della stessa, devono essere interpretati nel senso che:

— ostano all'applicazione di una normativa nazionale che, allo scopo di assicurare il risanamento e la continuazione dell'attività di banche costituite nella forma di società per azioni e che si trovano, a causa del loro indebitamento, in una situazione eccezionale, consente di decidere l'aumento di capitale con atto amministrativo e senza deliberazione dell'assemblea generale; né il mero esercizio da parte degli azionisti del diritto attribuito dalla direttiva comunitaria può essere qualificato dal giudice nazionale come abusivo, senza svuotare la norma stessa del suo contenuto;

— nella nozione di informazione scritta agli azionisti relativa all'offerta di sottoscrizione in opzione ed al termine per l'esercizio di tale diritto non rientra la pubblicazione di detta offerta sui giornali quotidiani».