CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ANTONIO SAGGIO

presentate il 28 ottobre 1999 *

1. Con ordinanza del 24 giugno 1997 il Tribunale di Atene sottopone alla Corte due quesiti pregiudiziali concernenti l'interpretazione dell'art. 25 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'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 (in prosieguo: la «direttiva») [1], e sull'esercizio abusivo di un diritto attribuito da una disposizione comunitaria. Il giudice nazionale chiede in particolare se, alla luce delle circostanze della causa principale, possa essere correttamente invocata la norma interna che sanziona l'esercizio abusivo di un diritto nei confronti di un'azione di annullamento di atti societari proposta da un azionista per violazione di un diritto conferito dalla direttiva.

2. La causa odierna si inserisce dunque nel lungo contenzioso sorto in Grecia a proposito dell'interpretazione e dell'applicazione dell'art. 25 della direttiva rispetto a fattispecie concernenti imprese in crisi. Detto contenzioso è stato provocato, è bene dirlo subito, dal ritardo con cui in quello Stato membro è stata data corretta attuazione alla direttiva. Di detto contenzioso la Corte ha già, più volte, avuto modo di occuparsi [2], affermando a chiare lettere, di fronte a provvedimenti normativi interni difformi, che la disposizione comunitaria sopra richiamata ha come obiettivo quello di «garantire agli azionisti che la decisione di aumentare il capitale sociale e, di conseguenza, di alterare le quote degli azionisti, non sia presa senza la loro partecipazione all'esercizio del potere decisionale della società» [3].

La normativa comunitaria

3. La direttiva tende a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste negli Stati membri alle società di cui all'art. 58, secondo comma, del Trattato CE (divenuto art. 48 CE), al fine di

* 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-Karamische- und Finanz-Holding e Vioktimatiki (Racc. pag. I-5699); 12 marzo 1996, causa C-441/93, Pafitis e a. (Racc. pag. I-1347); 12 maggio 1998, causa C-367/96, Kefalas e a. (Racc. pag. I-2843).

3 — Sentenza Kefalas, punto 28.

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.

L'art. 25, n. 1, della direttiva prevede che «Gli aumenti di capitale sono decisi dall'assemblea. Tale decisione nonché attuazione dell'aumento del 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». Al n. 2 dello stesso articolo si precisa che «Tuttavia, lo statuto, l'atto costitutivo o l'assemblea la cui decisione deve formare oggetto di pubblicità in conformità al paragrafo 1, possono autorizzare l'aumento del capitale sottoscritto fino a concorrenza di un importo massimo che essi stabiliscono rispettando l'importo massimo eventualmente previsto dalla legge. Nei limiti dell'importo stabilito, l'organo della società a tal uopo autorizzato decide, se del caso, di aumentare il capitale sottoscritto. I poteri di quest'ultimo non possono superare i cinque anni e possono essere rinnovati una o più volte dall'assemblea per un periodo che, ogni volta, non può superare i cinque anni».

L'art. 29, n. 1, della direttiva stabilisce che «Nel caso di aumento di capitale sottoscritto mediante conferimenti in denaro, le azioni devono essere offerte in opzione agli azionisti in proporzione della quota di capitale rappresentata dalle loro azioni». Il n. 4 aggiunge che il diritto di opzione non può essere escluso o limitato dallo statuto o dall'atto costitutivo. L'esclusione o la limitazione può essere tuttavia decisa dall'assemblea dietro presentazione da parte dell'organo di amministrazione o di direzione di una relazione scritta che precisi i motivi per limitare o sopprimere il diritto di opzione e giustifichi il prezzo di emissione proposto.

4. L'art. 41, n. 1, concede infine agli Stati membri la facoltà di derogare all'art. 25 della direttiva, se ciò è necessario all'adozione e all'applicazione delle disposizioni tendenti a favorire la partecipazione dei lavoratori o di altre categorie di persone stabilite dalla legislazione nazionale al capitale delle imprese.

5. La direttiva assegnava agli Stati membri il termine di due anni per la sua attuazione nell'ordinamento interno. Nel caso della Grecia, il termine in questione, alla luce dell'Atto di adesione, era il 1° gennaio 1981.

La normativa nazionale

6. La legge n. 1386 del 5 agosto 1983 [4] (in prosieguo: la «legge») ha istituito in Grecia l'«Organismos Oikonomikis Anasinkrotisis Epicheiriseon AE» (in prosieguo:

4 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica ellenica* dell'8 agosto 1983, n. 107/A, pag. 14.

l'«OAE»), società per azioni il cui capitale è interamente sottoscritto dallo Stato ed il cui scopo è quello di contribuire allo sviluppo economico e sociale del paese mediante il risanamento finanziario delle imprese, l'importazione e l'applicazione delle tecnologie straniere, lo sviluppo del patrimonio tecnologico nazionale nonché la creazione e la gestione di imprese nazionalizzate o ad economia mista (art. 2, n. 2, della legge).

Per la realizzazione di tali obiettivi l'OAE può assumere l'amministrazione e la gestione corrente di imprese in via di risanamento o nazionalizzate, acquisire partecipazioni nel capitale di imprese, accordare prestiti ed emettere o contrarre taluni prestiti, acquisire obbligazioni nonché trasferire azioni, in particolare ai lavoratori o ai loro organismi rappresentativi, agli enti locali o ad altre persone giuridiche di diritto pubblico, agli istituti di beneficenza, agli enti sociali o ai privati (art. 2, n. 3, della legge).

7. Ai sensi dell'art. 5, n. 1, della legge, il Ministro dell'Economia nazionale può decidere di assoggettare al regime istituito da tale legge le imprese che versano in grave dissesto finanziario. Il successivo art. 7 prevede che il Ministro competente possa decidere di trasferire all'OAE la gestione dell'impresa, di ridurre i suoi debiti per garantirne la sopravvivenza, ovvero di procedere alla sua liquidazione.

L'art. 8, n. 1, come modificato dalla legge n. 1472/1984 [5], stabilisce che la pubblicazione della decisione ministeriale di sottoporre l'impresa alla disciplina suddetta pone fine ai poteri degli organi amministrativi societari e che l'assemblea generale, pur rimanendo in vita, non può tuttavia revocare i membri dell'amministrazione nominati dall'OAE. Al successivo n. 8 si prevede che quest'ultimo organismo, durante l'amministrazione provvisoria della società sottoposta alla disciplina di cui trattasi, può, tra le varie alternative, decidere di aumentare il capitale sociale della società, in deroga alle disposizioni vigenti per le società per azioni che prevedono invece al riguardo la competenza esclusiva dell'assemblea. L'aumento deve essere poi approvato dal Ministro competente. La legge prevede che i vecchi azionisti conservino tuttavia un diritto di opzione sull'acquisto delle azioni di nuova emissione, diritto che possono esercitare entro il termine fissato nella relativa approvazione ministeriale.

8. Va poi ricordato che la legge n. 1386/1983 è stata oggetto della decisione della Commissione 7 ottobre 1987, 88/167/CEE, adottata nell'ambito della procedura di cui all'art. 93 del Trattato CE (divenuto art. 88 CE) [6]. Con tale decisione la Commissione dichiarava di non avere obiezioni circa l'applicazione della legge, purché il governo ellenico modificasse, entro il 31 dicembre 1987, le norme relative all'aumento del capitale per renderle compatibili con gli artt. 25, 26, 29 e 30 della seconda direttiva. Il 7 marzo 1989 la Commissione dava inizio ad un procedi-

5 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica ellenica* del 6 agosto 1984, n. 112/A, pag. 1273.

6 — GU L 76, 1988, pag. 18.

mento ex art. 169 del Trattato CE (divenuto art. 226 CE) per violazione da parte della Repubblica ellenica degli obblighi ad essa derivanti dalla seconda direttiva. In data 10 marzo 1990 il Parlamento greco adottava la legge n. 1882/1990 [7], con la quale modificava la precedente normativa nel punto controverso e nel senso voluto dalla Commissione. E' solo a partire da quella data, dunque, che lo Stato ellenico si conformava all'obbligo di dare attuazione alla direttiva nell'ordinamento interno.

9. L'art. 281 del codice civile greco prevede infine che «l'esercizio di un diritto è vietato qualora ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal costume o dalla finalità socio-economica del diritto».

I fatti ed i quesiti pregiudiziali

10. Risulta dall'ordinanza di rinvio che il signor Diamantis, attore nella causa principale, è un azionista di minoranza della società per azioni Plastika Kavalas AE. All'inizio degli anni '80 detta società versava in serie difficoltà finanziarie. Per tale ragione, in data 24 agosto 1983 la maggioranza degli azionisti, tra i quali, secondo il giudice *a quo*, lo stesso Diamantis, sollecitava la sottoposizione della loro società al regime previsto dalla legge n. 1368/1983. La domanda veniva reiterata il successivo 20 dicembre.

11. A seguito della richiesta della società, veniva consultata l'apposita commissione ministeriale creata dall'art. 11 della legge. Considerate le precarie condizioni finanziarie della società, detta commissione proponeva di sottomettere la società al regime di liquidazione speciale di cui agli artt. 7, n. 3, e 9 della legge, il che avrebbe comportato la liquidazione immediata degli attivi ed il pagamento dei debiti della società. L'opinione della commissione veniva tuttavia disattesa dal Ministro, il quale, con decisione n. 212 del 3 febbraio 1984 [8], decideva di sottomettere la società ad un regime differente, pure disciplinato dalla stessa legge all'art. 7, n. 1, in particolare al regime di amministrazione provvisoria da parte dell'OAE.

12. Il 28 maggio 1986 l'OAE decideva di aumentare il capitale sociale della società per un importo di GRD 177 000 000, portando così il capitale da GRD 87 200 000 a GRD 246 200 000. Detta decisione veniva approvata dal Ministro. In conformità alla legge, veniva offerto ai vecchi azionisti di esercitare il loro diritto di opzione sull'acquisto delle nuove azioni nel termine di 45 giorni dalla pubblicazione della decisione ministeriale (avvenuta l'11 giugno 1986). In mancanza di riscontro positivo da parte degli azionisti, le nuove azioni venivano messe a disposizione dell'OAE, che arrivava quindi a possedere il 67% circa del capitale sociale della

7 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica ellenica*, del 23 marzo 1990, n. 43/A.

8 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica ellenica* dell'8 febbraio 1984, n. B/60.

Plastika Kavalas. L'11 dicembre 1986 l'assemblea generale degli azionisti, la cui maggioranza era ormai nelle mani dell'OAE, decideva di ridurre il capitale sociale al minimo obbligatorio di GRD 5 000 000 autorizzato dalla legge.

Il 9 gennaio 1987, con decisione n. 14 del Viceministro dell'Industria, dell'Energia e della Tecnologia, il capitale sociale veniva nuovamente aumentato, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 1386/1983, fino a raggiungere un ammontare definitivo di GRD 1 267 200 000, suddiviso in 1 267 200 azioni. Da quel momento la società riprendeva il regolare funzionamento. Con la stessa decisione ministeriale si poneva termine all'amministrazione provvisoria affidata all'OAE. Nel 1991 la maggioranza delle azioni della società veniva ceduta alla società Plastika MaKedonias AE e successivamente, nel febbraio 1994, la società Plastika Kavalas veniva incorporata nel gruppo Petzetakis.

Svolgimento della procedura

13. In data 22 febbraio 1991, il signor Diamantis, azionista della società, adiva il Polymeles Protodikeio di Atene chiedendo che venisse dichiarata la nullità delle modificazioni (due aumenti ed una riduzione) del capitale sociale della società Plastika Kavalas effettuate in applicazione della legge n. 1386/1983. Egli sosteneva la contrarietà delle delibere assembleari all'art. 25, n. 1, della direttiva, deducendo che detti aumenti avrebbero ridotto la sua quota rispetto alla totalità delle azioni.

14. I convenuti, lo Stato greco e l'OAE eccepivano che, ai sensi dell'art. 281 del codice civile greco, l'attore avrebbe abusivamente esercitato il diritto a lui conferito dall'art. 25, n. 1, della seconda direttiva e di conseguenza chiedevano il rigetto della domanda. A parere dei convenuti, gli elementi che nel caso di specie integrerebbero l'abuso del diritto risiederebbero nelle seguenti circostanze: a) era stato il ricorrente stesso, insieme ad altri azionisti, a chiedere la sottoposizione della società al regime previsto dalla legge n. 1386/1983; b) date le difficoltà economiche della società, l'attore non aveva mai voluto un aumento del capitale sociale, ed infatti non aveva mai esercitato il diritto di opzione a lui garantito fin dal primo aumento; c) soltanto a seguito del risanamento della società, di cui lo stesso attore aveva in definitiva beneficiato, ma che aveva avuto conseguenze sostanziali irreversibili sulla ripartizione del capitale e delle azioni, egli aveva deciso di far valere il proprio diritto; l'azione giudiziaria, infatti, è stata introdotta soltanto a distanza di 5 e 4 anni, rispettivamente dal primo e dal secondo aumento di capitale.

15. Il giudice remittente ritiene il ricorso introduttivo fondato in diritto, ma ritiene altresì fondata, in fatto ed in diritto, l'eccezione proposta dai convenuti. Egli giunge a tale conclusione al termine di un'istruttoria da cui è risultato, da una parte, che il ricorrente nel giudizio *a quo*

aveva partecipato alla richiesta di assoggettamento della società alla legge e, dall'altra, che, in ragione della cattiva situazione economica della società, lo stesso non aveva mai voluto l'aumento di capitale, per cui non aveva mai esercitato il diritto di opzione conferito dalla legislazione nazionale. In considerazione di ciò, il giudice nazionale ritiene che, tenuto conto del tempo trascorso dalle operazioni di aumento e di riduzione temporanea del capitale sociale, l'esercizio del diritto da parte del ricorrente e l'eventuale capovolgimento di situazioni giuridiche ormai consolidatesi travalicherebbero i limiti imposti dalla buona fede, dalla morale e dalla finalità socioeconomica del diritto stesso.

Ritenendo tuttavia utile che la Corte di giustizia si pronunci sull'applicazione, nella fattispecie, del principio dell'abuso del diritto — considerato, alla luce della giurisprudenza precedente della Corte, come «principio generale dei diritti degli Stati membri» —, il giudice nazionale ha rivolto alla Corte i seguenti quesiti pregiudiziali:

«a) Se, nella situazione prospettata, si possa applicare, formalmente e sostanzialmente, l'art. 281 del codice civile greco, in relazione agli artt. 25, n. 1, e 29, n. 1, della seconda direttiva.

b) Qualora la Corte ritenga fondata, formalmente e sostanzialmente, l'eccezione di cui sopra, quali sono le conseguenze da trarre quanto alla validità delle decisioni ministeriali sull'aumento e sulla riduzione del capitale della società in questione, di cui l'attore è azionista, e quindi se le disposizioni degli artt. 8, n. 8, e 10, n. 1, della legge n. 1386/1983 siano compatibili con la direttiva del Consiglio 77/91/CEE».

16. Il 20 novembre 1997 la Corte decideva di sospendere il procedimento sino alla pronuncia della già richiamata sentenza Kefalas. La sentenza, una volta emessa, veniva trasmessa al giudice *a quo* affinché potesse valutare se mantenere o meno i quesiti pregiudiziali. Il giudice greco rispondeva alla Corte che non gli è consentito riesaminare d'ufficio la propria decisione e che comunque le circostanze di fatto della causa Kefalas non sarebbero, a suo parere, del tutto identiche a quelle della controversia dinanzi a lui pendente.

Sui quesiti pregiudiziali

17. Prima di affrontare nel merito i quesiti proposti dal giudice greco, ritengo sia utile ricordare brevemente le conclusioni alle quali la Corte è già pervenuta nelle prece-

denti sentenze, prima citate, relative all'interpretazione dell'art. 25 della seconda direttiva ed alla compatibilità della legislazione greca concernente il risanamento delle imprese in crisi, oggetto del presente procedimento, con la regola ivi contenuta.

18. Chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale nell'ambito di diverse procedure avviate da azionisti di società sottoposte a modifiche del capitale in via amministrativa, la Corte ha innanzi tutto precisato che, ai sensi dell'art. 25, n. 1, della direttiva, la competenza in ordine alle modifiche del capitale sociale spetta in maniera esclusiva all'assemblea degli azionisti. Chiarito che la disposizione ora richiamata è provvista di efficacia diretta [9], la Corte ha affermato che lo stesso 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. La Corte ha infatti precisato che l'obiettivo principale della direttiva, quello di garantire un livello minimo di tutela degli azionisti in tutti gli Stati membri, sarebbe «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» [10]. La Corte ha quindi ritenuto che neppure in base ad una normativa speciale mirante al risanamento della società l'assemblea degli azionisti può essere privata del potere più intimo e irrinunciabile, vale a dire quello di variare la consistenza del capitale, cioè del patrimonio della società e al contempo degli azionisti stessi [11].

19. Nella citata causa Pafitis la Corte, pur in mancanza di uno specifico quesito al riguardo, ha per la prima volta preso in considerazione l'eventuale applicazione della norma nazionale sull'abuso del diritto nei confronti delle azioni giudiziarie proposte da azionisti di società assoggettate alla legge greca. Pur non pronunciandosi sulla possibilità di invocare una norma nazionale per valutare se un diritto conferito dalle disposizioni comunitarie sia esercitato in maniera abusiva, la Corte ha comunque precisato che «è pacifico che l'applicazione di una tale norma non potrebbe comunque pregiudicare la piena efficacia e l'applicazione uniforme delle disposizioni comunitarie negli Stati membri». Rispetto alle circostanze di fatto della fattispecie, la Corte ha disatteso i suggerimenti avanzati dal governo greco concludendo che «si pregiudicherebbe l'applicazione uniforme del diritto comunitario e la

9 — Sentenza Karella, citata, punto 23; sentenza Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias, citata, punto 43; sentenza Kerafina, citata, punto 18.

10 — Sentenza Karella, punto 26; sentenza Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias, punto 33; sentenza Kerafina, punto 26.

11 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Tesauro nella causa Pafitis, paragrafo 13.

sua piena efficacia 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».

20. L'eccezione dell'abuso del diritto rispetto all'invocazione in giudizio, dinanzi ai giudici greci, del diritto conferito dall'art. 25, n. 1, della direttiva è stata nuovamente proposta all'attenzione della Corte nella recente causa Kefalas. In quell'occasione, la Corte è stata espressamente chiamata a decidere se sia riconosciuta al giudice greco la possibilità di applicare l'art. 281 del codice civile al fine di valutare se un diritto conferito da fonti comunitarie sia esercitato dal suo titolare in maniera abusiva, ovvero se detta valutazione sia possibile in forza di un principio generale di diritto comunitario. La Corte ha concluso nel senso che è consentito al giudice nazionale applicare una norma interna per valutare se un diritto derivante da una norma comunitaria sia esercitato abusivamente. Premesso che, per giurisprudenza costante della Corte, gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario, la Corte ha aggiunto che, «di conseguenza, non può considerarsi in contrasto con l'ordinamento giuridico comunitario il fatto che i giudici nazionali applichino una norma nazionale, quale l'art. 281 del codice civile ellenico, per valutare se un diritto derivante da una disposizione comunitaria sia esercitato in maniera abusiva» [12]. La Corte ha poi ribadito che, come già precisato nella sentenza Pafitis, «l'applicazione di una (...) norma nazionale non può comunque pregiudicare la piena efficacia e l'applicazione uniforme delle disposizioni comunitarie negli Stati membri». Di conseguenza, «i giudici nazionali non possono, nel valutare l'esercizio di un diritto derivante da una disposizione comunitaria, modificare il contenuto di detta disposizione né compromettere gli obiettivi da essa perseguiti» [13].

21. Nel merito, la Corte precisava in quell'occasione che si pregiudicherebbe l'applicazione uniforme del diritto comunitario e la sua piena efficacia, qualora si ritenesse che un azionista che si avvale dell'art. 25, n. 1, della direttiva abusi del suo diritto derivante da tale disposizione per il fatto di non aver esercitato il proprio diritto di opzione, previsto dall'art. 29, n. 1, della direttiva, sulle nuove azioni emesse in occasione dell'aumento di capitale controverso [14]. Infatti, affermava la Corte, «l'esercizio del diritto di opzione avrebbe significato che l'azionista intendeva collaborare con l'applicazione della decisione di aumentare il capitale senza approvazione dell'assemblea generale, decisione da lui contestata proprio in base all'art. 25, n. 1,

12 — Sentenza Kefalas, citata, punto 21.
13 — Sentenza Kefalas, punto 22.
14 — Sentenza Kefalas, punto 26.

della seconda direttiva. Di conseguenza, esigere da un azionista di prendere parte ad un aumento di capitale deliberato senza l'approvazione dell'assemblea generale per poter invocare detta disposizione modificherebbe la portata di quest'ultima » [15].

22. Dalla decisione da ultimo riportata si evince che la Corte ha consentito al giudice nazionale di applicare una norma interna al fine di decidere se un diritto conferito da una disposizione comunitaria sia esercitato in maniera abusiva. Ciò, tuttavia, a condizione che il ricorso a detta norma non comprometta la piena efficacia e l'applicazione uniforme del diritto comunitario, ed in particolare non comporti una modifica del contenuto della disposizione comunitaria né comprometta gli scopi che la disposizione persegue.

Si tratta dunque, a ben vedere, di una concessione più apparente che reale agli ordinamenti nazionali. Se è vero che la Corte ha preferito consentire che detta valutazione venga effettuata applicando una norma nazionale piuttosto che un principio generale di diritto comunitario, la stessa si è immediatamente preoccupata di precisare i limiti che il diritto comunitario impone a detta applicazione; ciò vale, è appena il caso di aggiungerlo, in particolar modo qualora l'applicazione della norma interna porti, come nel nostro caso, al consolidamento di una situazione giuridica contraria al diritto comunitario.

23. Appare quindi chiaro che la Corte, se da un lato ha indicato come norma applicabile per la valutazione del comportamento abusivo quella nazionale, dall'altro ha fornito dei precisi parametri, riconducibili in ultima analisi al principio di supremazia del diritto comunitario sul diritto interno, che limitano entro confini ben definiti l'applicazione di una norma nazionale che, lungi dal poter essere qualificata come «procedurale», comporta una valutazione sul campo di applicazione materiale della disposizione di diritto comunitario che intende attribuire dei diritti. Viene quindi fatto espresso divieto ai giudici nazionali di applicare la norma nazionale sull'abuso del diritto in tutti i casi in cui tale applicazione comporterebbe una modifica del contenuto della disposizione comunitaria o ne comprometterebbe gli obiettivi.

24. Il rinvio operato dalla Corte al sistema nazionale va correttamente inteso, quindi, come l'indicazione di uno strumento, a disposizione del giudice nazionale, finalizzato a garantire la corretta applicazione del diritto comunitario e dunque ad evitare che un diritto, pur attribuito da una disposizione comunitaria, non venga esercitato qualora detta disposizione sia solo «apparentemente» quella che regola la fattispecie, ovvero qualora la situazione in cui versa il titolare del diritto invocato in giudizio sia solo «apparentemente» conforme a quanto prescritto dalla norma [16]. In altre parole, si tratta di una valutazione che coinvolge lo stesso ambito di applicazione della norma, i suoi limiti intrinseci. In questa ottica, lasciare al giudice nazionale

15 — Sentenza Kefalas, punto 27.

16 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Tesauro nella causa Kefalas, paragrafi 24-27, e le sentenze della Corte ivi citate.

la possibilità di applicare la norma interna che sanziona un uso abusivo del diritto si risolve nel sanzionare l'invocazione del diritto comunitario laddove detti limiti sono stati superati: laddove, cioè, la norma comunitaria non intende essere applicata.

25. Ciò premesso, non può non conseguirne che la valutazione dei limiti intrinseci della disposizione comunitaria che attribuisce diritti è una operazione di interpretazione del diritto comunitario che spetta, in ultima analisi, alla Corte. Ed infatti, nella sentenza Kefalas prima citata la Corte si è preoccupata di fornire al giudice nazionale il necessario chiarimento sull'obiettivo perseguito dall'art. 25, n. 1, della direttiva. Questo consiste, a parere della Corte, nel «garantire agli azionisti che la decisione di aumentare il capitale sociale e, di conseguenza, di alterare le quote degli azionisti non sia presa senza la loro partecipazione all'esercizio del potere decisionale della società» [17]. Qualora il giudice nazionale sia in grado di verificare che i destinatari del diritto attribuito dalla disposizione comunitaria — nel caso che ci occupa gli azionisti, titolari del diritto di opporsi acché la decisione di aumentare il capitale sociale sia presa senza la loro partecipazione — abbia intentato l'azione di annullamento dell'aumento del capitale al solo scopo di ottenere, a danno della società, vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo dell'art. 25, n. 1, della direttiva, lo stesso potrà ricorrere alla norma interna sull'abuso del diritto al fine di rigettare l'azione stessa.

26. Chiarito dunque il significato che, a mio parere, deve essere attribuito al rinvio operato dalla Corte alla norma interna sull'abuso del diritto e venendo dunque alla fattispecie concreta di cui alla controversia principale, va anzitutto osservato che le valutazioni offerte dalla Corte nella sentenza Kefalas sono utili per la soluzione dei quesiti che ci occupano, essendo la fattispecie allora presa in considerazione in parte coincidente con quella del giudizio *a quo*. Infatti, anche nella causa che ci occupa il giudice nazionale ritiene di individuare un esercizio abusivo del diritto di opporsi a modificazioni del capitale sociale decise in via amministrativa per il fatto che l'azionista ricorrente non avrebbe esercitato il diritto di opzione di cui pure godeva in virtù del primo aumento del capitale. Si è in precedenza indicato come la Corte abbia già precisato, nella sentenza Kefalas [18], che il ritenere abusivo l'esercizio del diritto per un tale motivo comporterebbe una modifica della disposizione, in quanto ciò vorrebbe dire, paradossalmente, esigere da un azionista di prendere parte ad un aumento di capitale deliberato senza l'approvazione dell'assemblea generale per poter poi contestare detto aumento in giudizio in quanto assunto in violazione dell'art. 25, n. 1, della direttiva. Lo stesso è da dirsi rispetto alla circostanza, pure citata dal giudice *a quo*, per cui grazie all'intervento pubblico la società sarebbe stata risanata, con soddisfazione dei creditori e degli stessi azionisti. La Corte ha più volte affermato che la competenza decisionale dell'assemblea generale sussiste anche nel caso in cui la società versi in grave dissesto finanziario [19]. D'altronde, è chiaro che l'aumento di capitale ha per definizione lo scopo di migliorare la situazione patrimoniale della società, per cui giudicare abusivo un ricorso basato sull'art. 25, n. 1, della direttiva per

17 — Sentenza citata, punto 28.

18 — Sentenza citata, punti 26 e 27.

19 — V., da ultimo, la sentenza Kefalas, citata, punto 24.

detto motivo porterebbe a sanzionare il semplice esercizio del diritto attribuito dalla norma, modificando così la portata di quest'ultima.

27. Rimane dunque da prendere in considerazione un'ulteriore circostanza che, a detta del giudice remittente, consentirebbe di qualificare come «abusivo», nella fattispecie, l'esercizio dell'azione da parte dell'attore. Si tratta del fatto che l'attore, assieme ad altri 32 azionisti che costituivano la maggioranza della società, aveva egli stesso richiesto che quest'ultima fosse sottoposta al regime speciale previsto dalla legge n. 1386/1983. Trascorsi numerosi anni dall'aumento di capitale controverso, l'esercizio del diritto da parte dell'azionista e il capovolgimento di situazioni giuridiche ormai consolidatesi, e — presumo — irrevocabili secondo il diritto greco, costituirebbero, secondo il giudice *a quo*, inosservanza dei termini imposti dalla buona fede, dalla morale e dalla finalità socioeconomica del diritto.

28. Dirò subito che non condivido questa conclusione. Accettare il punto di vista proposto dal giudice greco comporterebbe invero interpretare l'art. 25, n. 1, della direttiva in maniera da escludere dal suo campo di applicazione gli azionisti che, per così dire, avrebbero mostrato acquiescenza alla violazione del loro diritto di decidere le sorti del capitale sociale, affidando la gestione della società ad un organismo distinto dall'assemblea generale. Si tratterebbe, in altre parole, di sanzionare tramite il principio generale dell'abuso del diritto il comportamento contraddittorio dell'azionista, il quale, in un primo momento, avrebbe accettato di spogliarsi di un diritto, pur garantitogli dalle norme comunitarie, per poi contestare, in un secondo momento, delle decisioni che non sono altro che l'applicazione concreta del regime, pur contrario alla direttiva, che egli stesso aveva invocato.

29. Ora, non ritengo che al comportamento dell'azionista si debba necessariamente attribuire il significato che il giudice nazionale — e con lui il governo greco — intende attribuirgli. Richiedere l'applicazione della legge non significa necessariamente, per l'azionista, accettare che le decisioni sull'aumento di capitale siano trasferite ad un organismo estraneo all'assemblea generale. L'assoggettamento della società al regime previsto dalla legge comporta infatti un'ampia gamma di soluzioni rispetto alla sorte della società, per cui sarebbe quantomeno forzato attribuire un determinato significato al comportamento dell'azionista. Ciò a maggior ragione in quanto, come lo stesso giudice nazionale precisa, l'azionista attore nella causa principale non ha mai voluto un aumento di capitale e per detta ragione non ha esercitato il diritto di opzione di cui pure godeva. Si può dunque presumere che con la sua partecipazione alla richiesta di sottoposizione della società alla legge speciale l'azionista intendesse in verità raggiungere un risultato diverso, quale quello della liquidazione della società con i benefici che la stessa legge consentiva. Ciò appare del tutto plausibile in quanto la situazione finanziaria della società era, al momento della richiesta, talmente compromessa da suggerire alla stessa commissione consul-

tiva prevista dalla legge di procedere alla sua liquidazione, con i vantaggi, in termini di soddisfazione dei debiti, indicati dagli artt. 7 e 9 della legge.

30. In definitiva, se è vero che con la richiesta di assoggettamento della società alla disciplina prevista dalla legge gli azionisti non potevano automaticamente escludere che, qualora la richiesta fosse stata accettata, le conseguenze sarebbero state quelle dell'attribuzione ad un organismo esterno del potere di decidere modifiche del capitale sociale, ritengo che il collegamento tra la volontà degli azionisti e le decisioni degli organi amministrativi sia troppo vago e indiretto per sostenere che con l'azione interpresa per l'annullamento delle delibere assunte in violazione della direttiva gli azionisti avrebbero cercato di ottenere, a danno della società, vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo della norma.

31. Ma v'è di più. Ricordo che l'argomento principale — invero, alla luce della sentenza Kefalas, ormai l'unico — che i convenuti nel giudizio principale adducono per qualificare come «abusivo» l'esercizio del diritto da parte dell'azionista è legato al ritardo con cui lo stesso avrebbe dato inizio all'azione giudiziaria al fine di ottenere la dichiarazione di invalidità delle delibere assembleari assunte in violazione della direttiva. L'azionista, in altre parole, avrebbe ecceduto i limiti imposti dalla buona fede, dalla morale e dalla finalità socioeconomica del diritto per averlo esercitato a distanza di anni dalle operazioni societarie, mentre in un primo momento, chiedendo l'intervento del regime previsto dalla legge speciale, avrebbe manisfestato tacita e preventiva acquiescenza alla violazione del suo diritto. Ciò, in fin dei conti, dimostrerebbbe che il vero obiettivo dell'azionista, con l'azione proposta dinanzi al giudice nazionale, sarebbe stato quello di ottenere degli illeciti vantaggi, peraltro mai precisati né dai convenuti nella causa principale né dal giudice *a quo*, a danno della società.

32. Un simile argomento non può essere accolto. Per motivare questa conclusione è sufficiente tenere in debita considerazione che il diritto che si rimprovera all'azionista di aver esercitato «in ritardo» è una posizione giuridica attribuita da una direttiva comunitaria non recepita, nei termini, dallo Stato greco. In effetti, la direttiva della cui violazione si discute avrebbe dovuto essere recepita in Grecia nella data indicata dall'Atto di adesione (1° gennaio 1981). Ciò, come sappiamo, non è avvenuto; anzi, a distanza di due anni dalla data ora indicata detto Stato membro ha adottato una normativa interna che prevede una disciplina dell'aumento di capitale delle società che va in direzione opposta rispetto all'art. 25 della direttiva.

33. Ora, in una situazione del genere, caratterizzata da un palese e continuo inadempimento degli obblighi comunitari

da parte dello Stato membro, ritengo non possa trarsi alcuna conseguenza negativa, a carico del privato, dal mancato tempestivo esercizio[20] di un diritto, attribuito da una direttiva non recepita, ovvero dall'aver posto in essere dei comportamenti apparentemente contraddittori o negligenti rispetto alle possibilità offerte dalla direttiva. Appare invece del tutto giustificato ritenere che il privato non fosse in condizioni di conoscere il suo diritto prima dell'attuazione della direttiva nell'ordinamento nazionale. Si tratta, lo ricordo, di un atto che è rivolto esclusivamente agli Stati membri; sino alle modifiche apportate dal Trattato di Maastricht, tutte le direttive entravano in vigore esclusivamente a seguito di notifica agli Stati destinatari. Inoltre, la direttiva di cui si discute è stata pubblicata nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, serie L, nella parte in cui la pubblicazione non è una condizione di applicabilità; alla pubblicazione, effettuata a soli scopi informativi, non poteva quindi, a mio parere, essere collegata alcuna presunzione *erga omnes* di conoscenza a carico degli amministrati.

34. Ricordo poi che l'art. 189 del Trattato CE (divenuto art. 249 CE), in collegamento con il principio generale di buona fede di cui all'art. 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE) e con la clausola generale inserita nel testo delle direttive[21], pone a carico degli Stati membri l'obbligo di adottare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi al testo della direttiva e di eliminare dal proprio ordinamento le disposizioni interne difformi. Qualora ciò non avvenga, come nel caso che ci occupa, lo Stato membro si trova in una situazione di inadempimento e non potrebbe contestare ad un privato, titolare di diritti ai sensi della direttiva, di non avere tempestivamente reagito ad una violazione dei diritti stessi. Lo stesso vale per la presunta preventiva acquiescenza alla violazione della direttiva, posta in essere tramite la richiesta di assoggettamento della società al regime della legge sul risanamento delle imprese. Non può infatti escludersi che il comportamento del privato sia stato dettato dalla circostanza che, ai suoi occhi, il regime speciale previsto dalla legge non presentava alcun profilo di incompatibilità con il diritto comunitario. E detto convincimento, certo errato, era stato provocato esclusivamente dal comportamento illegittimo dello Stato greco, che al momento della richiesta non aveva ancora provveduto a recepire la direttiva e dunque a porre gli amministrati nelle condizioni di conoscere pienamente i diritti loro attribuiti dalla direttiva stessa.

35. In queste condizioni, ritengo sia errato pretendere, a carico del privato, un onere di conoscenza del suo diritto, a pena di vedere qualificare come «abusivo» l'esercizio del diritto basato sulla direttiva non recepita, in tutti i casi in cui il suo comportamento sia stato in qualche modo incoerente con il contenuto della direttiva stessa. Opinando altrimenti, si darebbe allo Stato, colpevole dell'inadempimento e dunque responsabile diretto delle difficoltà, per il privato, di

20 — Non è inutile precisare che, a quanto risulta, il ricorso dell'azionista è stato depositato in tempo utile per evitare il decorso dei termini di prescrizione.

21 — L'art. 43 della direttiva richiede agli Stati membri di procedere alla sua attuazione entro due anni dalla notifica. Come prima ricordato, nel caso della Grecia, conformemente all'art. 143 dell'Atto di adesione, il termine era del 1° gennaio 1981.

conoscere il suo diritto, la possibilità di approfittare del proprio inadempimento invocando la norma sull'abuso del diritto e provocando in tal modo il rigetto dell'azione proposta dall'azionista. Allo stesso modo, si imporrebbe al privato di svolgere un'indagine, tutt'altro che scontata nei risultati, sulla presenza dei requisiti di chiarezza e precisione necessari affinché disposizioni di una direttiva non recepita possano essere invocate in giudizio nei confronti dello Stato responsabile dell'inadempimento.

36. Le circostanze concrete che hanno dato origine alla fattispecie che ci occupa confortano la conclusione ora raggiunta. Risulta dall'ordinanza di rinvio e dalle osservazioni presentate dalle parti che l'attore nel giudizio principale ha presentato il proprio ricorso nel febbraio del 1991, vale a dire a distanza di alcuni anni dall'adozione dei provvedimenti per cui è causa (ma pur sempre rispettando i termini di decadenza e di prescrizione), ma subito dopo la lettura dinanzi a codesta Corte delle conclusioni dell'avvocato generale nella causa Karella e Karellas [22]. La difesa del ricorrente ha infatti precisato, nell'udienza dinanzi alla Corte, che solo con la lettura delle conclusioni ora citate, poi seguite dalla Corte, si era potuto definitivamente far luce, in Grecia, sulla situazione giuridica degli azionisti, sull'effetto diretto della direttiva e quindi sull'azionabilità del diritto loro spettante alla luce della stessa, da poco recepita nell'ordinamento interno con disposizioni che non avevano applicazione retroattiva. E' dunque solo a partire da quel momento che l'azionista è riuscito ad avere conoscenza del suo diritto di opporsi ad un aumento di capitale della sua società attuato in via amministrativa. Prima di allora, il comportamento dell'amministrazione e delle giurisdizioni era infatti nel senso di ritenere del tutto legittima l'applicazione di una norma interna che consentiva un aumento del genere. Pretendere di qualificare abusivo l'esercizio di un'azione fondata sulla direttiva per il solo fatto che, prima dell'intervento di attuazione dello Stato membro e dunque in una situazione di inadempimento da parte di quest'ultimo, il privato avrebbe posto in essere comportamenti del tutto legittimi rispetto alla legge interna, ma difformi dalla direttiva, equivarrebbe a porre a carico del privato un onere di conoscenza dei diritti conferiti da una direttiva comunitaria, in quanto il mancato esercizio degli stessi ovvero un comportamento difforme comporterebbe conseguenze negative nei suoi confronti. Verrebbero quindi affievoliti, in primo luogo, il principio per cui l'effetto diretto «verticale» delle direttive è un rimedio a disposizione del privato per reagire alle violazioni del diritto comunitario da parte dello Stato membro e, in secondo luogo, l'effetto deterrente che detto rimedio ha rispetto a violazioni dell'obbligo di dare tempestiva e corretta attuazione alle direttive. A mio parere, invece, l'ignoranza, da parte del privato, del diritto attribuito da una direttiva non recepita va considerata come del tutto incolpevole, in quanto non è altro che la conseguenza inevitabile del comportamento — questo sì, colpevole — dello

22 — Conclusioni del 30 gennaio 1991 (Racc. pag. I-2704). In quell'occasione, l'avvocato generale Tesauro proponeva per la prima volta alla Corte di rispondere alle domande pregiudiziali poste dal Consiglio di Stato ellenico in maniera da dichiarare: 1) che l'art. 25 della direttiva è incondizionato e sufficientemente preciso affinché il singolo possa invocarlo nei confronti dell'amministrazione dinanzi al giudice nazionale, facendo valere che è con esso incompatibile la disciplina contenuta in una norma di legge; 2) che la stessa deve essere interpretata nel senso che osta all'applicazione di una normativa che, rivolta a disciplinare la gestione di talune aziende in crisi, pur conservando ai vecchi azionisti un diritto di opzione, consente di decidere l'aumento del capitale con atto amministrativo e senza deliberazione dell'assemblea.

Stato membro inadempiente. In altre parole, considerando le circostanze della pubblicazione, il fatto che la direttiva abbia come destinatari gli Stati membri, l'obbligo a carico degli stessi di darne attuazione negli ordinamenti nazionali, l'esigenza di integrale ed uniforme applicazione delle direttive negli Stati membri e, in ultima analisi, l'applicazione del principio generale di buona fede di cui all'art. 5 del Trattato CE, non può ritenersi che esista, allo stato attuale del diritto comunitario, una presunzione di conoscenza dei diritti attribuiti da una direttiva non recepita. Di conseguenza, un comportamento solo apparentemente incoerente di un privato — quale quello posto in essere nella fattispecie che ci occupa — non può in ogni caso essere sanzionato con l'applicazione del principio generale che vieta l'esercizio abusivo del diritto [23].

37. Ritengo dunque che si possa rispondere al primo quesito posto dal giudice *a quo* nel senso che si pregiudicherebbe la piena efficacia e l'applicazione uniforme dell'art. 25 della seconda direttiva del Consiglio, del 13 dicembre 1976, 77/91/CEE, qualora si consentisse al giudice nazionale di qualificare come abusivo l'esercizio del diritto di un azionista in ragione del fatto che non ha esercitato il diritto di opzione sulle azioni emesse a seguito di un aumento di capitale avvenuto con modalità incompatibili con l'art. 25 della direttiva, ovvero che ha chiesto che la sua società venisse sottoposta all'applicazione di una legge interna incompatibile con la direttiva in un momento in cui, in ragione dell'inadempimento dello Stato membro che invoca l'esercizio abusivo del diritto, l'azionista poteva legittimamente non essere a conoscenza del diritto a lui conferito dalla direttiva non recepita.

38. Con il secondo quesito il giudice nazionale intende conoscere quali conseguenze possano trarsi rispetto alla validità delle decisioni ministeriali di variazione del capitale sociale, qualora l'eccezione di abuso del diritto risultasse fondata. In ragione della risposta fornita al primo quesito, non ritengo sia necessario soffermarsi sul secondo. Qualora, invece, la Corte ritenga che le circostanze di fatto citate dal giudice nazionale giustifichino l'applicazione dell'eccezione dell'abuso del diritto, ed in mancanza di ulteriori precisazioni da parte del giudice nazionale, ritengo che la Corte debba limitarsi a rispondere che spetta a quest'ultimo decidere se, nonostante il rigetto dell'azione promossa dall'azionista, le deliberazioni dell'assemblea sulle modifiche del capitale, assunte in violazione della direttiva, rimangono in vigore ovvero debbono per altro verso essere disapplicate in quanto incompatibili con il diritto comunitario.

23 — Ovvero, si potrebbe aggiungere, con l'applicazione di termini di prescrizione e decadenza rispetto ad un'azione fondata su un diritto attribuito da una direttiva non recepita, a pena di consentire allo Stato membro inadempiente di giovarsi del proprio inadempimento. Per questo motivo, ritengo di condividere la posizione assunta dalla Corte nella sentenza 25 luglio 1991, Emmott (causa C-208/90, Racc. pag. I-4269), in cui ha dichiarato che, «fino al momento della trasposizione corretta della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva e che un termine di ricorso del diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento» (punto 23), e di nutrire dubbi sulla soluzione sposata nelle sentenze successive, in base alle quali l'ambito di applicazione del principio prima richiamato viene di fatto ridotto alle sole ipotesi in cui l'applicazione del termine di decadenza arriva a privare totalmente il ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto dinanzi al giudice nazionale (v. per tutte la sentenza 15 settembre 1998, Ministero delle Finanze/Spac, causa C-260/96, Racc. pag. I-4997, punti 28-31).

Conclusioni

39. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere come segue ai quesiti posti dal Polymeles Protodikeio Athinon:

«L'art. 25 della seconda direttiva del Consiglio, del 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, deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale non può qualificare come abusivo il comportamento di un azionista il quale chieda che sia dichiarato illegittimo un aumento di capitale avvenuto con modalità vietate dalla direttiva, in ragione del fatto che non ha esercitato il diritto di opzione sulle azioni emesse a seguito dell'aumento di capitale, ovvero in ragione del fatto che la sua società è sottoposta all'applicazione di una legge interna incompatibile con la direttiva in un momento in cui, a causa dell'inadempimento dello Stato membro che fa valere il carattere abusivo dell'esercizio del diritto, l'azionista poteva non essere a conoscenza del diritto a lui conferito dalla direttiva non recepita».