



Milan Law Review
n. 2/2025



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI MILANO

Facoltà di
Giurisprudenza





EDITORE: Università degli Studi di Milano -CRC “Studi sulla giustizia”

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Gambaro

COMITATO DI DIREZIONE: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertonazzi, Francesca Biondi, Pierre Brunet, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenaue, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Francesca Ghirga, Fernando Londoño Martínez, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rübner, Alejandro Torres Gutierrez, Francesco Viganò, Gianroberto Villa, Stefano Zirulia.

COMITATO DI REDAZIONE: Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Gaia Caneschi, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingraio, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

COMITATO SCIENTIFICO: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Oriana Binik, Luis Blanco Valdés, Manfredi Bontempelli, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Carlos De Cores, Iole Fargnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Marafioti, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Daniele Negri, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Roberto Sacchi, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Laura Scomparin, Claudia Storti, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

ISSN: 2724-3273

Iscrizione al Registro della Stampa con Decreto del 2 luglio 2021, Tribunale di Milano.

Luogo di pubblicazione: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italia.

Data di pubblicazione del fascicolo: dicembre 2025

doi: 10.54103/milanlawreview/2026/v6/n2



Milan Law Review (MLR) è una Rivista giuridica a vocazione multidisciplinare e multilingue, pubblicata con cadenza semestrale in modalità *open access*. La Rivista rappresenta uno spazio di discussione ed approfondimento aperto e pluralista, che si propone di superare gli steccati che tradizionalmente separano le discipline giuridiche e gli ordinamenti nazionali, promuovendo il dibattito scientifico su un ampio spettro di problematiche, da quelle classiche a quelle più strettamente contemporanee.

Nata da un'iniziativa dei tre Dipartimenti afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano, la Rivista annovera tra i componenti dei propri organi studiosi provenienti da prestigiosi Atenei e Centri di ricerca di tutto il mondo.

La Rivista è classificata dall'ANVUR come **“Rivista Scientifica di Classe A” per l'Area 12**.

Open Access Policy: Questa serie fornisce accesso aperto e senza restrizioni ai suoi contenuti. Chiunque ha il diritto di scaricare, riutilizzare, ristampare, modificare, distribuire e/o copiare i contenuti pubblicati.

La Rivista è distribuita con **licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)**. Tale licenza consente di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale con qualsiasi mezzo e formato, purché venga espressamente riconosciuta la paternità dell'opera. Non è consentito l'utilizzo per scopi commerciali. Presentando un articolo alla Rivista l'autore ne accetta la pubblicazione in base a tale licenza.

Peer Review: I contributi sono sottoposti ad una procedura di referaggio anonimo (*double blind peer review*). Il Direttore responsabile, dopo avere svolto una previa valutazione di adeguatezza scientifica del contributo e di pertinenza all'area tematica della Rivista, invia gli stessi contributi, resi anonimi dal Comitato editoriale, al *referee* da lui scelto nell'ambito di un elenco di *referee* formato dal Comitato di direzione. Il *referee* esprime la propria valutazione, di regola, entro 20 giorni dall'attribuzione dell'incarico.

Codice etico: La Rivista si uniforma agli standard definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e adotta le relative linee guida. Il testo integrale del codice etico è disponibile sulla pagina web della *Milan Law Review*.

Modalità di citazione consigliata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Milan Law Review*, anno, n. X, p. XX-XX.





PUBLISHER: Università degli Studi di Milano -CRC “Studi sulla giustizia”

EDITOR IN CHIEF: Antonio Gambaro

EDITORIAL BOARD: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertonazzi, Francesca Biondi, Pierre Brunet, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenaue, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Francesca Ghirga, Fernando Londoño Martínez, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rübner, Alejandro Torres Gutierrez, Francesco Viganò, Gianroberto Villa, Stefano Zirulia.

EDITORIAL STAFF: Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Gaia Caneschi, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorssemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

SCIENTIFIC COMMITTEE: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Oriana Binik, Luis Blanco Valdés, Manfredi Bontempelli, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Carlos De Cores, Iole Fargnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Marafioti, Natascia Marchei, Luca Maserà, Mathias Möschel, Daniele Negri, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Roberto Sacchi, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Laura Scomparin, Claudia Storti, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

ISSN: 2724-3273

Registration in the Public Press Register by Decree of July 2, 2021 - Court of Milan

Place of Publication: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italy

Date of Publication: December 2025

doi: 10.54103/milanlawreview/2026/v6/n2



Milan Law Review (MLR) is a multidisciplinary and multilingual law journal, published on a six-monthly basis in open access mode. The Review provides an open and pluralist space for discussion and in-depth scholarship, which aims to overcome those pre-established barriers which conventionally separate legal disciplines and national legal systems and to promote the scientific debate on a wide range of issues, from traditional to more strictly contemporary ones.

Created on the initiative of the three Departments composing the Faculty of Law of the University of Milan, MLR counts among the members of its academic bodies prestigious Universities and research centres from all over the world.

Open Access Policy: The Review provides open and unrestricted access to its contents. Anyone has the right to download, use, print, distribute and/or copy published content, in compliance with the adopted license (see below).

The Review is distributed under a **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)**. This license allows to reproduce, distribute, communicate to the public, publicly display, perform and recite the material in any medium and format, provided that the authorship of the work is expressly acknowledged. Use for commercial purposes is not permitted. By submitting an article to the Review, the author accepts publication under this license.

Peer Review: Contributions are subject to double blind peer review. The Editor in Chief, after a preliminary evaluation of the scientific adequacy of the contribution and its relevance to the subject area of the Review, sends the contribution, made anonymous by the Editorial Staff, to the referee chosen from a list of referees formed by the Editorial Board. The referee shall express her or his evaluation within 20 days of the assignment unless otherwise agreed.

Publication Ethics: The Review has adopted its own standards on publication ethics (available on the MLR website), in compliance with the guidelines defined by the *Committee on Publication Ethics* (COPE).

Suggested Citation style: N. SURNAME, *Title*, in *Milan Law Review*, year, n. X, p. XX-XX.





INDICE

ARTICOLI

Competitività dei mercati e diritto di opzione: spunti dal diritto spagnolo MARCO SPERANZIN	1
Equivoci della recente giurisprudenza di legittimità sull'assemblea degli investitori negli O.I.C.R. contrattuali CHIARA PICCIAU	26
Reconfiguring Citizenship: Between <i>Ius Sanguinis</i> and <i>Ius Soli</i> in Italy and the United States LORENZO GAGLIARDI	49
Linee per la rifondazione del processo penale in Brasile JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO E BRUNO CUNHA SOUZA	62
End Hunger in California Act of 2024 (Assembly Bill No. 1961): Legal Strategies for Food and Nutrition Security JOÃO MARCEL EVARISTO GUERRA	94



TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Competitività dei mercati e diritto di opzione: spunti dal diritto spagnolo MARCO SPERANZIN	1
Equivoci della recente giurisprudenza di legittimità sull'assemblea degli investitori negli O.I.C.R. contrattuali CHIARA PICCIAU	26
Reconfiguring Citizenship: Between <i>Ius Sanguinis</i> and <i>Ius Soli</i> in Italy and the United States LORENZO GAGLIARDI	49
Linee per la rifondazione del processo penale in Brasile JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO E BRUNO CUNHA SOUZA	62
End Hunger in California Act of 2024 (Assembly Bill No. 1961): Legal Strategies for Food and Nutrition Security JOÃO MARCEL EVARISTO GUERRA	94

Articoli

COMPETITIVITÀ DEI MERCATI E DIRITTO DI
OPZIONE: SPUNTI DAL DIRITTO SPAGNOLO¹*PRE-EMPTION RIGHT AND MARKET COMPETITIVENESS:
INSIGHTS FROM SPANISH COMPANY LAW*

Marco Speranzin

ORCID: 0000-0001-8457-6696

Professore ordinario di diritto commerciale,
Università degli Studi di Padova, Italy (00240q980)

Abstract

Il contributo analizza le recenti riforme in materia di aumento del capitale sociale e diritto di opzione, con particolare attenzione al confronto tra l'esperienza italiana e quella spagnola. In un contesto europeo volto a rafforzare il mercato dei capitali, il saggio esamina le semplificazioni introdotte dal legislatore spagnolo con la *Ley* n. 5/2021, che ha inciso profondamente sulla disciplina dell'esclusione del diritto di opzione e sull'uso delle deleghe all'organo amministrativo. L'analisi comparatistica evidenzia come la tendenza comune sia quella di attribuire maggiore flessibilità e centralità agli organi gestori, riducendo i tempi e i costi delle operazioni di aumento di capitale, pur mantenendo adeguate tutele per gli azionisti. Il saggio conclude sottolineando la necessità di un ripensamento delle funzioni e delle modalità di esercizio del diritto di opzione a livello europeo, nella prospettiva di un equilibrio tra tutela dei soci e competitività dei mercati.

Parole chiave: Diritto di opzione, aumento di capitale, aumento delegato, mercato dei capitali.

¹ Il presente scritto, che verrà pubblicato anche, con alcune modifiche, negli *Studi in onore di G. Santoni*, fa parte di un lavoro più ampio e riprende alcune tematiche trattate nella relazione tenuta al *Convegno italo-spagnolo: un confronto tra ordinamenti in tema di diritto societario* tra le Università di Valencia e Padova del 4 e 5 aprile 2024, nonché nel lavoro *Competitividad de los mercados y desarrollos en tema de aumento de capital y derecho de suscripción preferente*, in corso di pubblicazione nel *Libro Homenaje a J.M. Embid Irujo*.

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 30/12/2025



Milano University Press

The paper examines recent reforms concerning capital increases and shareholders' pre-emption right, focusing on a comparative analysis among European, Italian and Spanish corporate law. Within the broader EU framework aimed at strengthening capital markets, the article explores the simplifications introduced by Spain's Law No. 5/2021, which significantly reformed the rules on the exclusion of pre-emption rights and on authorized capital increases. The comparative overview highlights a general trend towards greater flexibility and a more prominent role for the board of directors, with the aim of expediting capital-raising operations while maintaining adequate shareholder protection. The study concludes by emphasizing the need for a European level reconsideration of the pre-emption right's function, seeking a balance between investor safeguards and market competitiveness.

Keywords: Pre-emption right, capital increase, authorized capital increase, capital markets, shareholders' protection.

Sommario: 1. Premessa: riforme della disciplina dell'aumento di capitale. 2. Modifiche (provvisorie o strutturali) alla disciplina italiana del diritto di opzione. 3. La disciplina spagnola: semplificazioni in materia di esclusione del diritto di opzione. 4. (Segue) Novità in materia di aumento delegato e di esecuzione dell'aumento. 5. Considerazioni di insieme: l'esclusione semplificata del diritto di opzione e la funzione della percentuale predeterminata del capitale. 6. (Segue) Relazione dell'organo amministrativo e prezzo di mercato. 7. Conclusioni.

1. PREMESSA: RIFORME DELLA DISCIPLINA DELL'AUMENTO DI CAPITALE

Negli ultimi anni vi sono stati vari interventi volti a migliorare e rafforzare il mercato dei capitali europeo, in quanto l'attrazione e l'incremento degli investimenti nelle società di capitali costituisce senz'altro una delle finalità di politica legislativa sia nei singoli Stati membri, sia a livello euro-unitario, sulla base dell'obiettivo prima della *Capital Markets Union*¹ e, più di recente, dell'Unione dei Risparmi e degli Investimenti (*SIU*) nonché della creazione del ventottesimo statuto².

In tale contesto, l'istituto dell'aumento del capitale, nonostante la sua rilevanza fondamentale dal punto di vista del diritto tanto societario quanto dei mercati finanziari, non è stato, tuttavia, al centro della riflessione e dell'interesse del legislatore, fatta eccezione per alcune disposizioni volte a far fronte alle principali crisi, in particolare finanziaria e pandemica³.

Si è però da più parti rilevato che il processo di collocamento sul mercato delle azioni richiede nella prassi più rapidità e flessibilità rispetto a quella consentita dal sistema vigente: da qui una serie di modifiche legislative recenti che sono intervenute, in particolare, e con diversa estensione, sulla disciplina delle società con azioni quotate in mercati regolamentati o negoziate in sistemi multilaterali, ed in particolare sul diritto di opzione degli azionisti e sull'ambito della delega all'organo amministrativo.

¹ V. tra i documenti più importanti il Libro verde *Building a Capital Markets Union*, 18 febbraio 2015, nonché l'*Action Plan* del 24 settembre 2020 della Commissione europea, nonché, da ultimo, le iniziative facenti parte del cd. *Listing Act*, a partire dal Regolamento UE 2024/2809 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024 (tutti i documenti sono reperibili in www.eur-lex.europa.eu/legal-content).

² V. la Comunicazione della Commissione europea del 29 gennaio 2025, COM (2025), *Una bus-sola per la competitività dell'Unione europea*, su cui le valutazioni (in merito alla proposta di ventottesimo statuto) di P. Hommelhoff-V. Goll-A.P. Stern, *Die 28. Rechtsform*, in *NZG*, 2025, 915 ss.

³ Lo rileva, ad esempio, J. Koch, *Die Reform des Kapitalerhöhungsrechts durch das ZuFinG*, in *Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2023*, Köln, 2024, 33 ss.

Molti di questi interventi sono stati guidati (se non espressamente promossi) dalle richieste delle imprese innovative e in forte crescita, bisognose di un significativo e più efficiente ricorso a finanziamenti⁴; e sono stati anche determinati dai pericoli derivanti dalla concorrenza di altri ordinamenti societari, ritenuti più liberali (*in primis* di alcuni tra gli Stati Uniti, ma anche, all'interno dell'Unione europea, quello olandese)⁵.

Come si dirà, le modifiche legislative in diversi sistemi, complessivamente considerate, confermano - quanto meno per le società con azioni diffuse - la rilevanza della disciplina del diritto di opzione non più nella tradizionale prospettiva della tutela individuale dell'azionista, ma quale regola di funzionamento dell'attività, di finanziamento dell'impresa e di incentivazione all'investimento, con attribuzione di un ruolo sempre più centrale all'organo amministrativo⁶. Inoltre, con riferimento alle società quotate, la disciplina dell'esclusione del diritto di opzione può dirsi ormai collocata ad un livello intermedio tra il sistema tradizionale e classico dell'Europa continentale (attribuzione del diritto, con possibilità di sua esclusione al ricorrere di certi specifici presupposti) e il sistema vigente nella maggioranza degli Stati Uniti (non spettanza, salvo diversa previsione statutaria).

Il diritto di opzione, infatti, sebbene rimanga un punto fermo del sistema societario (*cornerstone of company law*)⁷, come ricordato anche, più volte, dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁸, può venire legittimamente escluso in modo semplificato al verificarsi di alcune condizioni che predeterminano un interesse collettivo (o, se si preferisce, dell'impresa) all'esclusione, tenendo conto della valorizzazione della natura prevalentemente finanziaria dell'investimento⁹.

⁴ In parallelo le richieste delle medesime imprese hanno spinto anche per modifiche relative alle società di capitali chiuse o private o a base personalistica: v. C. Thomale, *Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Austrian Limited*, in S. Kalss-U. Torggler, *Reform des Gesellschaftsrechts*, Wien, 2022, 9 ss.; P. Agstner, *Le s.r.l. aperte: uno sguardo comparatistico*, in *Rivista ODC*, 2024, 198 ss.; M. Speranzin, *La FlexCo e la riforma delle s.r.l. «in permanenza»*, in *Riv. soc.*, 2024, 318 ss.

⁵ G. Ballerini, *Legge Capitali e Regulatory Competition (con particolare riferimento all'ordinamento olandese)*, in *NLCC*, 2024, 961 ss.; N. Joser, *Wettbewerb der Finanzstandorte*, in *AG*, 2024, 677 ss. V. anche G. Petroboni (a cura di), *Amsterdam drive? La mobilità societaria verso i paesi bassi: l'attrattività, gli esiti, i problemi*, Milano, 2025.

⁶ E. Ginevra, *Art. 2441*, in *Le società per azioni*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2016, 2618; v. anche, più di recente, A. Picciau, *Art. 2441*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2025, 351 ss.

⁷ Secondo la definizione di P. Myners, *Pre-emption Rights: Final Report*, 2005, in www.dti.gov.uk. Lo sottolinea di recente anche J. Koch, *Die Reform des Kapitalerhöhungsrechts durch das ZuFinG*, cit., 35.

⁸ V. Corte di Giustizia, 19 novembre 1996, C-42/95 (*Siemens/Nold*) e Corte di Giustizia, 18 dicembre 2008, C-338/06, su cui si tornerà in seguito.

⁹ G. Giannelli, *L'aumento di capitale a pagamento*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, III, Torino, 2007, 276; A. Abu Awwad, *Il diritto di opzione nelle società quotate*, Milano, 2013, *passim*; nel sistema

Come si diceva, non si è ancora deciso di intervenire *direttamente*, nonostante le varie sollecitazioni sul punto giustificate dalla necessità di maggiori finanziamenti a titolo di *equity*¹⁰, sulla *disciplina euro-unitaria* in materia di aumenti del capitale sociale, e quindi, in particolare, sulla direttiva UE 2017/1132 (artt. 68 e ss.). Quest'ultima, infatti, contiene, come noto, previsioni che vincolano le legislazioni nazionali sia relativamente alla disciplina del diritto di opzione in caso di aumenti da sottoscrivere in danaro (art. 72), sia relativamente alla competenza assembleare a deliberare l'operazione di aumento o ad introdurre la delega a favore dell'organo amministrativo (art. 68)¹¹. *Indirettamente*, tuttavia, la disciplina in materia di aumento del capitale sociale è stata di recente incisa - ma è argomento di cui non si tratterà specificamente in questa sede - dall'art. 32 della direttiva UE 2019/1023, che consente deroghe agli artt. 68 e 72, nella misura e per il periodo in cui tali deroghe siano necessarie «per l'istituzione dei quadri di ristrutturazione preventiva»¹², tanto da far discutere di un vero e proprio diritto delle acquisizioni di società in ristrutturazione attraverso l'esclusione del diritto di opzione dei soci¹³.

Al fine di fornire un quadro comparatistico utile per valutare le linee di tendenza europea, dopo una sintesi delle più recenti modifiche alla disciplina dell'aumento di capitale in Italia con alcuni riferimenti alle progettate disposizioni, poi eliminate nel testo finale, della legge sulla competitività del mercato dei capitali (l. n. 21 del 5 marzo 2024), si prenderà in esame, in questa sede, la disciplina spagnola riformata nel corso degli ultimi anni¹⁴.

spagnolo v. C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, in *Rev. der. del mercado de valores*, n. 27, 2020, 5.

¹⁰ V. in particolare l'iniziativa *SLIM (Simpler Legislation for the Internal Market)* ricordata da H. Hirte, *Issuing new Shares and Pre-emptive Rights. Recent issues in European Corporate Statutes*, in *La società per azioni oggi*, a cura di P. Balzarini-G. Carcano-M. Ventoruzzo, Milano, 2007, 738. Tali sollecitazioni sono state rafforzate nel periodo pandemico: v. L. Enriques, *Pandemic-Resistant Corporate Law: how to help companies cope with existential threats and extreme uncertainty during the Covid-19 crisis*, in *ECFR*, 2020, 264; M.S. Spolidoro, *Nuove e diverse soluzioni di aumento del capitale e diritto di opzione in situazioni di emergenza*, in *Riv. soc.*, 2020, 415 ss. Una sintesi, di recente, delle specificità dell'aumento del capitale nei periodi di crisi è contenuta nel lavoro di J.L. Lorber, *Stabilierungsmaßnahmen nach dem StFG und WStBG*, Berlin, 2024, 1 ss.

¹¹ In generale sull'interpretazione della disciplina comunitaria in materia di aumento del capitale sociale v. S. Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*2, Franz Vahlen, Heidelberg, 2011, 183 ss.; M. Habersack-D.A. Verse, *Europäisches Gesellschaftsrecht*5, C.H. Beck, München, 2019, 255 ss.

¹² V. anche sul punto il *Considerando* n. 96 della direttiva UE 2019/1023.

¹³ S. Mock, *(Einseitige) Bezugsrechtsgewährung in Restrukturierungsplänen*, in *NZG*, 2024, 769 ss.; J. Pulgar Ezquerro-M. Iribarren Blanco, in *Comentario del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, Director J.M. Embid Irujo, 2024, 348 ss.; J. Pulgar Ezquerro, *La posición de los socios en los nuevos planes de restructuración: dos años de aplicación práctica*, in *Diario La Ley*, 13 dicembre 2024, 3 ss.; E. Ginevra-M. Speranzin, *Le operazioni sul capitale nella società in crisi tra diritto interno e comparato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2025, I, 280 ss.

¹⁴ Per le novità apportate dalla disciplina tedesca dal *Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG)*, entrato

2. MODIFICHE (PROVVISORIE O STRUTTURALI) ALLA DISCIPLINA ITALIANA DEL DIRITTO DI OPZIONE.

Come noto, nell'ordinamento italiano gli interventi dell'ultimo periodo risultano tutto sommato contenuti, anche se possono evidenziarsi alcune novità suscettibili di ulteriori sviluppi.

Nel 2020 il legislatore ha facilitato gli investimenti a titolo di *equity* nel contesto pandemico. Il cd. decreto Semplificazioni¹⁵ ha introdotto alcune misure di carattere *temporaneo* (utilizzabili sino al 30 giugno 2021): tra queste una minor difficoltà deliberativa attraverso la riduzione dei *quorum* assembleari (sia di s.p.a. che s.r.l.) necessari per deliberare aumenti di capitale a titolo oneroso in danaro o in natura¹⁶; l'ampliamento della portata dell'art. 2441, comma 4, secondo periodo (c.d. esclusione semplificata del diritto di opzione nelle società con azioni quotate, da alcuni qualificata come un'ipotesi di vera e propria non spettanza del diritto¹⁷), con una norma che consentiva l'adozione della delibera anche in mancanza della (altrimenti richiesta) clausola statutaria, e fino alla misura del 20% (anziché del 10% come previsto dall'art. 2441 c.c.) del capitale preesistente.

La possibilità di rendere strutturali e generali questi interventi provvisori era stata supportata¹⁸ dal *Libro Verde sulla competitività dei mercati finanziari italiani* curato dal Dipartimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 2022¹⁹, in cui era sta-

in vigore nel 2024, si rinvia a J. Koch, *Die Reform des Kapitalerhöhungsrechts durch das ZuFinG*, cit., 33 ss.; J. Lieder-R. Hilser, *Die Reform der Eigenkapitalfinanzierung durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, in ZHR, 2024, 190 ss.; K. von der Linden, *Neuerungen im Kapitalerhöhungsrecht*, in AG. ZuFinG-Sonderbeilage, 2024, 24 ss.; v. anche M. Speranzin, *Competitividad de los mercados y desarrollos en tema de aumento de capital y derecho de suscripción preferente*, cit., §§ 3 e ss.

¹⁵ Art. 44 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella l. 11 settembre 2020, n. 120: su quest'ultima disciplina v. Circolare Assonime n. 25 del 2 ottobre 2020, in Riv. soc., 2020, 1177 ss.; v. P. Marchetti, *Provvedimenti emergenziali (c.d. decreto "Semplificazioni") ed aumento di capitale*, in Riv. soc., 2020, 1165 ss.

¹⁶ Nonché per introdurre la clausola di delega all'organo amministrativo, anche con esclusione o limitazione del diritto di opzione o sottoscrizione dei soci (art. 44, commi 1 e 2): cfr. V. Pinto-M. Speranzin, *Aumento di capitale "Covid-19" e poteri indisponibili della maggioranza*, in Nuove leggi civ. comm., 2021, 13 ss.

¹⁷ V. A. Abu Awwad, *Il diritto di opzione nelle società quotate*, cit., 85 ss. e 110; E. Ginevra, *Art. 2441*, cit., 2637. In senso contrario, per la tesi prevalente v. G. Balp, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2441 c.c. e del suo utilizzo*, in AGE, 2017, 264 ss., la quale osserva che la clausola statutaria deve essere resa operativa in relazione alla singola emissione da realizzare, e quindi si tratta di un'ipotesi di vera e propria esclusione, seppure semplificata; conforme M. Onza, *Gli aumenti del capitale*, in P. Spada (a cura di), *La società per azioni*, in Trattato Indica-Zatti, Milano, 2025, 144, che si esprime in termini di disattivazione del diritto.

¹⁸ Seppure con la motivazione, che pare non del tutto corretta con riferimento alla prima regola (quella della riduzione dei *quorum* non solo legali, ma anche statutari), della necessità di un maggior spazio per l'autonomia statutaria.

¹⁹ V. www.dt.mef.gov.it, 30 ss., nonché la *Relazione illustrativa degli esiti della consultazione avente ad*

ta anche evidenziata la necessità di allineare gli strumenti di accesso al mercato dei capitali con gli altri ordinamenti europei.

Le relative proposte normative (la prima, quella avente a riferimento i quozienti assembleari, solo con riferimento alla s.p.a., e non alla s.r.l.) erano state dunque inserite all'art. 8 (rubricato *Misure a favore degli aumenti di capitale*) in una prima versione del disegno di legge sulla competitività del mercato dei capitali²⁰, in linea con quanto proposto nel Regno Unito, ove alcune regole del periodo Covid sono state estese e sono divenute strutturali²¹. Il contenuto dell'originario art. 8 è stato, tuttavia, successivamente eliminato dal testo finale della già ricordata legge sulla competitività del mercato dei capitali, fermo restando che l'intervento, in corso di discussione a livello legislativo, sulla disciplina degli emittenti azioni quotate, ai sensi dell'art. 19 della medesima legge capitali, potrebbe comprendere anche una modifica dell'esclusione semplificata del diritto di opzione nel senso che si era programmato.

Contestualmente, sempre nel 2020 sono state anche introdotte, dal medesimo decreto Semplificazioni, modifiche della disciplina dell'aumento di capitale di carattere *definitivo*, riferite alla sola s.p.a.

Tra queste rileva, in particolare, l'intervento all'art. 2441, comma 4, secondo periodo: è stata estesa la disciplina dell'esclusione semplificata del diritto di opzione anche alle società con azioni negoziate in sistemi multilaterali di negoziazione²². Inoltre si è previsto - diversamente da quella che doveva considerarsi l'opinione prevalente²³, e in senso contrario sia all'esigenza di una più rapida realizzazione dell'operazione, sia della interpretazione della previsione come di un caso di non spettanza del diritto²⁴ - che anche per gli aumenti di capitale disciplinati all'art. 2441, comma

oggetto il libro Verde, 1 luglio 2022, 6, ove osservato che secondo alcuni le misure introdotte nel 2020 si sono rivelate un importante strumento di crescita per le imprese italiane.

²⁰ Entrambe le modifiche avrebbero dovuto avere, nel progetto di legge, una durata comunque limitata, fino al 30 aprile 2025.

²¹ Cfr. M. Austin, *UK Secondary Capital Raising Review*, July 2022, in www.gov.uk, 5, per la necessità di rendere strutturali le regole di facilitazione all'aumento previste nel periodo del Covid, con particolare riferimento alla regola del limite del 20% del capitale sociale per l'esclusione semplificata del diritto, regola su cui si tornerà.

²² V. in particolare per la possibile rilevanza sistematica della modifica P. Marchetti, *Provvedimenti emergenziali (c.d. decreto "Semplificazioni") ed aumento di capitale*, cit., 1168 ss.

²³ G. Balp-M. Ventoruzzo, *Esclusione del diritto di opzione nelle società con azioni quotate nei limiti del dieci per cento del capitale e determinazione del prezzo di emissione*, in *Riv. soc.*, 2004, 816; G. Balp, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2441 c.c. e del suo utilizzo*, cit., 257.

²⁴ V. *supra*, nota 17.

4, seconda parte, c.c. (e anche al di fuori del periodo Covid) risulti necessario redigere, depositare e pubblicare una relazione dell'organo amministrativo contenente le ragioni dell'esclusione o della limitazione del diritto di opzione, nonché i criteri adottati nella determinazione del prezzo di emissione. Una disciplina, quest'ultima, che solleva numerose perplessità ad un confronto comparatistico²⁵.

3. LA DISCIPLINA SPAGNOLA: SEMPLIFICAZIONI IN MATERIA DI ESCLUSIONE DEL DIRITTO DI OPZIONE.

Le importanti novità introdotte in Spagna in materia di aumento del capitale dalla Ley n. 5 del 12 aprile 2021 (preceduta dal progetto di legge del 7 settembre 2020), entrata in vigore il 3 maggio 2021, sono state giustificate non da quello che costituiva l'obiettivo principale della menzionata legge, ossia la trasposizione nell'ordinamento spagnolo della direttiva 2017/828/UE (di modifica della direttiva 2007/36/CE sui diritti degli azionisti)²⁶; la giustificazione dell'intervento in materia del legislatore è stata, invece, sulla base di un'indicazione dell'autorità spagnola di vigilanza sui mercati (CNMV)²⁷, quella di facilitare e rendere più veloce, competitivo ed efficiente il processo di collocamento di nuove operazioni sul mercato primario, in particolare nel caso di aumenti riservati ad investitori professionali o istituzionali, e comunque di rendere più attrattiva l'apertura al mercato delle società di capitali spagnole²⁸. In tal modo si è voluta modernizzare la disciplina, che era considerata sul punto, prima del 2021, tradizionale e particolarmente conservatrice rispetto ad altri ordinamenti europei continentali (in particolare Germania e Italia), con potenziale pregiudizio degli interessi alla raccolta dei capitali²⁹; la normativa spagnola era stata peraltro

²⁵ V. *infra*, par. 5 e ss.

Non è, inoltre, stato accolto, nella menzionata l. n. 21 del 2024, neppure l'ulteriore invito a consentire alle *start-ups*, e comunque alle società non quotate che hanno necessità di raccogliere capitali, una disciplina di favore relativa all'esclusione del diritto di opzione o di emissione delle partecipazioni senza necessità di fissare un determinato prezzo, come era stato auspicato nella *Relazione illustrativa degli esiti della consultazione avente ad oggetto il libro Verde*, 1 luglio 2022, 6, nt. 16.

²⁶ C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, in *Rev. der. del mercado de valores*, n. 27, 2020, 1.

²⁷ V. <http://cnmv.es>, newsletter n. 95 del 27 ottobre 2020.

²⁸ V. l'Artículo VIII del Preámbulo de la Ley 5/2021. Cfr. L. Hernando Cebriá, *Exclusión del derecho de preferencia en los aumentos de capital en las sociedades cotizadas*, relazione proposta al Convegno italo-spagnolo del 4 e 5 aprile 2024 di Padova, letta per cortesia dell'Autore.

²⁹ Nella dottrina spagnola v. J. García De Enterría, *Sociedades cotizadas, aumentos de capital y derecho de suscripción preferente. Una consideración económica*, Madrid, 2003, *passim*; C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, in *Rev. der.*

anche oggetto, in passato, di un'importante sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che aveva riconosciuto la sua non conformità ai precetti della (allora) Seconda direttiva in materia societaria³⁰.

La modifica è, pertanto, intervenuta sulle disposizioni speciali contenute nel titolo IV, capitolo III, della legge delle società di capitali, che sono riservate alle società anonime quotate, con particolare riferimento alla materia della sottoscrizione delle azioni (Artt. 503 ss. *LSC*).

L'obiettivo ricordato di maggiore favore per il mercato è stato perseguito in primo luogo attraverso l'ampliamento *soggettivo* dell'ambito applicativo delle disposizioni speciali volte a facilitare l'aumento di capitale e l'esclusione del diritto di opzione, regime che è stato esteso - insieme ad altre norme settoriali - anche alle società per azioni le cui partecipazioni sono ammesse alla negoziazione in sistemi multilaterali di negoziazione (in particolare il *BME Growth Market*)³¹.

In secondo luogo attraverso un ampliamento *oggettivo* dell'ambito applicativo delle disposizioni di facilitazione, esteso anche agli aumenti di capitale diretti ad incrementare la diffusione delle azioni in via funzionale a raggiungere i requisiti che consentono l'ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato o in un sistema multilaterale di negoziazione. Il regime speciale caratterizza dunque le società anche solo potenzialmente aperte o quotate³².

In terzo luogo, l'apertura a maggiori investimenti è stata perseguita attraverso una disciplina sostanziale, considerata più efficiente, *sia* dell'esclusione del diritto di opzione in relazione all'emissione di azioni e obbligazioni convertibili; *sia* dell'esecuzione (anche attraverso delega all'organo amministrativo) e della rapida «chiusura» dell'aumento nelle società quotate, norme volte a facilitare l'operazione tenendo conto degli effetti che il collocamento dell'operazione sul mercato primario determina sul prezzo di quotazione nel mercato secondario³³.

La prima disposizione su cui vi è stato un intervento sostanziale è il nuovo - e

del mercado de valores, n. 27, 2020, 1 ss.

³⁰ V. Corte di Giustizia, 18 dicembre 2008, C-338/06, su cui in particolare il saggio di C. García Grewe, *El precio de emisión de la acciones en los aumentos de capital realizados por las sociedades cotizadas sin derecho de suscripción preferente*, in *Estudios de derecho mercantil en memoria del Profesor Sánchez Andrés*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, 419 ss.; in Italia v. il saggio di R. Weigmann, *Le obbligazioni convertibili perdono il diritto di opzione*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 339 e ss.

³¹ Per il parallelo con quanto avvenuto in Italia v. il par. 2.

³² M.J. Castellano Ramírez, *La ejecución del aumento del capital de las sociedades cotizadas tras la ley 5/2021, de 12 de abril*, in *Rev. der. merc.*, 2022, 176.

³³ Su cui v., rispettivamente, questo paragrafo e quello successivo.

molto criticato nella sua attuale formulazione, particolarmente ambigua, come si vedrà - art. 504 della *Ley de Sociedades de Capital*.

Ai paragrafi 1-3 di tale articolo è stata eliminata la necessità, per consentire l'esclusione del diritto di opzione degli azionisti, della relazione di un esperto indipendente, nominato dal *Registro Mercantil*. Ciò a due condizioni, una quantitativa e una di prezzo: che l'emissione delle azioni o obbligazioni convertibili non superi l'importo del 20% del capitale sociale; e che si realizzi per un prezzo non superiore al 10% in meno rispetto al valore ragionevole dell'azione, valore determinato dalla relazione degli amministratori sulla base del prezzo di mercato delle azioni stabilito, in via presuntiva, con riferimento alla quotazione di borsa³⁴. Rimane, invece, necessaria per la delibera di aumento la relazione dell'organo amministrativo, prevista nella norma generale dell'art. 308 della *Ley de Sociedades de Capital*; essa deve giustificare la conformità all'interesse sociale dell'esclusione del diritto di opzione.

La nuova previsione ha, dunque, la fondamentale funzione di avvicinare l'ordinamento spagnolo ad altri sistemi che prevedono una disciplina di favore per l'aumento nelle società con azioni diffuse, e quindi velocizzare il processo di aumento del capitale sociale, dato che il tempo medio di nomina dell'esperto, sua accettazione dell'incarico e predisposizione della relazione a volte superava, nella prassi, i due mesi³⁵. Inoltre la funzione della relazione dell'esperto (indicare il valore ragionevole dell'azione; il valore teorico del diritto di opzione che s'intende escludere; la ragionevolezza dei dati contenuti nella relazione degli amministratori)³⁶, se può essere di rilievo nelle società non quotate, non ha la stessa importanza nelle società quotate, qualora il prezzo di emissione sia in linea con il prezzo di quotazione (cui dovrebbe tendere, nei casi ordinari, anche il valore teorico del diritto di opzione). Inoltre si semplifica l'operazione di aumento del capitale sociale nei casi in cui l'azionista può comunque mantenere la sua quota partecipativa attraverso acquisti sul mercato e per un valore che, in via presuntiva, si ritiene ragionevole, in quanto sostanzialmente

³⁴ In altre parole: si presume che il valore ragionevole dell'azione sia quello che non si distacca più del 10% dal valore di mercato, ricavato dal prezzo di borsa o, se si preferisce, che il valore ragionevole dell'azione possa essere determinato fino ad un 10% di meno rispetto al prezzo di borsa.

³⁵ C. Alonso Ledesma, *Algunas cuestiones sobre el aumento de capital en la sociedad cotizada con exclusión del derecho de suscripción preferente*, in *Homenaje a A. Sequiera Martín*, Madrid, 2022, 171; A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, in *Rev. der. soc.*, 2022, 91.

³⁶ Art. 308, comma 2, della *Ley de Sociedades de Capital*, su cui v. C. García Grewe, *El derecho de suscripción preferente. Exclusión, inexistencia y configuración estatutaria*, Cizur Menor, 2014, 259 ss.

conforme a quello reale, corrispondente al prezzo di borsa. Lo sconto pari ad un valore fino al 10% rispetto al prezzo di quotazione è ritenuto, infatti, adeguato, in ragione del rischio di fluttuazione del valore di borsa e come incentivo al collocamento, e la presunzione dovrebbe attribuire sicurezza giuridica riducendo il rischio di impugnazioni strumentali³⁷, sebbene, in senso critico, si sia rilevata la mancata indicazione del periodo di riferimento per il valore di borsa da considerare ai fini della valutazione dello sconto massimo³⁸.

Rimane ferma la possibilità per la società (e quindi per l'organo amministrativo) di richiedere comunque, anche al ricorrere dei presupposti della facilitazione, la nomina dell'esperto indipendente, in particolare quando il prezzo di quotazione non rifletta adeguatamente il valore delle azioni, come ad esempio può accadere nel caso di sistemi multilaterali di negoziazione poco liquidi e con scambi limitati; si è, infatti, sottolineato da parte della dottrina, con una considerazione di indubbio interesse anche per la disciplina italiana, che un ulteriore presupposto applicativo, implicito, della previsione è rappresentato dall'esistenza di un mercato sufficientemente liquido³⁹.

A fronte di tali modifiche della disciplina sono comunque state avanzate, come si accennava, numerose critiche, soprattutto tenendo conto della valutazione generale secondo cui la legge avrebbe potuto spingersi oltre nella semplificazione delle regole.

In primo luogo, in relazione al requisito dell'indicazione dell'interesse sociale che può giustificare l'esclusione del diritto di opzione; tale requisito è stato, in generale, importato nella legge spagnola dalla disciplina italiana (art. 2441, comma 5, c.c.), e rimane, come si diceva, alla base della relazione dell'organo amministrativo nella norma generale, valida per tutte le società di capitali, dell'art. 308 della *Ley de Sociedades de Capital*. Orbene: tale valutazione di conformità all'interesse sociale avrebbe potuto essere, secondo la dottrina, soprattutto tenendo conto dell'esperienza tedesca e italiana, eliminato, o comunque semplificato in occasione della novella, in corrispondenza con il dibattito da tempo esistente in Europa sul limitato ruolo nelle società quotate del

³⁷ Nel caso di aumenti di capitali che precedono l'ammissione alla negoziazione delle partecipazioni si deve intendere quale valore ragionevole il prezzo fissato nell'offerta di sottoscrizione, a meno che, per il ridotto numero di sottoscrittori o altre circostanze, non sia giustificato ritenere che tale prezzo corrisponda al valore di mercato: v. C. Alonso Ledesma, *Algunas cuestiones sobre el aumento de capital en la sociedad cotizada con exclusión del derecho de suscripción preferente*, cit., 183.

³⁸ A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, cit., 105, osserva come la *Norma Técnica de elaboración del Informe especial* preveda un periodo di tre mesi, salvo giustificazione di una diversa valutazione.

³⁹ A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, cit., 103.

diritto di opzione, in connessione con i costi legati al suo mantenimento nel processo di aumento di capitale e i vantaggi, invece, rivestiti dai collocamenti privati⁴⁰.

In secondo luogo, si è osservato, sempre in senso critico, che la relazione dell'esperto - non imposta, a livello europeo, dalla direttiva n. 2017/32 - è di norma non rilevante anche nei casi di emissione per un importo uguale o superiore al 20% del capitale, come del resto si era previsto nella versione anteriore dell'art. 504 contenuta nel progetto di legge spagnola del 2020. E' vero che in tali casi (emissione uguale o superiore al 20%) l'incidenza sui diritti amministrativi dei soci è molto maggiore, e lo sforzo economico per il mantenimento di una partecipazione pari alla precedente sulla base di acquisti sul mercato potrebbe essere non sostenibile; ma - si osserva - la relazione dell'esperto comunque non ha la funzione di entrare nel merito delle scelte relative all'interesse sociale che sottende l'esclusione del diritto di opzione, ma riguarda solo dati di tipo economico dell'emissione azionaria⁴¹. Né la necessità della relazione pare possa giustificarsi nel dotare di maggiore sicurezza giuridica le operazioni più rilevanti, dato il già ricordato contenuto della relazione dell'esperto.

La ragione del mantenimento del limite per la facilitazione del 20% è, in definitiva, stata individuata nel favorire operazioni riservate ad investitori istituzionali e che non richiedono la predisposizione del prospetto informativo⁴².

La seconda modifica rilevante in materia di diritto di opzione, sempre relativa al nuovo art. 504 della *Ley de Sociedades de Capital*, riguarda il paragrafo 4 della disposizione, che prevede che le azioni possano essere emesse anche ad un prezzo inferiore al valore ragionevole, e quindi anche con uno sconto superiore al 10% rispetto al prezzo di quotazione, qualora *da un lato* gli amministratori illustrino nella propria relazione non solo l'interesse sociale che giustifica l'esclusione del diritto di opzione, ma anche la determinazione di quel tipo di emissione proposto, e quindi le ragioni di

⁴⁰ C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, cit., 9, secondo la quale il legislatore spagnolo ha scelto una soluzione ancora conservatrice.

⁴¹ V. A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, cit., 99 ss., che sottolinea ulteriormente il collegamento stabilito tra il limite previsto per la non obbligatorietà della relazione dell'esperto e quello della delega all'aumento di capitale, su cui v. *infra* il par. successivo.

⁴² Anche nei casi di emissione che superi quantitativamente il 20% del capitale sociale (che, oltre a richiedere la relazione dell'esperto è, come si vedrà, di competenza esclusiva dell'assemblea) si deve peraltro ritenere che il prezzo di quotazione (con un ribasso nei limiti del 10%) costituisca il valore ragionevole dell'azione, salva diversa indicazione dell'organo amministrativo: v. ancora A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, cit., 89.

quello specifico prezzo; *d'altro lato* la relazione dell'esperto indipendente, allora come detto necessaria, analizzi espressamente l'importo della diluizione delle partecipazioni attesa a seguito dell'aumento di capitale, nonché la ragionevolezza dei dati e della giustificazione presentati dall'organo amministrativo⁴³.

Si intende superare, con tale previsione, il regime speciale contenuto nell'abrogato art. 505 della *Ley de Sociedades de Capital*, secondo cui il valore patrimoniale netto dell'azione, determinato dalla relazione dell'esperto, doveva ritenersi il limite minimo al prezzo di emissione, anche quando il prezzo di quotazione fosse inferiore a tale valore⁴⁴. Soluzione che veniva criticata sia dai fautori della necessità di liberalizzare la disciplina dell'esclusione del diritto di opzione nelle società quotate, in quanto si riteneva in tal modo molto difficile collocare le azioni (e quindi realizzare l'operazione di finanziamento) nel caso in cui il prezzo di borsa delle azioni fosse inferiore⁴⁵; sia da coloro che propongono la necessità di limitare la discrezionalità nella determinazione del prezzo, e che ritenevano, pertanto, la norma dal contenuto troppo generale, dato che avrebbe consentito qualunque prezzo di emissione, purché superiore al valore patrimoniale netto⁴⁶.

La norma quindi *da un lato* specifica, al fine di facilitare il collocamento, la legittimità di sconti rispetto al prezzo di quotazione anche superiori al 10%, purché giustificati, ad esempio, da una particolare situazione di mercato, o dalla necessità dell'ingresso di un determinato nuovo socio; *d'altro lato* (nel combinato disposto con gli artt. 505 e 506, che si analizzeranno dappresso) riconosce solo all'assemblea il potere di deliberare l'emissione delle nuove azioni ad un prezzo inferiore al valore ragionevole, ancorato al prezzo di mercato⁴⁷.

La nuova formulazione del paragrafo 4 determina allo stato una significativa differenza tra società quotate e non, perché nelle seconde (e a maggior ragione nella s.r.l.)

⁴³ Secondo A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, cit., 119, in questi casi la specificazione nella relazione dell'esperto dell'importo della diluizione attesa è essenziale affinché gli azionisti possano valutare se la perdita patrimoniale è compensata dalla finalità cui tende l'emissione; v. anche C. Alonso Ledesma, *Algunas cuestiones sobre el aumento de capital en la sociedad cotizada con exclusión del derecho de suscripción preferente*, cit., 173.

⁴⁴ A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, cit., 85.

⁴⁵ J. García De Enterría, *Sociedades cotizadas, aumentos de capital y derecho de suscripción preferente. Una consideración económica*, cit., 40.

⁴⁶ C. García Grewe, *El precio de emisión de las acciones en los aumentos de capital realizados por las sociedades cotizadas sin derecho de suscripción preferente*, cit., 436.

⁴⁷ Cfr. A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, cit., 115.

la dottrina spagnola non ritiene consentiti spazi di discrezionalità nella determinazione del prezzo di emissione diversi da quello del valore ragionevole (reale nella *limitada*) della partecipazione.

4. (SEGUE) NOVITÀ IN MATERIA DI AUMENTO DELEGATO E DI ESECUZIONE DELL'AUMENTO.

I novellati articoli 505 e 506 della *Ley de Sociedades de Capital* intervengono sulla precedente disciplina della delega all'organo amministrativo, rispettivamente qualificabile come tecnica (art. 505) oppure vera e propria (art. 506), in materia di aumento di capitale o di emissione di obbligazioni convertibili in azioni. Anche in tal caso si rendeva necessario adeguare la normativa spagnola alla prassi internazionale degli aumenti, e in particolare alla tecnica dei collocamenti accelerati⁴⁸.

La prima disposizione consente la delega (cd. tecnica o esecutiva⁴⁹) all'organo amministrativo della fissazione della data o del prezzo di emissione delle azioni o di altre condizioni dell'emissione; in particolare il prezzo può essere determinato direttamente dal consiglio che può anche scegliere, in alternativa ad una sua determinazione al momento dell'esercizio della delega, di limitarsi a stabilire il procedimento che ritiene adeguato per la sua fissazione, tenendo conto della prassi di mercato e fermo restando che il prezzo di emissione corrisponda al valore ragionevole dell'azione⁵⁰.

Si tratta di una norma significativa per l'ordinamento spagnolo dato che la regola generale è che sia l'assemblea a dover necessariamente determinare il prezzo di emissione (art. 297, c. 1 a) della *Ley de Sociedades de Capital*). La nuova regola dovrebbe servire in particolare, come si diceva, per le operazioni di *accelerated bookbuilding*⁵¹, sebbene, secondo la dottrina, lasci uno spazio di manovra tutto sommato limitato: da un lato la convocazione dell'assemblea per l'attribuzione della delega all'organo amministrativo deve essere comunque accompagnata da una relazione degli amministratori che potrebbe (anche se non pare dovrebbe) dare indicazioni

⁴⁸ C. Alonso Ledesma, *Algunas cuestiones sobre el aumento de capital en la sociedad cotizada con exclusión del derecho de suscripción preferente*, cit., 175.

⁴⁹ V. per le conseguenze applicative della distinzione tra delega tecnica e vera e propria, nonché le difficoltà di distinzione nei casi concreti, G. Sandrelli, *Delega ad aumentare il capitale e aumenti delegati con e senza diritto di opzione: questioni aperte*, in AGE, 2017, 296 ss., ove ulteriori riferimenti.

⁵⁰ Sulla determinazione del valore ragionevole dell'azione v. il paragrafo precedente.

⁵¹ C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, cit., 12.

sul prezzo minimo di emissione; d'altro lato la discrezionalità di fissare un prezzo inferiore al valore ragionevole (e quindi con uno sconto superiore al 10%) sembra possa essere riservata (v. art. 504, par. 4) - ma il punto non è pacifico - solo all'assemblea dei soci⁵².

Sulla base del nuovo art. 506 della *Ley de Sociedades de Capital*, disposizione ritenuta molto importante, alla luce dei dubbi che la previa impostazione conservatrice della legge spagnola aveva sollevato sul tema⁵³, può essere attribuita all'organo amministrativo una vera e propria delega, ossia il potere di decidere l'aumento del capitale sociale (o l'emissione di obbligazioni convertibili), nonché l'ulteriore potere di escludere il diritto di opzione dei soci, sempre che l'interesse della società lo esiga⁵⁴. La proposta di delega all'organo amministrativo di tali facoltà deve essere espressamente indicata nell'avviso di convocazione, e non può riferirsi ad un ammontare superiore al 20% del capitale esistente al momento della delega, al fine di consentire un uso, definito prudente, dell'istituto della doppia delega, soprattutto nell'ottica della protezione degli investitori istituzionali, come già indicato dal *Principio 5* delle *Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas* del 2020⁵⁵. Inoltre deve essere messa a disposizione degli azionisti la relazione dell'organo amministrativo che giustifica le proposte di delega⁵⁶, così come dopo l'esercizio della delega deve essere posta a disposizione degli azionisti (e comunicata nel corso della prima

⁵² Favorevole anche ad un aumento con delega all'organo amministrativo alla fissazione di un prezzo inferiore al valore ragionevole dell'azione (purché accompagnato, allora, dalla relazione dell'esperto) C. Alonso Ledesma, *Algunas cuestiones sobre el aumento de capital en la sociedad cotizada con exclusión del derecho de suscripción preferente*, cit., 175.

⁵³ C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, cit., 7.

⁵⁴ La ripetizione del requisito dell'interesse sociale anche nella norma sulla delega evidenzia che il legislatore spagnolo è stato conservatore sul punto, come si ricordava *supra*: v. ancora, in senso particolarmente critico, C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, in *Rev. der. del mercado de valores*, n. 27, 2020, 9.

⁵⁵ C. Alonso Ledesma, *Algunas cuestiones sobre el aumento de capital en la sociedad cotizada con exclusión del derecho de suscripción preferente*, cit., 177, e v. in precedenza Ead., *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, cit., 8, la quale già segnalava, in presenza di una percentuale, indicata nel progetto di legge del 2020, pari al 25%, che i *proxy advisors* non vedono positivamente l'attribuzione di un ampio potere all'organo amministrativo di esclusione dell'opzione in termini percentuali, per non alterare significativamente le quote degli investitori istituzionali. Sottolinea la trasformazione in legge della *soft law* in materia L. Hernando Cebriá, *Exclusión del derecho de preferencia en los aumentos de capital en las sociedades cotizadas*, cit., 5; v. anche J. Pulgar Ezquerro-M. Iribarren Blanco, in *Comentario del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, cit., 336 ss.

⁵⁶ Secondo C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, cit., 8, la relazione non deve contenere alcuna indicazione della concreta proposta di esclusione del diritto, né alcuna specifica giustificazione, fermo restando che l'assemblea nel concedere la delega può limitare la discrezionalità dell'organo amministrativo.

assemblea successiva) la relazione dell'organo amministrativo che giustifica le ragioni dell'esclusione del diritto dei soci⁵⁷.

Un'apertura, dunque, all'utilizzo della delega vera e propria rispetto al precedente quadro legislativo, ma con molteplici contrappesi.

Per quanto riguarda, infine, le ulteriori disposizioni introdotte dalla legge del 2021 che intendono favorire il collocamento dell'aumento di capitale, va menzionato in primo luogo il nuovo art. 507 della *Ley de Sociedades de Capital*, che, in deroga alla previsione generale dell'art. 311 secondo cui vige la regola generale dell'inscindibilità dell'aumento per le società azionarie⁵⁸, stabilisce ora che, in mancanza di diversa disposizione della delibera (sia essa assembleare, sia essa consiliare in caso di delega), l'aumento risulti efficace anche in caso di sottoscrizione parziale. Si tratta di una previsione ritenuta idonea a realizzare maggiormente la finalità del collocamento del nuovo capitale nelle società quotate e che accoglie ciò che risulta una prassi di mercato, ossia l'inserimento della clausola della scindibilità dell'aumento⁵⁹.

La norma per parte della dottrina rappresenta una violazione dell'art. 71 della direttiva 2017/1132 (che, come noto, prevede di *default* la inscindibilità dell'aumento), sebbene si sottolinei l'importanza relativa di tale considerazione dato il carattere dispositivo della stessa e, quindi, la possibilità per la società di optare per soluzioni differenti⁶⁰; altra parte della dottrina sottolinea, invece, l'opportunità della stessa anche per la riduzione dei costi nei confronti dei garanti del collocamento per la sottoscrizione incompleta⁶¹.

Infine si è previsto, con il nuovo art. 508, che la delibera di aumento di capitale possa essere iscritta nel *Registro Mercantil* anche prima della sua esecuzione, salvo che

⁵⁷ In particolare, come osserva L. Hernando Cebriá, *Exclusión del derecho de preferencia en los aumentos de capital en las sociedades cotizadas*, cit., 7, la relazione deve dare conto della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità dell'operazione.

⁵⁸ È diversamente da quanto stabilisce l'art. 310 *LSC* per le *sociedades de responsabilidad limitada*, in ragione della finalità di rafforzare la struttura finanziaria di società strutturalmente sottocapitalizzate: v., già in precedenza, A. Rojo, *El aumento del capital de la sociedad de responsabilidad limitada*, in C. Paz-Ares (coordinador), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Civitas, Madrid, 1997, 851 ss.

⁵⁹ M.J. Castellano Ramírez, *La ejecución del aumento del capital de las sociedades cotizadas tras la ley 5/2021, de 12 de abril*, cit., 184 ss., secondo la quale la ragione sottostante alla regola preventiva – ossia la tutela dei sottoscrittori che potrebbero perdere il valore economico dell'azione a seguito di un aumento collocato solo parzialmente, e quindi giudicato negativamente dal mercato – non è tale da giustificarla rispetto al prevalente interesse sociale al collocamento anche parziale dell'aumento.

⁶⁰ V. ancora M.J. Castellano Ramírez, *La ejecución del aumento del capital de las sociedades cotizadas tras la ley 5/2021, de 12 de abril*, cit., 189.

⁶¹ C. Alonso Ledesma, *Algunas cuestiones sobre el aumento de capital en la sociedad cotizada con exclusión del derecho de suscripción preferente*, cit., 181.

sia prevista la clausola di inscindibilità, così derogando alla regola spagnola, tuttora vigente per le società non quotate (né quotande), dell'iscrizione simultanea dell'aumento e dell'attestazione di esecuzione dello stesso.

Si tratta di norma strumentale, ancora una volta, ad accelerare il processo di ammissione alla negoziazione delle nuove azioni, la cui registrazione nei conti e trasmissione può così avere inizio prima dell'iscrizione della delibera nel registro commerciale, a tal fine riducendo il periodo di illiquidità e quindi favorendo, ancora una volta, il collocamento dell'operazione⁶². La sua portata interpretativa viene giudicata, tuttavia, essere anche ulteriore, nel senso di chiarire definitivamente, in modo conforme alla dottrina spagnola maggioritaria anche se non pacifica, che l'iscrizione dell'aumento del capitale nel *Registro Mercantil* rivesta un'efficacia meramente dichiarativa, e non costitutiva⁶³; inoltre essa facilita un'interpretazione degli effetti della dichiarazione di annullamento della delibera di aumento del capitale limitata alla stessa, senza alcun effetto sulle operazioni compiute in esecuzione dell'aumento del capitale, in particolare in materia di emissione e circolazione delle azioni⁶⁴.

5. CONSIDERAZIONI DI INSIEME: L'ESCLUSIONE SEMPLIFICATA DEL DIRITTO DI OPZIONE E LA FUNZIONE DELLA PERCENTUALE PREDETERMINATA DEL CAPITALE.

L'esame della disciplina spagnola e del dibattito che ha accompagnato la novella consente alcune valutazioni in un'ottica di confronto comparatistico⁶⁵.

In generale le recenti modifiche alla disciplina dell'aumento di capitale (sia quella esaminata, sia altre recenti, come quella tedesca o francese) sono state valutate positivamente, in virtù degli obiettivi di politica legislativa perseguiti: come si diceva, è fuori discussione che il rafforzamento del mercato dei capitali europei risulti uno dei principali obiettivi sia a livello euro-unitario, sia nei singoli Stati membri, e che quest'ultimi, in via concorrenziale, seguano i modelli in cui si cerca di rendere la

⁶² M.J. Castellano Ramirez, *La ejecución del aumento del capital de las sociedades cotizadas tras la ley 5/2021, de 12 de abril*, cit., 205.

⁶³ V. ancora M.J. Castellano Ramirez, *La ejecución del aumento del capital de las sociedades cotizadas tras la ley 5/2021, de 12 de abril*, cit., 194 ss. per tutte le questioni sollevate da tale disciplina soprattutto dal punto di vista del diritto dei mercati finanziari.

⁶⁴ Tema, come noto, molto discusso a livello giurisprudenziale anche in Italia.

⁶⁵ In questo lavoro si esamina dal punto di vista comparatistico solo la disciplina generale dell'esclusione semplificata, riservando quella relativa all'aumento del capitale ad altro scritto.

disciplina più flessibile⁶⁶. L'obiettivo indicato è poi spesso declinato in quello della facilitazione delle modalità di raccolta del capitale per favorire le *start-ups* e comunque le imprese in forte crescita. Un notevole ruolo nel processo legislativo è stato attribuito alle valutazioni degli investitori istituzionali e dei consulenti di voto, soprattutto con riferimento alle percentuali del capitale che possono consentire una semplificazione dell'operazione di aumento del capitale, sia in termini di rapporto tra assemblea e amministratori che di condizioni per l'esclusione del diritto⁶⁷.

A seguito delle novità introdotte può, in primo luogo, dirsi accresciuto il distacco e la specialità della disciplina delle società quotate (o, più ampiamente, *aperte al mercato anche solo potenzialmente*) rispetto al regime generale della sottoscrizione dell'aumento del capitale⁶⁸, aspetto che pare rivestire un'indubbia rilevanza interpretativa.

In secondo luogo, emerge come obiettivo comune delle riforme sia l'ulteriore rafforzamento e ampliamento della facoltà di esclusione semplificata del diritto di opzione, nonché del ruolo dell'organo amministrativo, in linea con l'apprezzamento del mercato e l'utilizzo di tali strumenti, in special modo per il collocamento attraverso le diffuse operazioni di *accelerated bookbuilding offering*⁶⁹. Pare, pertanto, che possa ritenersi confermata la portata precettiva *autonoma* dell'ipotesi di esclusione⁷⁰, considerata una *lex specialis*, in quanto l'esistenza di un mercato delle partecipazioni azionarie consente soluzioni ulteriori rispetto alla disciplina generale; circostanza confermata sia dalla disciplina spagnola, sia dalla novella tedesca del *Zukunftsförderungsgesetz* del 2023⁷¹.

⁶⁶ V. in Spagna l'*Apartado VIII del Preámbulo de la Ley 5/2021* e C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, cit., 6. Nelle linee guida recentemente modificate in Gran Bretagna, particolare attenzione è stata data alla disciplina australiana o belga: v. M. Austin, *UK Secondary Capital Raising Review*, July 2022, in www.gov.uk, 64 ss. e 109. Inoltre risulta significativo il richiamo, in Germania, contenuto nella *Begründung Regierungsentwurf ZuFinG*, in *BT-Drucks.* 20/8292, 132 ss. all'ordinamento francese in materia di soglia per la disciplina semplificata dell'esclusione del diritto di opzione.

⁶⁷ Questo dato risulta evidente sia nella discussione del progetto di riforma spagnolo (v. C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, cit., 8), sia in quello tedesco del 2023 (v. K. von der Linden, *Neuerungen im Kapitalerhöhungsrecht*, cit., 24).

⁶⁸ M.J. Castellano Ramirez, *La ejecución del aumento del capital de las sociedades cotizadas tras la ley 5/2021, de 12 de abril*, cit., 172.

⁶⁹ V. G. Balp, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2441 c.c. e del suo utilizzo*, cit., 255; M.M. Fumagalli, *La struttura finanziaria*, in *Diritto delle società quotate e dei mercati finanziari*, a cura di M. Ventoruzzo, Torino, 2023, 248.

⁷⁰ V. in Italia già P. Marchetti, *Gli aumenti di capitale*, in *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, 274; M. Maugeri, *Partecipazione sociale, quotazioni di borsa e valutazione delle azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 145; di recente C. Angelici, *Orientamenti e questioni in tema di diritto di recesso*, in *Riv. dir. comm.*, 2024, II, 131, nt. 5.

⁷¹ V. H. Bungert-C. Strothotte, *Neue Ära im Kapitalerhöhungsrecht*, in *DB*, 2024, 37; J. Lieder-R. Hil-

Permangono, tuttavia, anche differenze non irrilevanti di disciplina tra gli ordinamenti presi in considerazione.

Innanzitutto, l'art. 2441 c.c. presenta, rispetto al sistema spagnolo (ma in realtà anche rispetto ad altri sistemi), la peculiarità di richiedere la previa *clausola statutaria*, che anticipa ad una fase anteriore alla singola operazione la valutazione della composizione degli interessi⁷².

Si potrebbe ritenere, in prima battuta, che l'inserimento nello statuto della clausola rappresenti una previsione non necessaria o inutile, dato che sarebbe in ipotesi sufficiente la delibera assembleare di esclusione del diritto (o di delega, con attribuzione dell'ulteriore facoltà di esclusione all'organo amministrativo); tuttavia questa conclusione non pare, come si vedrà, condivisibile⁷³.

In secondo luogo, rappresenta un carattere comune agli ordinamenti considerati l'esistenza di una percentuale predeterminata del capitale sociale preesistente per facilitare l'esclusione del diritto, ma tale soglia risulta di importo differenziato: in Italia risulta ancora fissata al 10%, mentre in Spagna (come anche in Germania all'esito della modifica del 2023) è stata fissata al 20%. La percentuale corrisponde ad una valutazione normativa di tolleranza (massima⁷⁴) dell'effetto di riduzione della posizione organizzativa e amministrativa dell'azionista, sul presupposto della possibilità di quest'ultimo di mantenerla mediante acquisti a condizioni di mercato⁷⁵; nonché essa consentirebbe la non alterazione significativa della posizione patrimoniale, e quindi del valore di scambio della partecipazione, che dovrebbe rimanere, anche

ser, *Die Reform der Eigenkapitalfinanzierung durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, cit., 207.

⁷² Si è discusso in Italia, del resto, se possa ritenersi attribuito, a seguito dell'inserimento *durante* *societate* della clausola, il diritto di recesso, ai sensi dell'art. 2437, comma 1, lett. g, c.c., a favore dei soci non favorevoli, in considerazione della modifica incidente sui diritti di voto e di partecipazione: secondo una tesi la risposta è positiva, in quanto vi sarebbe una limitazione del diritto astratto di opzione, in cui verrebbe adottato un sub-modello organizzativo rivolto al mercato A. Abu Awwad, *Il diritto di opzione nelle società quotate*, cit., 194 ss. Secondo un'altra tesi, che pare prevalere (v. G. Balp, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2441 c.c. e del suo utilizzo*, cit., 288 ss., ove ampia analisi del problema), è preferibile la soluzione negativa, in quanto si incide solo sulla possibile e potenziale esclusione del diritto, e quindi gli effetti sulla posizione partecipativa sono meramente indiretti.

⁷³ V. il par. 7.

⁷⁴ Nella prassi italiana risultano anche clausole statutarie che prevedono un ammontare inferiore a quello di legge (di norma il 5%), soprattutto in collegamento con la delega all'organo amministrativo del relativo potere di esclusione.

⁷⁵ A. Abu Awwad, *Il diritto di opzione nelle società quotate*, cit., 110 ss. e 129 ss., secondo la quale la possibilità di acquisto diretto da parte degli azionisti rappresenta l'elemento centrale di interpretazione della norma.

dopo l'operazione, allineato⁷⁶. Ciò fermo restando che, nell'ottica soggettiva, la titolarità del diritto di priorità nella sottoscrizione o l'aspettativa di acquistare azioni nella misura necessaria per mantenere inalterata la posizione non sono tutele del tutto equivalenti⁷⁷, e che quindi la scelta di escludere il diritto ha un impatto che può essere significativo nei rapporti tra gli azionisti, in particolare nei sistemi a proprietà concentrata come quelli dell'Europa continentale⁷⁸.

L'immissione sul mercato di un quantitativo predeterminato di nuove azioni, funzionale anche a collocamenti privati che devono garantire comunque la liquidità del mercato⁷⁹, svolge, altresì, una funzione di controllo preventivo di eventuali alterazioni dei prezzi di quotazione determinate dall'aumento, nonché risulta gradita, come si accennava, dagli investitori istituzionali, che non vedono significativamente modificata la loro partecipazione⁸⁰.

Risulta pertanto necessario chiedersi se la possibilità di acquisti diretti sul mercato secondario, che, come detto, giustifica la facilitazione dell'esclusione del diritto e rappresenta un correttivo al rischio di illiquidità del mercato, costituisca un vero e proprio presupposto applicativo implicito, da verificarsi al momento della delibera di esclusione. Tale posizione è, in Germania, sostenuta in letteratura, sebbene il quesito sia stato

⁷⁶ V. G. Balp, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2441 c.c. e del suo utilizzo*, cit., 260 ss. e 270 ss., secondo la quale la componente valoristica riceve una tutela assoluta, mentre quella amministrativa riceve una tutela relativa, in quanto richiede una condotta attiva e un impegno economico dell'azionista.

⁷⁷ V. J. Koch, § 255 *AktG nach dem ZuFinG – Was wird aus den Rechten des Aktionärs?*, in *AG*, 2024, 2; in Italia v., ancora, G. Balp, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2441 c.c. e del suo utilizzo*, cit., 261, la quale nota che il sistema alternativo dell'acquisto da un lato implica di norma un impegno finanziario superiore a quello della sottoscrizione (dato l'assenza dell'obbligo di un sovrapprezzo e la normale offerta a sconto rispetto al valore di mercato), e d'altro lato comporta la negazione dell'aspettativa dell'azionista di negoziare il valore di scambio del diritto.

⁷⁸ G. Balp-M. Ventoruzzo, *Esclusione del diritto di opzione nelle società con azioni quotate nei limiti del dieci per cento del capitale e determinazione del prezzo di emissione*, cit., 808, secondo cui la percentuale limitata al dieci per cento prevista in Italia è stata scelta in funzione di opportunità alla luce dell'elevata concentrazione del capitale.

⁷⁹ C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, cit., 4; v. anche A. Picciau, *Art. 2441*, cit., 400.

⁸⁰ V. ancora C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, in *Rev. der. del mercado de valores*, cit., 8, la quale segnala l'espresso intervento sul tema della percentuale da parte dei *proxy advisors* nel processo legislativo spagnolo per non alterare significativamente le quote degli investitori istituzionali.

Il tema è molto dibattuto anche in Germania dopo la novella del 2023 che ha innalzato al 20% la percentuale (in particolare in virtù della concorrenza con il sistema francese): v. M. Schlitt, *"Kapitalerhöhung"*, in *ZGR*, 2024, 363 ss.; J. Lieder-R. Hilser, *Die Reform der Eigenkapitalfinanzierung durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, cit., 190 ss.; N. Joser, *Wettbewerb der Finanzstandorte*, cit., 684.

lasciato aperto dalla Suprema Corte nel caso *Hyrican*⁸¹. Anche in Spagna l'esistenza di un mercato sufficientemente liquido è considerato da parte della dottrina un ulteriore presupposto, implicito, di applicazione della facoltà prevista all'art. 504 LSC⁸².

In Italia la questione rimane senz'altro discussa⁸³; anche alla luce del dibattito comparatistico e della progressiva estensione della facoltà di esclusione semplificata, pare possa considerarsi preferibile la risposta positiva, coerente con la *ratio* della norma⁸⁴.

6. (SEGUE)...E I SUOI ULTERIORI PRESUPPOSTI: RELAZIONE DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO E PREZZO DI MERCATO.

Come si diceva, la percentuale predeterminata del capitale sociale preesistente corrisponde ad una valutazione normativa che tipizza l'interesse sociale al reperimento di nuova liquidità a condizioni favorevoli. Nella dottrina italiana si escludeva, di conseguenza, prima del 2020, la necessità di una relazione specifica dell'organo amministrativo illustrativa delle ragioni dell'esclusione del diritto di opzione⁸⁵, mentre la disciplina di fonte secondaria (art. 72 Regolam. Consob n. 11971) richiedeva una relazione ai soli fini della comunicazione al mercato delle caratteristiche dell'emissione (entità, destinatari e prezzo)⁸⁶.

In Germania, in conformità ai lavori preparatori alla legge del 1994 che ha introdotto l'esclusione semplificata di cui al § 186, *Abs. 3, AktG*, la conformità all'interesse sociale è nell'ipotesi in esame presunta (si discute se la presunzione sia da

⁸¹ BGH, 10 luglio 2018, in NZG, 2018, 1019 ss. (*Hyrican*), pubblicata tradotta in *Giur. comm.*, 2020, II, 701 ss.

⁸² A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, cit., 103.

⁸³ V. per riferimenti M. Speranzin, *Aumento del capitale delegato con esclusione «semplificata» del diritto di opzione: tutela dell'azionista dal punto di vista informativo e della parità di trattamento*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 712, ove citazione delle diverse tesi in Italia sul punto.

⁸⁴ Implicitamente favorevole pare di recente anche E. Ginevra, *Le società di capitali «aperte», tra codice civile e TUF*, in *Governance e mercati. Studi in onore di P. Montalenti*, I, Torino, 2022, 479, secondo cui il connotato della liquidità dell'azione, collegato alla negoziazione nei mercati secondari, è ciò che giustifica la regola speciale.

⁸⁵ G. Balp-M. Ventoruzzo, *Esclusione del diritto di opzione nelle società con azioni quotate nei limiti del dieci per cento del capitale e determinazione del prezzo di emissione*, cit., 818.

⁸⁶ P. Marchetti, *Gli aumenti di capitale, in Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, 274; G. Balp, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2441 c.c. e del suo utilizzo*, cit., 257.

considerarsi assoluta o relativa⁸⁷), e quindi non è necessaria una specifica motivazione dell'esclusione del diritto di opzione, altrimenti richiesta in generale dalla giurisprudenza successiva al caso *Kali & Salz*⁸⁸. La relazione degli amministratori risulta, pertanto, di contenuto semplificato, in quanto deve indicare i presupposti di applicazione della norma, e non anche alla motivazione, in concreto, dell'esclusione⁸⁹.

In Spagna, d'altro lato, ove è in generale rimasta la necessità della motivazione dell'interesse sociale che giustifica l'esclusione del diritto di opzione, vi sono state, come già accennato, molte critiche sull'opportunità della mancata eliminazione della relazione dell'organo amministrativo nel caso in esame⁹⁰.

L'art. 2441, comma 4, seconda parte, c.c. nella versione risultante dall'intervento normativo del 2020⁹¹, prevede che la relazione dell'organo amministrativo debba sempre specificare le ragioni dell'esclusione o limitazione del diritto di opzione, nonché i criteri adottati per la determinazione del prezzo di emissione; la relazione deve essere depositata e pubblicata entro il termine della convocazione dell'assemblea.

Si tratta di una previsione che potrebbe essere giustificata dall'ampliamento - con la finalità di accrescere l'attrattività per le piccole e medie imprese e in linea con gli altri ordinamenti⁹² - del presupposto di applicazione dell'esclusione semplificata anche alle società partecipanti a sistemi multilaterali di negoziazione, in cui la determinazione del (o di un) valore di mercato può risultare maggiormente problematica⁹³;

⁸⁷ Punto lasciato aperto da BGH, 10 luglio 2018, cit., 1019 ss. (*Hyrican*).

⁸⁸ C. Decher, *Von der Kontrolle des Bezugsrechtsausschlusses nach Kali + Salz zur (eingeschränkte) Kontrolle nach allgemeinen Schranken?*, in ZGR, 2019, 1122 ss., e P. Kindler, *Vereinfachter Bezugsrechtsausschluss und Gleichbehandlung der Aktionäre - Eine Nachlese zu BGH AG 2018, 706* ("Hyrican Informationssysteme AG"), in *Festschrift für E. Vetter*, Köln, 2019, 307 ss., ove ulteriori riferimenti.

⁸⁹ V. per tutti J. Koch, § 186, in *Aktiengesetz* 18, München, 2024, Rd. 39k, 1730, che comunque è favorevole all'indicazione dell'interesse della società che l'esclusione vuole raggiungere.

⁹⁰ C. Alonso Ledesma, *La reforma de los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas*, cit., 9; A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, cit., 86 e 91.

⁹¹ V. il par. 2.

⁹² V. per la Spagna *supra*, par. 3. In Germania è ritenuta sufficiente per l'esclusione semplificata la negoziazione in un mercato in cui le partecipazioni hanno un valore di scambio: *Freiverkehr* o *Open Market* ai sensi del § 48 Abs. 3 BörsG: v. J. Koch, § 186, cit., Rd. 39f, 1728. Sono casi di applicazione della norma a società con azioni quotate in un mercato non regolamentato (MTF) le due principali controversie in materia decise da BGH, 10 luglio 2018, cit., 1019 ss. (*Hyrican*); OLG Nürnberg, 18 ottobre 2021, in AG, 2021, 721 ss. e BGH, 23 maggio 2023, in ZIP, 2023, 1477 ss. (*Zapf Creation*).

⁹³ V. per questa motivazione P. Marchetti, *Provvedimenti emergenziali (c.d. decreto "Semplificazioni") ed aumento di capitale*, cit., 1171; Circolare Assonime n. 25 del 2 ottobre 2020, in *Rin. soc.*, 2020, 1184; cfr. anche E. Ginevra, *Le società di capitali "aperte", tra codice civile e TUF*, cit., 479, secondo il quale ciò che giustifica la norma dell'art. 2441, comma 4, seconda parte, c.c. è il carattere della liquidità della partecipazione, connotato tipicamente collegato alla negoziazione in mercati secondari regolamentati.

la regola ha, tuttavia, assunto carattere generale, ed è quindi applicabile anche alle società con azioni quotate sui mercati regolamentati⁹⁴.

Il significato di tale generalizzazione, oltre forse a rappresentare un formale tentativo di risultare in armonia con l'art. 72, comma 4, della direttiva⁹⁵, può essere anche quello di richiedere all'organo amministrativo l'assunzione di una espressa posizione (e la conseguente responsabilità) circa le ragioni dell'esclusione, e i criteri di determinazione del prezzo che poi - in Italia - devono essere alla base della relazione di corrispondenza ai valori di mercato da parte del revisore legale, e quindi, in sostanza, di consentire un maggiore controllo *ex ante* sull'operazione e sui possibili abusi dell'utilizzo della facoltà di esclusione semplificata. La motivazione contenuta nella relazione è senz'altro essenziale, ad esempio, qualora la sottoscrizione sia riservata ad uno o più determinati azionisti, al fine di giustificare le ragioni della diversità di trattamento⁹⁶.

In connessione con la relazione dell'organo amministrativo va poi sottolineato che l'analisi comparatistica conferma la rilevanza crescente del presupposto del prezzo di borsa o di quotazione, nella prospettiva della considerazione dell'azione come prodotto finanziario, avente un valore di mercato e quindi di scambio⁹⁷. Il prezzo di emissione delle nuove azioni, fissato con modalità sempre più rapide e vicine al collocamento, come evidenziato anche dalla nuova disciplina spagnola, viene determinato attraverso un processo di natura fondamentalmente ricognitiva, che circoscrive l'effetto diluitivo degli azionisti connesso alla possibile esistenza di una differenza di valore rispetto al valore intrinseco o fondamentale⁹⁸. Inoltre, se vi è corrispondenza tra prezzo di emis-

⁹⁴ V. Circolare Assonime n. 25 del 2 ottobre 2020, cit., 1184, che ha fin da subito sottolineato criticamente che la modifica del 2020 ha fatto venir meno un importante profilo di specialità della disciplina dell'esclusione semplificata, aumentando le possibilità di impugnazione basate sulle motivazioni dell'esclusione.

⁹⁵ La compatibilità è argomentata, sulla base di diverse ricostruzioni, da A. Abu Awwad, *Il diritto di opzione nelle società quotate*, cit., 158 ss., nonché, più di recente, da A. Picciau, *Art. 2441*, cit., 399 ss.

⁹⁶ V. già P. Marchetti, *Gli aumenti di capitale*, cit., 274; G. Balp, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2441 c.c. e del suo utilizzo*, cit., 284. E v. per la rilevanza di quest'aspetto le peculiarità dei casi decisi da BGH, 10 luglio 2018, cit., 1019 ss. (*Hyrican*); nonché BGH, 23 maggio 2023, cit., 1477 ss. (*Zapf Creation*).

⁹⁷ Per la discussione sul rapporto tra prezzo di borsa e valore della partecipazione si v. G. Giannelli, *L'aumento di capitale a pagamento*, cit., 289; E. Ginevra, *La determinazione del prezzo e del sovrapprezzo negli aumenti di capitale a pagamento*, in *Riv. soc.*, 2008, 518; e soprattutto M. Maugeri, *Partecipazione sociale, quotazioni di borsa e valutazione delle azioni*, cit., in particolare 107 ss., anche per la distinzione, che rileva per l'ipotesi in discussione, tra considerazione dell'azione come partecipazione all'impresa o come bene facilmente negoziabile quale prodotto finanziario (prospettiva quest'ultima che, secondo l'Autore, rileva nel caso dell'art. 2441, comma 4, seconda parte, c.c.: v. 139 ss.).

⁹⁸ G. Balp, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quar-*

sione e valore di mercato delle azioni il valore teorico di scambio del diritto di opzione si avvicina allo zero perdendo la sua funzione economica⁹⁹.

Seppure si discuta, nei vari ordinamenti in considerazione, come tale prezzo vada determinato¹⁰⁰, ed entro che misura sia consentito uno sconto¹⁰¹, la centralità del prezzo di negoziazione nell'operazione in esame è quindi indiscussa. In Germania tale prezzo si presume il valore dell'azione salvo in casi eccezionali, e il prezzo di emissione non deve essere «significativamente inferiore» a quello di mercato¹⁰², con la conseguenza che, in tali ipotesi, l'azionista che si reputa danneggiato da una non corretta determinazione non può neppure impugnare la delibera né chiedere un indennizzo (§ 255, Abs. 5, *AktG*)¹⁰³. In Spagna, a seguito della modifica all'art. 504 della *LSC*, come si diceva non è più richiesta la relazione dell'esperto (ma rimane quella dell'organo amministrativo) se il prezzo di emissione si situa entro il 10% rispetto a quello di quotazione¹⁰⁴.

Da tali considerazioni sembra convincente l'opinione di chi ritiene che, in mancanza di un prezzo effettivamente di mercato, non possa ritenersi operativa la facoltà di esclusione semplificata, ma si debba ricorrere alla procedura ordinaria¹⁰⁵.

to comma dell'art. 2441 c.c. e del suo utilizzo, cit., 75; A. Picciau, *Art. 2441*, cit., 401 ss., ove ulteriori riferimenti.

⁹⁹ M.S. Spolidoro, *Nuove e diverse soluzioni di aumento del capitale e diritto di opzione in situazioni di emergenza*, cit., 414, ove anche le critiche a questa considerazione per le difficoltà collegate alla determinazione della nozione di valore di mercato.

¹⁰⁰ Secondo una tesi va considerato una data fissa, e in particolare l'ultimo prezzo seguito nelle negoziazioni di mercato (il giorno antecedente alla data della comunicazione dell'operazione), perché si tratta del criterio esclusivo di valutazione delle azioni della società emittente: M. Maugeri, *Partecipazione sociale, quotazioni di borsa e valutazione delle azioni*, cit., 143 ss.; E. Ginevra, *Art. 2441*, cit., 2638. In questo senso anche BGH, 19 luglio 2010, in BGHZ 186, 229 ss. (*Stollwerck*); J. Koch, § 186, cit., Rd. 39h, 1729, con la precisazione che occorre lasciare sul punto flessibilità all'organo amministrativo. Secondo altri è necessario fare riferimento ad una media ponderata degli ultimi tre o sei mesi: v., con ampia analisi, G. Balp-M. Ventoruzzo, *Esclusione del diritto di opzione nelle società con azioni quotate nei limiti del dieci per cento del capitale e determinazione del prezzo di emissione*, cit., 804 ss.; dopo la riforma del 2023 in Germania K. von der Linden, *Neuerungen im Kapitalerhöhungsrecht*, cit., 26 e 28: periodo di riferimento trimestrale.

¹⁰¹ Che mediamente è consentito in un intervallo dal tre al dieci per cento rispetto al prezzo rilevato nel periodo di riferimento.

¹⁰² J. Koch, § 186, cit., Rd. 39i, 1729: dal tre al cinque per cento; nello stesso senso J. Lieder-R. Hilser, *Die Reform der Eigenkapitalfinanzierung durch das Zukunftsfinanzierungsgesetz*, cit., 207; M. Schlitt, *"Kapitalerhöhung"*, cit., 368; più permissivo (anche sopra il cinque per cento in casi particolari) K. von der Linden, *Neuerungen im Kapitalerhöhungsrecht*, cit., 26, sulla base dei lavori preparatori al *ZuFinG*.

¹⁰³ V. sul nuovo § 255 *AktG* J. Koch, *Die Reform des Kapitalerhöhungsrechts durch das ZuFinG*, cit., 51 ss.; P.O. Mühlbert, § 255 Abs. 4 Hs. 1 *AktG: ein deklaratorischer Vorbehalt, in Rechtsprechung in Wissenschaft, Praxis und Lehre. Festschrift B. Dauner-Lieb*, Baden-Baden, 2025, 1125 ss.

¹⁰⁴ A. Vaquerizo Alonso, *La nueva regulación de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas cotizadas*, cit., 86 ss.

¹⁰⁵ J. Koch, *Die Reform des Kapitalerhöhungsrechts durch das ZuFinG*, cit., 46.

7. CONCLUSIONI.

L'analisi pare in definitiva confermare la specificità che assume, per la soluzione dei problemi in materia di aumento del capitale sociale, il dato della negoziazione della partecipazione su un mercato dei capitali, che determina forme di protezione dell'azionista diverse a fronte dell'esclusione del diritto d'opzione¹⁰⁶.

Gli studi economici empirici, nonché la competizione tra gli ordinamenti sembrano spingere, per le società con azioni quotate, verso una semplificazione ulteriore della disciplina lasciando più libertà di scelta alla società, perché gli aumenti nel rispetto del diritto d'opzione, oltre ad essere più impegnativi dal punto di vista dei tempi, creano maggiore variabilità dei prezzi di mercato rispetto a quelli senza diritto¹⁰⁷.

Occorre dunque ripensare, a livello europeo, le tecniche e il grado di tutela di un diritto tradizionalmente definito *als einer der wichtigsten wirtschaftlichen Mitgliedschaftsrechte*¹⁰⁸ oppure *cornerstone of company law*; in particolare chiedersi se sia opportuno pensare ad un sistema di *soft pre-emption right* come sostanzialmente in Gran Bretagna, soprattutto nel momento in cui si richiede, secondo la disciplina italiana (v. art. 2441, quarto comma, seconda parte, c.c.), una previa clausola statutaria per l'esclusione semplificata del diritto, che è funzionale a risolvere in via anticipata, seppure con i limiti indicati, il conflitto tra la spettanza dell'opzione e l'esistenza di meccanismi di protezione dell'interesse conservativo dei soci da ritenersi alternativi, seppure non equiparabili.

¹⁰⁶ P. Marchetti, *Gli aumenti di capitale*, cit., 274; A. Abu Awwad, *Il diritto di opzione nelle società quotate*, cit., 124 ss.; G. Balp, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2441 c.c. e del suo utilizzo*, cit., 257 ss. Nella dottrina spagnola L. Hernando Cebriá, *Exclusión del derecho de preferencia en los aumentos de capital en las sociedades cotizadas*, cit., 1: crescente separazione tra la disciplina generale e quella delle società quotate; M.J. Castellano Ramirez, *La ejecución del aumento del capital de las sociedades cotizadas tras la ley 5/2021, de 12 de abril*, cit., 172: specialità della disciplina delle società quotate o, più ampiamente, aperte al mercato anche solo potenzialmente.

¹⁰⁷ V. P. Gualtieri-M. Musci-A. Ometto-M. Saracino, *L'attualità del diritto di opzione negli aumenti di capitale di società quotate*, in *AGE*, 2017, 233 ss.; N. Joser, *Wettbewerb der Finanzstandorte*, cit., 677 ss.

¹⁰⁸ *Begründung zu RegE AktG 1965*, Kropff, 305.

Articoli

EQUIVOCI DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ SULL'ASSEMBLEA DEGLI INVESTITORI NEGLI O.I.C.R. CONTRATTUALI

MISCONCEPTIONS OF THE ITALIAN SUPREME COURT'S RECENT CASE LAW ON INVESTORS' MEETINGS IN CONTRACTUAL INVESTMENT FUNDS

Chiara Picciau

ORCID: 0000-0002-0590-5146

Professoressa associata di Diritto commerciale, Università degli Studi di Brescia, Italy
(02q2d2610), chiara.picciau@unibs.it

Abstract

Muovendo dalla recente ordinanza n. 12474/2025 della Corte di Cassazione, il contributo si sofferma su talune incertezze interpretative che concernono l'istituzione e le competenze dell'assemblea degli investitori negli o.i.c.r. contrattuali chiusi e la legittimazione a impugnare le relative delibere in capo ai medesimi, alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale che considera il fondo comune di investimento un patrimonio separato della SGR.

Parole chiave: o.i.c.r. contrattuali, fondi comuni di investimento, natura giuridica del fondo comune di investimento, assemblea degli investitori, legittimazione all'impugnativa

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 30/12/2025



Milano University Press

Drawing on the recent order no. 12474/2025 of the Italian Supreme Court, the essay addresses certain interpretive uncertainties regarding the establishment and powers of investors' meetings in closed-end contractual funds, as well as investors' standing to challenge the related resolutions, in light of the case law that considers investment funds as a separate asset pool belonging to the management company.

Keywords: contractual collective investment undertakings; investment funds; the legal nature of investment funds; investors' meeting; standing to challenge investors' resolutions

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review

1. PREMESSA

Una recente ordinanza della Corte di Cassazione (n. 12474/2025)¹ offre lo spunto per tornare, sia pure nello spazio consentito da queste brevi note, su talune perduranti incertezze interpretative che concernono le prerogative e i diritti dei soggetti che investono negli organismi di investimento collettivo del risparmio (o.i.c.r.) di fonte contrattuale.

Come è noto, gli o.i.c.r. contrattuali sono patrimoni – che corrispondono al c.d. fondo di investimento – costituiti mediante la raccolta di apporti da una pluralità di investitori, i quali sono oggetto di gestione in monte ad opera di un soggetto a ciò espressamente autorizzato, la società di gestione del risparmio (SGR), sulla base di una politica di investimento predeterminata nel regolamento contrattuale dell'o.i.c.r. stesso (cfr. art. 1, c. 1, lett. *κ*), TUF). Il principale tratto caratteristico di tali patrimoni è la loro *autonomia*: per espressa previsione dell'art. 36, c. 4, TUF, il patrimonio di un o.i.c.r. contrattuale è infatti distinto a tutti gli effetti sia da quello del gestore che da quello dei singoli partecipanti al fondo, oltre che dai patrimoni afferenti a ogni altro fondo gestito dalla medesima SGR, con la precisazione, non trascurabile, per cui «delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la Sgr risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo»².

Gli o.i.c.r. contrattuali si distinguono dagli o.i.c.r. cc.dd. societari o statutari (nel nostro ordinamento, le SICAV e le SICAF)³, tra l'altro, per il fatto che in questi ulti-

¹ Cass. ord. 11 maggio 2025, n. 12474, consultabile in banca dati DeJure.

² Tale precisazione, introdotta originariamente nel testo dell'art. 36 TUF dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, e così riformulata a seguito dell'emanazione del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 44, ha indotto gli interpreti a qualificare il fondo comune di investimento alla stregua di un vero e proprio patrimonio autonomo e separato, costituente garanzia esclusiva per le obbligazioni contratte nell'attività di gestione del fondo stesso, e non quale semplice massa attiva. In questo senso, in particolare, G. Ferri jr., *Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2015, spec. p. 1 s.; Id., *L'incapienza dei fondi comuni di investimento tra responsabilità patrimoniale e responsabilità per danni*, in R. D'Apice, *Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 698 s. Pur con qualche modifica testuale, la previsione richiamata dovrebbe rimanere sostanzialmente inalterata, per il profilo che qui interessa, all'esito della riforma del TUF in corso di esame e approvazione (sul punto, anche per i riferimenti, si v. la nota successiva).

³ Si segnala che lo schema di decreto legislativo di riforma del TUF recentemente pubblicato introduce una nuova figura di o.i.c.r. societario, la c.d. «società di partenariato», ossia «l'Oicr chiuso costituito in forma di società in accomandita per azioni con sede legale e direzione generale in Italia avente per oggetto esclusivo l'investimento collettivo nelle forme del private equity e del venture capital del patrimonio raccolto mediante l'offerta delle proprie azioni, di strumenti finanziari partecipativi, nonché mediante le ulteriori modalità di raccolta definite nello statuto». Cfr. lo *Schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'articolo 19 della legge 5 marzo 2024, n. 21, per la riforma organica*

mi l'investitore acquista, mediante conferimento, una quota di partecipazione in una società per azioni, il cui patrimonio è poi oggetto di investimento in monte da parte del consiglio di amministrazione della società stessa (se l'o.i.c.r. è autogestito) oppure di un gestore esterno (se l'o.i.c.r. è eterogestito: cfr. art. 38 TUF). Negli o.i.c.r. societari, la posizione giuridica dell'investitore è quindi regolata anzitutto dalla disciplina societaria, come eventualmente integrata e specificata dalla normativa speciale dettata, a livello nazionale, dal TUF e dalla relativa regolamentazione secondaria⁴. Ciò fa sì che per le SICAV e le SICAF vi sia un articolato quadro normativo di riferimento – la disciplina in materia di società per azioni – che, salvo che non espressamente derogato, dovrebbe trovare applicazione, quantomeno in linea teorica, anche con riferimento all'individuazione dei diritti e delle prerogative degli investitori-soci. Negli o.i.c.r. contrattuali invece – quale è quello oggetto della vicenda esaminata dalla Suprema Corte – l'investitore non partecipa a un ente collettivo societario: i contenuti delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli quotisti sono pertanto determinati, oltre che da quanto previsto da eventuali norme speciali, principalmente dal regolamento contrattuale del fondo. Da qui l'esigenza, che ha dato origine alla pronuncia in esame, di stabilire quali siano le prerogative e i diritti degli investitori per l'ipotesi in cui la disciplina speciale e il regolamento del fondo nulla prevedano.

A quanto consta, salvo una limitata eccezione, peraltro relativa al medesimo fondo di investimento oggetto della presente controversia⁵, il punto è stato finora tra-

delle disposizioni in materia di mercati dei capitali recate dal Testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e delle disposizioni in materia di società di capitali contenute nel Codice civile, nonché per la modifica di ulteriori disposizioni vigenti al fine di assicurarne il miglior coordinamento, approvato dal Consiglio dei Ministri l'8 ottobre 2025 in via d'esame preliminare (d'ora innanzi, «Schema di decreto legislativo di riforma del TUF»). Se tale testo dovesse entrare in vigore, nel nostro ordinamento vi sarebbe una nuova «forma» o.i.c.r. societario. Considerata la recentissima pubblicazione dello schema di decreto legislativo in parola, rispetto a quando questo lavoro è stato ultimato, nonché il fatto che le società di partenariato dovrebbero operare esclusivamente nei settori del *private equity* e del *venture capital*, si è preferito non tenerne conto. Vale tuttavia la pena di notare che talune delle considerazioni svolte di seguito nel testo – e segnatamente il fatto che, per gli o.i.c.r. societari, esista una disciplina codicistica di riferimento che delinea i contenuti delle situazioni giuridiche soggettive degli investitori-soci – sembra valere anche per le società di partenariato, trattandosi infatti di società in accomandita per azioni.

⁴ Cfr. ad esempio le previsioni riguardanti l'assunzione di partecipazioni qualificate in SICAV e SICAF contenute nel capitolo I del titolo IV del *Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio*, adottato dalla Banca d'Italia con provvedimento del 19 gennaio 2015 come da ultimo modificato dal provvedimento del 12 marzo 2024 (d'ora innanzi, «Reg. GCR»).

⁵ Cfr. App. Milano, 18 febbraio 2021, in *Società*, 2022, p. 338 ss., con nota di F. Annunziata, D. Maltese, *La disciplina dell'assemblea dei quotisti dei fondi chiusi tra contratto e organizzazione*. La circostanza menzionata nel testo risulta in particolare dal richiamo, da parte della sentenza della Corte d'Appello di Milano qui citata, alla sentenza relativa al primo grado di giudizio della controversia oggetto delle presenti note quale provvedimento reso in relazione all'impugnativa di un'altra delibera dell'assem-

scurato dalla giurisprudenza, anche se non mancano alcune indagini in dottrina⁶. La giurisprudenza in materia, in generale non particolarmente estesa, è infatti principalmente incentrata sulla questione relativa alla natura giuridica del fondo comune di investimento e sul collegato problema del riconoscimento o non, in capo al fondo, di una distinta soggettività giuridica, essenzialmente al fine di determinare in capo a quale «soggetto» spetti la legittimazione ad agire e a stare in giudizio per conto del fondo stesso⁷.

In questo quadro si inserisce l'ordinanza in esame, la quale, pur non trascurando il tradizionale dibattito sulla natura giuridica dei fondi comuni di investimento, ha esaminato il diverso quesito se un investitore in un fondo chiuso immobiliare, in assenza di una previsione espressa nel regolamento del fondo, sia legittimato a impugnare le delibere dell'assemblea dei quotisti, pronunciando al riguardo il seguente principio di diritto: «in tema di fondi comuni di investimento, sussiste la legittimazione degli investitori a impugnare le deliberazioni prese dall'assemblea degli investitori, alle condizioni previste dagli artt. 2377 e 2379 cod. civ., o a quelle speciali eventualmente previste dal regolamento di funzionamento del fondo medesimo».

blea del medesimo fondo. Diverso è invece il problema della legittimazione in capo agli investitori ad impugnare le delibere del consiglio di amministrazione della SGR, sul quale cfr. Trib. Milano, 17 aprile 2014, consultabile sul sito Giurisprudenza delle imprese.

⁶ Il riferimento è anzitutto a F. Annunziata, *Gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR): fattispecie e forme*, Egea, Milano, 2017, p. 134 ss. (ad es. p. 160 ss., quanto ai diritti di informazione degli investitori negli o.i.c.r. contrattuali).

⁷ Nella giurisprudenza di merito, cfr., ad esempio, App. Milano, 15 dicembre 2020, n. 2920, consultabile tramite la Banca Dati di Merito del Ministero della Giustizia; App. Venezia, 16 giugno 2020, n. 1469, consultabile tramite la Banca Dati di Merito del Ministero della Giustizia; Trib. Milano, 5 dicembre 2022, consultabile sul sito Giurisprudenza delle imprese (sia pure solo per un accenno); Trib. Milano, 29 giugno 2021, n. 5636, consultabile tramite la Banca Dati di Merito del Ministero della Giustizia; Trib. Milano, 26 maggio 2021, n. 4559, inedita; Trib. Milano, 11 maggio 2015, in *Giurisprudenza commerciale*, 2016, II, p. 607 ss., con nota di S. Corso, *Azione di responsabilità per danni al fondo comune di investimento e legittimazione ad agire*. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr., in particolare, Cass. ord. 9 marzo 2023, n. 7116, consultabile in banca dati DeJure; Cass. 15 febbraio 2023, n. 4741, in *Banca borsa titoli di credito*, 2025, II, p. 293 ss., con nota di P. Spolaore, *Soggetto e oggetto nell'avvicendamento di SGR*; Cass. 8 maggio 2019, n. 12602, in *Banca borsa titoli di credito*, 2020, II, p. 731 ss., con nota di G.M. D'Aiello, *I fondi chiusi immobiliari non hanno soggettività giuridica. Profili sostanziali e processuali*, e in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, II, p. 576 ss., con nota di C.E. Pupo, *Fondo comune d'investimento e soggettività giuridica*; nonché Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, II, p. 417 ss., con nota di V. Lemma, *Autonomia dei fondi comuni di investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, e di F. Gentiloni Silveri, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento*. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione, e in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, II, p. 1128 ss., con nota di A.D. Scano, *Fondi comuni immobiliari e imputazione degli effetti dell'attività di investimento*, e di C. Ghigi, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, nonché in *Foro italiano*, 2011, I, p. 1853, con nota di S. Pellegatta.

2. IL FATTO E LE DECISIONI RESE NEI GIUDIZI DI MERITO.

La vicenda che ha dato origine alla decisione in commento riguardava, come anticipato, l'impugnazione di alcune delibere dell'assemblea degli investitori di un fondo chiuso immobiliare. Come precisato dai giudici d'appello, si trattava, nello specifico, di «un fondo comune d'investimento immobiliare chiuso di tipo riservato»⁸, sebbene la Corte di Cassazione abbia poi erroneamente ritenuto che esso avesse carattere *non riservato*⁹.

Le delibere in questione avevano (i) abbassato il *quorum* deliberativo previsto dal regolamento del fondo per la sostituzione del gestore dal 75% al 51% e approvato la sostituzione del gestore¹⁰; nonché (ii) apportato ulteriori modifiche al regolamento del fondo concernenti, tra l'altro, le condizioni di rendimento e di redditività del fondo, la proroga del termine di durata, il compenso del gestore e le competenze degli «organi interni» del fondo medesimo.

Con riferimento alle delibere di cui al punto (i), l'investitore che ha promosso il giudizio lamentava l'invalida costituzione dell'assemblea e la sostituzione del gestore con una maggioranza inferiore a quella necessaria per approvare detta modifica. In relazione invece alla delibera di cui al punto (ii), l'investitore censurava l'invalida costituzione dell'assemblea, la presenza di irregolarità nella convocazione e nella verbalizzazione, oltre alla partecipazione al voto di soggetti in conflitto di interessi e alla illegittimità o indisponibilità dell'oggetto della delibera stessa¹¹.

In primo grado, il Tribunale di Padova ha ritenuto insussistente in capo all'investitore la legittimazione ad impugnare le delibere dell'assemblea del fondo, in difetto di una espressa previsione sul punto sia nel regolamento del fondo medesimo che a livello normativo. Infatti, sebbene il regolamento stabilisse che «[p]er quanto non espressamente disciplinato dagli artt. 12 e 13 del presente Regolamento [n.d.r. si trattava di previsioni concernenti rispettivamente l'assemblea degli investitori e il suo presidente e vice presidente], troveranno applicazione gli articoli del Codice Civile in materia di società», il giudice di prime cure aveva, da un lato,

⁸ Cfr. App. Venezia, 18 maggio 2021, n. 1505, par. 2, consultabile tramite la Banca Dati di Merito del Ministero della Giustizia.

⁹ Sulle implicazioni di questo equivoco si tornerà *infra*, al par. 5.

¹⁰ L'ordinanza in esame considera tali modifiche al regolamento del fondo quale oggetto di un'unica deliberazione anche se, all'evidenza, si tratta di due delibere distinte.

¹¹ Tanto può ricostruirsi alla luce della sentenza resa in grado di appello: cfr. App. Venezia, 18 maggio 2021, n. 1505, cit., par. 1.

inteso tale rinvio come limitato alla disciplina del presidente e del vice presidente dell'assemblea¹² e, dall'altro lato, escluso l'applicazione analogica della disciplina societaria in materia di impugnativa delle delibere assembleari, posto che «tra le società, per le quali l'ordinamento appresta un rimedio impugnatorio, ed i fondi comuni di investimento (aperti o chiusi) sussistono diversità ontologiche significative: le società di capitali godono di una soggettività giuridica perfetta, mentre i fondi comuni di investimento rilevano come patrimonio autonomo rispetto al quale gli investitori possono vantare unicamente una specifica posizione soggettiva di aspettativa al miglior investimento e di credito alla restituzione del valore della quota al momento della scadenza»¹³.

Nel giudizio di gravame, la Corte d'Appello di Venezia ha confermato la ricostruzione del giudice di prime cure, sottolineando che «[u]n socio di una società commerciale e un quotista di un fondo comune di investimento non sono equiparabili. Nel fondo una società di gestione con un proprio patrimonio e propri soci gestisce un altro patrimonio distinto. L'investitore è soltanto un cliente della società di gestione sicché è giustificabile che non disponga degli stessi rimedi riservati al socio di una società commerciale, titolare di una quota di partecipazione o azionista»¹⁴. Questo escluderebbe, nella ricostruzione dei giudici d'appello, l'esperibilità della tutela reale, ostacolata nel caso di specie anche dal generico rinvio alla disciplina societaria e dall'assenza di uno specifico richiamo alle regole di un particolare tipo societario, rimanendo tuttavia ferma la possibilità di fare ricorso alla tutela obbligatoria in presenza di un concreto pregiudizio per l'investitore¹⁵.

2.1. *L'ordinanza n. 12474/2025 della Corte di Cassazione.*

Le argomentazioni appena esposte non sono state condivise dal Supremo Collegio. Come anticipato, la Corte di Cassazione ha infatti affermato la sussistenza della

¹² La sentenza di primo grado non fornisce alcun supporto argomentativo a sostegno di questa conclusione. È invece la sentenza d'appello a precisare che il rinvio alla disciplina societaria doveva ritenersi circoscritto alla normativa in materia di presidente e vice presidente dell'assemblea poiché, da un lato, la disposizione in cui detto rinvio era contenuto (l'art. 13 del regolamento del fondo) era esclusivamente volta a regolare tali figure e, dall'altro lato, il richiamo operato dall'art. 13 al testo dell'art. 12 poteva spiegarsi con il contributo che tale ultima disposizione forniva a chiarire i compiti del presidente dell'assemblea. Cfr. App. Venezia, 18 maggio 2021, n. 1505, cit., par. 6.

¹³ Trib. Padova, 7 settembre 2018, n. 1722, consultabile tramite la Banca Dati di Merito del Ministero della Giustizia.

¹⁴ App. Venezia, 18 maggio 2021, n. 1505, cit., par. 7.

¹⁵ App. Venezia, 18 maggio 2021, n. 1505, cit., par. 6 e par. 7.

legittimazione a impugnare le delibere dell'assemblea del fondo in capo ai quotisti sulla base di un ragionamento che, se ben lo si intende, si potrebbe riassumere come segue: (i) in continuità con la precedente giurisprudenza della Corte¹⁶, il fondo comune di investimento deve ritenersi privo di una autonoma soggettività giuridica, costituendo piuttosto un *patrimonio separato della società di gestione del risparmio*; (ii) le fonti normative di riferimento per esaminare la questione concernente la legittimazione all'impugnativa in capo agli investitori, ai sensi dell'art. 36 TUF, sono costituite dalla legge e dal regolamento del fondo: quanto alla prima, viene in rilievo specialmente l'art. 37 TUF, che contempla espressamente la previsione di un'assemblea dei quotisti per talune tipologie di fondi; (iii) alla luce di detta disposizione, deve più in generale ritenersi che non possa darsi un fondo di investimento senza un'assemblea degli investitori; (iv) posta l'*obbligatorietà* di tale assemblea, che sulla base dell'art. 37 TUF ha come competenza inderogabile quella relativa alla sostituzione del gestore, i quotisti dovrebbero ritenersi legittimati, per espressa previsione di legge, ad impugnare le delibere che riguardino (anche) tale materia; (v) nel caso di specie ciò è confermato dal regolamento del fondo, che disciplina analiticamente la partecipazione degli investitori all'assemblea; (vi) non riconoscere un diritto di impugnativa all'investitore svuoterebbe, del resto, di significato la previsione, da parte della disciplina speciale e del regolamento del fondo, di un «sistema di partecipazione collettiva degli investitori, definito con metodo assembleare e decisione collegiale», il quale, altrimenti, «sarebbe del tutto senza controllo, poiché i soggetti che hanno partecipato all'assemblea [...] non ne potrebbero in nessun caso contestare la validità, chiedendone la rimozione»; (vii) un tale esito sarebbe inaccettabile pure alla luce dei principi costituzionali e, in particolare, dell'art. 24 Cost., posto che non potrebbe darsi una delibera assembleare non impugnabile per alcun motivo o comunque i cui effetti non possano essere rimossi; (viii) la sussistenza della legittimazione a impugnare in capo ai quotisti pare confermata anche da quanto espressamente previsto con riferimento agli obbligazionisti delle società per azioni, atteso che la posizione dei quotisti dei fondi di investimento sarebbe, per certi versi, assimilabile a quella di costoro; (ix) in ogni caso, nell'ipotesi in esame, il rinvio alle disposizioni codicistiche contenuto nel regolamento del fondo deve ritenersi ampio e non limitato a integrare, per quanto non espressamente disposto, le previsioni sul presidente e sul vice presidente dell'assemblea.

¹⁶ Il riferimento è anzitutto alla sentenza Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, cit., il cui orientamento è stato poi fatto proprio anche da Cass. 8 maggio 2019, n. 12602, cit.

Quanto all'individuazione della disciplina societaria applicabile, secondo la Corte di Cassazione essa deve essere ravvisata in quella delle società per azioni. Per un verso, occorrerebbe considerare che la SGR che gestisce il fondo è necessariamente costituita nella forma della società per azioni (cfr. art. 34, c. 1, TUF). Per altro verso, risulterebbero comunque particolarmente rilevanti le disposizioni in materia di assemblea degli obbligazionisti di cui agli artt. 2415 e s. c.c., atteso che questi ultimi, come del resto gli investitori del fondo, non sono soci della società e, ciò nondimeno, mediante la loro assemblea speciale «hanno compiti inerenti non solo alla valutazione delle condizioni dell'investimento, ma anche consultivi in seno alla stessa società emittente i titoli di debito». Non potrebbe trascurarsi, infatti, che lo scopo della previsione da parte del TUF dell'organo assembleare in via obbligatoria per tutti i fondi di investimento sarebbe quello di *«dare voce alla platea degli investitori, attraverso la formazione di una volontà collettiva attuata con il metodo collegiale assembleare, da sottoporre all'attenzione del consiglio di amministrazione della SGR e all'organo di controllo esterno (Banca d'Italia), al fine di orientare rispettivamente le scelte gestorie degli amministratori della SGR rispetto al patrimonio separato [e] di sollecitare eventualmente i poteri della Banca d'Italia inerenti al controllo del rispetto dei principi inderogabili previsti dal TUF»* (enfasi aggiunte).

3. LE QUESTIONI CONTROVERSE.

A ben vedere, sono molteplici i profili problematici toccati dal provvedimento in esame. Tralasciando per ragioni di economia del discorso quelli che riguardano il ruolo di Banca d'Italia e il suo controllo sul regolamento dei fondi comuni di investimento e sulle relative modifiche¹⁷, pure richiamati dall'ordinanza in commento, in questo scritto ci si soffermerà sui seguenti: (i) il problema della natura giuridica del fondo comune di investimento e del riconoscimento o non della soggettività giuridica in capo al fondo medesimo; (ii) la questione dell'obbligatorietà o non dell'istituzione di una assemblea degli investitori negli o.i.c.r. contrattuali, unitamente a quella

¹⁷ Tale questione non pare infatti direttamente rilevante in relazione alla vicenda considerata, in quanto, nei fondi *riservati*, quale era il fondo chiuso immobiliare oggetto della controversia in esame (quantomeno stando a quanto emerge dalla sentenza d'appello), è sottratto alla Banca d'Italia il potere di approvare il regolamento del fondo e le relative modifiche (cfr. art. 37, c. 4, TUF). Il punto non pare adeguatamente valorizzato dall'ordinanza in commento, presumibilmente alla luce della errata qualificazione del fondo in questione quale fondo *non riservato* (al riguardo si v. *supra*, par. 2, nonché *infra*, par. 5).

della sussistenza della legittimazione a impugnare le relative delibere in capo agli investitori; e (iii) il connesso tema delle competenze dell'assemblea, inclusa quella relativa all'adozione di modifiche al regolamento, nonché dei limiti entro i quali può incidere sul punto una deliberazione adottata a maggioranza dagli investitori.

In particolare, in questa sede si cercherà, per quanto possibile, di mettere in luce come talune opzioni interpretative e ambiguità concettuali nell'inquadramento giuridico dei fondi comuni di investimento, dalle quali il provvedimento in esame non pare essere immune, anche a prescindere da una tecnica redazionale a tratti imprecisa¹⁸, condizionino la soluzione di tali questioni, potendo così ostacolare una compiuta sistemazione della materia.

4. LA NATURA GIURIDICA DEL FONDO QUALE PRESUPPOSTO PER LA RICOSTRUZIONE DEI DIRITTI DI «PARTECIPAZIONE» DEGLI INVESTITORI NEGLI O.I.C.R. CONTRATTUALI.

Partendo dal primo profilo, si è detto che il discorso della Suprema Corte prende le mosse dall'interrogativo circa la sussistenza o non in capo al fondo di investimento di una autonoma soggettività giuridica. Tale percorso argomentativo pare maggiormente comprensibile con riferimento ad altri arresti giurisprudenziali in materia di fondi comuni di investimento, quali ad esempio quelli che concernono l'individuazione del soggetto al quale debba essere intestato un bene immobile a seguito di un acquisto effettuato dalla SGR per conto di un fondo da essa gestito¹⁹ o quelli che si sono soffermati sul profilo della legittimazione processuale attiva e passiva, in caso di controversie riguardanti a vario titolo i beni inclusi nel patrimonio afferente a un

¹⁸ Ciò emerge specialmente laddove la Corte riferisce che l'art. 37 TUF stabilisce una competenza limitata essenziale per l'assemblea dei partecipanti ai fondi *riservati*, i quali si potrebbero riunire in assemblea esclusivamente per deliberare la sostituzione del gestore, quando invece detta disposizione normativa statuisce che « [i]l regolamento dei fondi chiusi *diversi dai FLA riservati* prevede che i partecipanti possono riunirsi in assemblea esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore» (enfasi aggiunta) (cfr. art. 37, c. 3, TUF). La previsione di un'assemblea dei quotisti chiamata a deliberare sulla sostituzione del gestore riguarda infatti i FIA *non* riservati (non i FIA riservati!), ossia i fondi di investimento alternativi – soggetti alla disciplina dettata a livello europeo dalla Direttiva 2011/61/UE, tra i quali rientrano i fondi di investimento chiusi immobiliari – accessibili anche a soggetti che non presentano particolari requisiti di professionalità. Sul punto si tornerà comunque anche *infra*, al par. 5.

¹⁹ Il riferimento è a Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, cit., che però affronta pure il tema della legittimazione a stare in giudizio per conto del fondo (sul quale si v. la nota successiva).

fondo comune di investimento²⁰. In queste ipotesi, infatti, il riconoscimento o non della soggettività giuridica potrebbe astrattamente costituire un presupposto logico – anche se, per vero, non strettamente necessario²¹ – per affermare o negare che il fondo comune possa rappresentare un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive. È infatti generalmente sulla base della negazione della soggettività giuridica in capo al fondo che è stata affermata in giurisprudenza la regola per la quale la trascrizione deve avvenire in nome della SGR (se si vuole, accompagnandola con l’annotazione del vincolo di destinazione a favore del fondo) e quella per la quale la legittimazione processuale attiva e passiva spetta in ogni caso al sog-

²⁰ Cfr., ad esempio, nella giurisprudenza di legittimità, oltre alla sentenza citata alla nota precedente, anche Cass. ord. 9 marzo 2023, n. 7116, cit., quanto alla legittimazione passiva (sia sostanziale che processuale) della SGR per i debiti tributari del fondo; nonché, nella giurisprudenza di merito, App. Venezia, 16 giugno 2020, n. 1469, cit., che riconosce la legittimazione passiva della SGR a resistere in giudizio per conto del fondo comune di investimento da essa gestito in ragione della titolarità formale del patrimonio afferente al fondo in capo alla SGR stessa, nonostante l’assoggettamento della società di gestione medesima a liquidazione coatta amministrativa e la conseguente revoca dell’autorizzazione allo svolgimento dell’attività di gestione; Trib. Milano, 26 maggio 2021, n. 4559, inedita, che, sulla base del consolidato orientamento giurisprudenziale in merito alla titolarità formale dei beni compresi nel fondo in capo alla SGR afferma la legittimazione processuale attiva e passiva in capo a quest’ultima; Trib. Milano, 11 maggio 2015, cit., che riconosce in capo alla SGR la legittimazione a proporre, nei confronti dei propri amministratori, l’azione di risarcimento dei danni arrecati al fondo comune di investimento gestito e che affronta altresì il tema della legittimazione ad agire per conto del fondo in caso di sostituzione del gestore a seguito di liquidazione coatta amministrativa del precedente gestore. Diverso pare invece il percorso argomentativo di Trib. Milano, 20 novembre 2021, n. 9617, inedita, secondo la quale «a prescindere dalla *vexata quaestio* in ordine alla soggettività giuridica dei fondi di investimento, è comunque pacifico che essi sono privi di capacità di agire e di capacità di stare in giudizio, talché le SGR – che li gestiscono nell’interesse degli investitori – sono abilitate *ipso iure* ad esercitare in sede processuale i relativi diritti». Con specifico riferimento al problema della legittimazione processuale passiva in caso di avvicendamento di due SGR nella gestione del fondo, cfr. App. Milano, 15 dicembre 2020, n. 2920, cit., secondo la quale il giudizio di appello deve proseguire tra il gestore originario e la controparte, sebbene il subentro di un nuovo gestore nella titolarità del fondo durante il giudizio determini una successione a titolo particolare nella proprietà del bene oggetto della controversia; Trib. Milano, 29 giugno 2021, n. 5636, cit., la quale, dopo aver ricordato come i fondi, non avendo soggettività giuridica, stiano in giudizio tramite la società di gestione, ha invece sostenuto che tale fenomeno non comporterebbe il trasferimento del fondo da un soggetto a un altro, alla luce del fatto che rimarrebbe ferma la «proprietà» sostanziale del fondo in capo agli investitori; nonché, più di recente, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 15 febbraio 2023, n. 4741, cit., la quale, in un caso di sostituzione del gestore durante il processo, prendendo le mosse dal problema della natura giuridica dei fondi comuni di investimento, ha affermato che il processo deve proseguire tra le parti originarie, potendo comunque il nuovo gestore intervenire o essere chiamato in giudizio.

²¹ Al riguardo si v. in particolare A.D. Scano, *Fondi comuni immobiliari e imputazione degli effetti dell’attività di investimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, II, p. 1137 ss., secondo il quale la possibilità di considerare il fondo comune di investimento quale autonomo centro di imputazione di effetti giuridici prescinderebbe dal riconoscimento in capo a quest’ultimo della soggettività giuridica. Più in generale, nel senso di ridimensionare la rilevanza dell’interrogativo sulla natura e sulla soggettività giuridica dei fondi comuni di investimento ai fini della soluzione di questioni legate alla loro disciplina, cfr. le note osservazioni di P. Ferro-Luzzi, *Un problema di metodo: la “natura giuridica” dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Rivista delle società*, 2012, p. 751 ss.

getto gestore e non al fondo stesso. Altrettanto invece non sembrerebbe potersi dire, quantomeno di primo acchito, con riferimento al nesso logico tra il problema della soggettività giuridica del fondo e la sussistenza del diritto di impugnativa in capo al quotista, trattandosi di un legame, per certi versi, meno immediato. Ciò nondimeno, è proprio da una presa di posizione in relazione al dibattito sulla natura giuridica dei fondi di investimento che la Corte ha dato avvio al proprio ragionamento.

Sul punto, come è noto, sono diverse le opinioni avanzate dagli interpreti. A una prima tesi che ravvisava nel fondo comune di investimento una comunione tra i quotisti, i cui beni sarebbero stati investiti dalla società di gestione sulla base di un contratto riconducibile allo schema del mandato senza rappresentanza²², si sono affiancate ulteriori teorie, secondo le quali la titolarità del fondo sarebbe spettata alla società di gestione²³, se del caso come «proprietà-funzione»²⁴, ovvero al fondo stesso quale autonomo soggetto di diritto²⁵, ovvero ancora quella, fatta propria dall'ordinanza in commento e ormai sostanzialmente consolidata in giurisprudenza²⁶, in base alla quale il fondo comune di investimento sarebbe sì un *patrimonio separato della società di gestione*, ma nell'ambito di una distinzione tra titolarità formale del patrimonio comune, spettante al gestore, e titolarità sostanziale del medesimo, spettante invece agli investitori.

Ebbene, aderendo a quest'ultima impostazione – ma questo passaggio argomentativo non appare del tutto esplicitato nella ordinanza in esame – l'applicazione all'assemblea degli investitori della disciplina delle società (azionarie) si potrebbe giu-

²² Questa è, in particolare, la tesi di B. Libonati, *Holding e investment trust*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 506 ss. e p. 527 ss. Nel senso di ritenere sussistente una comunione tra i titolari delle quote del fondo, cfr. anche T. Ascarelli, *Investment trust*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1954, I, pp. 178 e 180, là dove qualifica gli investitori quali «comproprietari» dei titoli che afferiscono al fondo comune.

²³ G.E. Colombo, *L'introduzione dell'investment trust in Italia*, in G.E. Colombo, V. Dotti, G. Perletti, G. Scharns, G. Sottriffer, *L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Cedam, Padova, 1967, p. 286.

²⁴ P.G. Jaeger, *Sui fondi comuni di investimento*, in *Rivista delle società*, 1969, p. 1142. In senso adesivo, G. Castellano, *Per una qualificazione giuridica dei fondi d'investimento mobiliare*, *ivi*, p. 1156 s. e p. 1162.

²⁵ R. Costi, *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Rivista delle società*, 1968, p. 300 ss. Nel senso di riconoscere la soggettività giuridica dei fondi comuni di investimento, cfr. anche Consiglio di Stato, parere n. 608 dell'11 maggio 1999, in *Consiglio di Stato*, 1999, I, p. 2216 ss. Una prospettiva affine è adottata da A. Nigro, *I fondi comuni di investimento mobiliare*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 87 ss.; nonché Id., voce *Investment trust*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, XXII, 1972, p. 704 s., secondo il quale i fondi di investimento sarebbero delle associazioni «atipiche», in quanto tali privi della personalità giuridica, ma dotati di soggettività giuridica.

²⁶ L'orientamento giurisprudenziale in esame ha avuto origine con la già ricordata Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, cit.

stificare non tanto in forza di una analogia tra fondo comune di investimento, in sé e per sé considerato, ed enti costituiti in forma societaria (e, tra questi, specialmente quelli dotati di autonomia patrimoniale perfetta e quindi, in primo luogo, le società per azioni), come invece sembrerebbero implicitamente richiedere le sentenze rese nei precedenti giudizi di merito²⁷, nonché parte della dottrina²⁸, quanto piuttosto in ragione del fatto che, essendo il patrimonio separato un patrimonio «dell'ente» societario, non potrebbe che applicarsi alla relativa assemblea degli investitori la disciplina dell'ente medesimo e, quindi, la disciplina azionaria.

Proponendo una simile soluzione interpretativa, l'ordinanza in esame porta alle estreme conseguenze la tesi della titolarità del patrimonio comune in capo alla SGR, originariamente avanzata dalla sentenza n. 16605/2010 della Corte di Cassazione. Se, infatti, il fondo comune di investimento è, a tutti gli effetti, un patrimonio separato della SGR, all'assemblea dei suoi quotisti non potrebbe che applicarsi la disciplina delle assemblee speciali di tale tipo azionario e, in particolare, per contiguità con il fenomeno indagato, quella dell'assemblea degli obbligazionisti, i quali, rispetto alla società emittente, rivestono – al pari dei sottoscrittori delle quote del fondo²⁹ – la veste di creditori.

Questa impostazione finisce però per svalutare, fino quasi a contraddirla, la distinzione tra titolarità formale e titolarità sostanziale dei beni compresi nel patrimonio del fondo, che pure aveva costituito un aspetto centrale dell'impianto argomentativo di Cass. n. 16605/2010 anche al fine di cercare di rendere coerente la ricostruzione prospettata con la sostanza del fenomeno economico in esame, in base alla quale, per quanto il soggetto gestore possa effettivamente disporre dei beni inclusi nel patrimonio del fondo, egli non ne è, in fin dei conti, il *residual claimant*³⁰.

Questa costituisce una significativa differenza rispetto al caso degli obbligazionisti che sottoscrivono i titoli di debito della società emittente: sebbene anche costoro sia-

²⁷ Si v. *supra*, par. 2.

²⁸ Cfr., ad esempio, F. Annunziata, *op. cit.*, *passim* (ad es., p. 122 s.), quanto in particolare alla possibilità di applicare analogicamente regole proprie degli o.i.c.r. societari (e quindi delle società per azioni) agli o.i.c.r. contrattuali.

²⁹ Cfr. Cass. 14 luglio 2003, n. 10990, consultabile in banca dati DeJure.

³⁰ Quantomeno laddove si intenda il *residual claimant* come il soggetto che sopporta in via definitiva il rischio dell'attività di investimento. È evidente infatti che, adottando tale prospettiva, *residual claimants* non possano che essere esclusivamente gli investitori del fondo comune di investimento. Ciò deriva anzitutto dal già richiamato art. 36, c. 4, TUF, secondo il quale, delle obbligazioni contratte nell'interesse del fondo la SGR risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo (e nei limiti dello stesso).

no legati alla società da un rapporto negoziale che comporta l'attribuzione di risorse alla società stessa, i relativi apporti affluiscono nel (e si confondono con il) patrimonio generale dell'ente e vengono impiegati anzitutto a beneficio degli azionisti di quest'ultimo, con la conseguenza che in capo agli obbligazionisti residua unicamente una pretesa alla restituzione di quanto prestato e alla corresponsione degli interessi³¹.

L'applicabilità all'assemblea degli investitori della disciplina dell'assemblea degli obbligazionisti delle società per azioni – sulla quale potrebbe anche concordarsi, quantomeno sotto alcuni profili³² – non può quindi giustificarsi meramente sulla base dell'analoga posizione di creditore della società, spettante, nell'un caso e nell'altro, ai partecipanti all'adunanza, né può semplicemente farsi derivare dal fatto che le regole in materia di assemblea degli obbligazionisti costituiscono il «prototipo normativo» della disciplina delle assemblee speciali della società per azioni. Piuttosto, sorge la necessità di verificare se le esigenze che giustificano, nell'impianto codicistico, la creazione di una organizzazione di categoria per gli obbligazionisti (e le altre figure affini) si presentano anche nell'ambito dei fondi comuni di investimento con riferimento ai loro investitori.

5. SULLA PRESUNTA OBBLIGATORietà DELLA PREVISIONE DI UN'ASSEMBLEA DEI QUOTISTI E SULLA SUSSISTENZA DEL DIRITTO DI IMPUGNAZIONE DELLE RELATIVE DELIBERE

Ancora maggiori perplessità desta poi l'affermazione in base alla quale, nell'impianto normativo del TUF, l'istituzione di una assemblea dei sottoscrittori delle quo-

³¹ Tale differenza, all'evidenza, si attenua ma non scompare nel caso delle obbligazioni cc.dd. partecipative, per le quali i tempi e l'entità del pagamento degli interessi variano in base all'andamento della società (cfr. art. 2411, c. 2, c.c.).

³² Si è infatti talora sostenuta l'applicabilità analogica della disciplina dell'assemblea degli obbligazionisti di s.p.a. all'assemblea degli investitori di un o.i.c.r. contrattuale. Cfr., in particolare, R. Della Vecchia, *La governance dei fondi comuni di investimento chiusi*, in *Società*, 2010, p. 1337; Id., *D.M. n. 197/2010: le modifiche alla disciplina dei fondi comuni di investimento*, in *Società*, 2011, p. 295, il quale richiama altresì l'assemblea speciale dei portatori di strumenti di partecipazione a specifici affari ex art. 2447-octies c.c. In termini più generali, quanto alle somiglianze esistenti tra la posizione degli investitori dei fondi (di *private equity*) e quella degli obbligazionisti e alla funzione delle rispettive assemblee, cfr. L. Ardizzone, *L'esercizio dell'attività d'impresa nel private equity*, Egea, Milano, 2018, p. 74 s., p. 84 e p. 173 (n. 352). Sul punto non è necessario in questa sede prendere posizione, cercandosi piuttosto di sottolineare come, nel provvedimento in esame, non si rinvergono argomenti decisivi a sostegno di tale opzione interpretativa.

te del fondo sarebbe da considerarsi in ogni caso obbligatoria, se non altro perché premessa di tale asserzione pare una errata lettura del dato normativo, accompagnata – forse – anche da una svista nella qualificazione della fattispecie concreta.

L'ordinanza in esame, infatti, da un lato, ricostruisce impropriamente il dettato normativo, riferendo che, in base all'art. 37 TUF, nei fondi chiusi *riservati* il regolamento del fondo deve limitare la competenza dell'assemblea alla sostituzione del gestore, quando in realtà il comma 3 di tale disposizione stabilisce che nei fondi chiusi *diversi da quelli riservati* il regolamento del fondo «prevede che i partecipanti possono riunirsi in assemblea esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore»; dall'altro lato, omette di considerare la natura riservata del fondo oggetto della controversia, la quale emerge invece dalla sentenza resa in grado d'appello.

Tali incongruenze paiono minare il ragionamento poiché conducono il Supremo Collegio a concludere erroneamente in favore della maggiore rigidità dei fondi riservati (quando, ancora una volta, pare vero il contrario, se non altro per il fatto che la disciplina speciale tiene conto della professionalità che di regola caratterizza gli investitori di tali fondi³³ e quindi della minore esigenza di tutela dei medesimi, accordando conseguentemente maggiore flessibilità al relativo regolamento)³⁴. Infatti, seguendo l'argomentazione della Corte, se nei fondi «più rigidi» – quali sarebbero, *in thesi*, i fondi riservati – è prevista un'assemblea con una competenza limitata ma inderogabile, allora, per tutti gli altri fondi, dovrebbe riconoscersi l'esistenza «di un diritto “partecipativo” di tutti gli investitori rispetto alla determinazione che la SGR adotta nella gestione del fondo», da attuarsi mediante l'adunanza assembleare.

Ciò secondo la Cassazione significa, da un lato, che «non può aversi un Fondo che non abbia un'assemblea degli investitori» e, dall'altro lato, e «*a contrario*, [...] che per i Fondi non riservati, il regolamento può prevedere che l'assemblea degli investitori deliberi anche su altri argomenti, ulteriori rispetto alla sola sostituzione del gestore».

In realtà, la prima conclusione è tutta da dimostrare. Da una previsione norma-

³³ Nei fondi riservati, la partecipazione all'o.i.c.r. è appunto riservata a investitori dotati di particolari requisiti di professionalità, ovvero a investitori che, seppur non professionali, sottoscrivono quote di partecipazione di importo superiore a determinate soglie. Cfr. l'art. 14, c. 1 e 2, D.M. 5 marzo 2015, n. 30. Regole particolari si applicano poi quanto alla partecipazione di soggetti pubblici ai FIA immobiliari riservati (cfr. il comma 3 della medesima disposizione).

³⁴ Questo anzitutto perché ai FIA riservati non si applicano «le norme prudenziali di contenimento e frazionamento del rischio stabilite dalla Banca d'Italia per i FIA non riservati»: cfr. l'art. 14, c. 6, lett. b), D.M. 5 marzo 2015, n. 30. Inoltre, come già ricordato (v. *supra*, nt. 17), per i fondi riservati non è prevista l'approvazione del regolamento del fondo e delle relative modifiche da parte di Banca d'Italia.

tiva che stabilisce che in una tipologia di fondi chiusi l'assemblea può riunirsi esclusivamente per deliberare su una particolare materia (la sostituzione del gestore) non può, infatti, desumersi univocamente l'*obbligatorietà* dell'assemblea degli investitori nelle altre tipologie di fondi, quanto semmai – ma anche questo dovrebbe essere oggetto di maggiore approfondimento – la possibilità di prevedere competenze ulteriori per l'assemblea dei fondi chiusi non espressamente considerati dall'art. 37, c. 3, TUF, là dove istituita³⁵. Non a caso, specialmente in relazione ai fondi aperti, è la stessa ammissibilità della previsione dell'assemblea da parte del regolamento del fondo a essere discussa tra gli interpreti³⁶, anche alla luce del silenzio del legislatore sul punto³⁷ e, più in generale, della minore possibilità di giustificare la concessione di strumenti di *voice* agli investitori – che potrebbero financo «intralciare» l'operato del gestore – in presenza di un diritto di *exit* estremamente accentuato³⁸.

La seconda conclusione, invece, parrebbe semmai doversi riferire ai fondi chiusi *riservati* – come peraltro quello interessato dalla controversia in esame – e non già ai fondi chiusi *non riservati*, per i quali vale, infatti, la regola in base alla quale l'assemblea si riunisce esclusivamente per deliberare sulla sostituzione del gestore. Del resto, considerando la natura *riservata* del fondo chiuso di cui alla controversia in esame, non si fa fatica a spiegare la molteplicità di competenze attribuite all'assemblea degli investitori dal relativo regolamento negoziale, che pure l'ordinanza testualmente riporta.

Tanto premesso, e anche a prescindere dai profili legati all'obbligatorietà o non dell'assemblea degli investitori nei fondi di investimento, desta altresì perplessità l'equazione, tracciata dal provvedimento in commento, tra previsione dell'assemblea e legittimazione a impugnare le relative delibere.

Al riguardo, non convince non solo il richiamo ai principi costituzionali e al diritto

³⁵ In argomento, per alcuni cenni alla possibilità di ampliare le competenze dell'assemblea degli investitori dei fondi chiusi riservati, F. Annunziata, *op. cit.*, p. 139 (il quale ritiene, tra l'altro, che in questo caso l'istituzione dell'assemblea non sia obbligatoria ma rimessa all'autonomia contrattuale); F. Annunziata, D. Maltese, *La disciplina dell'assemblea dei quotisti dei fondi chiusi tra contratto e organizzazione*, in *Società*, 2022, p. 347; P. Spolaore, *S.r.l. e offerta al "pubblico" di partecipazioni sociali*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 97 s.; R. Della Vecchia, *La governance dei fondi comuni*, cit., p. 1340. Sul punto, si v. anche L. Arduzzone, *op. cit.*, p. 173 ss.

³⁶ In argomento, P. Spolaore, *La gestione collettiva del risparmio*, in M. Cera, G. Presti, *Il Testo Unico finanziario*, Il Mulino, Bologna, *, 2020, p. 571 s.

³⁷ Al riguardo, si v. F. Annunziata, *op. cit.*, p. 139 ss. (spec. p. 142).

³⁸ In argomento, con riferimento alla legislazione statunitense in materia, sia pure in termini generali, J. Morley, *The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation*, in *Yale Law Journal*, 2014, vol. 123, p. 1289.

to di difesa *ex art.* 24 Cost., posto che il riconoscimento di una tutela obbligatoria, rappresentata dal diritto al risarcimento del danno, risulterebbe comunque sufficiente a garantire il rispetto dell'art. 24 Cost.³⁹, ma anche e più in generale il riferimento all'impugnativa quale elemento, per così dire, sempre connaturato alla partecipazione in assemblea. Pur nella consapevolezza che il tema meriterebbe un approfondimento non possibile in questa sede, occorre infatti perlomeno considerare la circostanza – peraltro sottolineata dai giudici di merito⁴⁰ – per la quale è la stessa disciplina delle società per azioni, pure ritenuta quadro normativo applicabile al caso di specie dall'ordinanza in commento, a non riconoscere il diritto di impugnazione in capo al socio in quanto tale per le ipotesi di annullabilità della delibera, richiedendo il raggiungimento di soglie minime di partecipazione al capitale ai fini dell'attivazione della tutela reale (cfr. art. 2377, c. 3 e 4, c.c.).

Volendo cercare di giustificare comunque una simile legittimazione all'impugnativa da parte dell'investitore, potrebbe semmai osservarsi che l'adozione del metodo assembleare comporta, di regola, quantomeno nella disciplina societaria, anche un qualche accesso alla tutela reale, sebbene non necessariamente per tutti i partecipanti all'assemblea e in presenza di qualsiasi vizio della delibera, e che ammettere l'esperibilità di una azione anche demolitoria, pur rafforzando la posizione degli investitori, non è di per sé in contrasto con il principio di autonomia del gestore che caratterizza la disciplina in materia di gestione collettiva del risparmio⁴¹. Infatti, come si dirà anche in seguito, il profilo dell'indebita interferenza nella gestione del fondo pare connesso più alla delimitazione delle decisioni sulle quali il regolamento prevede un intervento degli investitori, se del caso mediante metodo assembleare, che all'alternativa tra tutela reale e tutela obbligatoria delle ragioni dei quotisti, ove fondate.

Tuttavia, a ciò potrebbe obiettarsi che la scelta del modello contrattuale di o.i.c.r., in luogo di quello societario, indica di per sé l'intenzione delle parti di allontanarsi dalla disciplina societaria⁴² per tutto quanto non espressamente richiamato dal regolamento

³⁹ In questo senso, con riferimento alla tutela in caso di invalidità delle delibere assembleari delle società per azioni, cfr., ad esempio, A. Stagno d'Alcontres, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in P. Abbadessa, G.B. Portale, *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum G.F. Campobasso, Utet giuridica, Torino, 2, 2006, p. 188 s.

⁴⁰ Cfr. Trib. Padova, 7 settembre 2018, n. 1722, cit.; App. Venezia, 18 maggio 2021, n. 1505, cit., par. 6.

⁴¹ Come pure è stato prospettato da App. Milano, 18 febbraio 2021, cit., p. 340. Sul principio di autonomia gestoria si v. *infra*, par. 5.1.

⁴² Cfr. sempre App. Milano, 18 febbraio 2021, cit., p. 340.

del fondo, e questo anche laddove quest'ultimo preveda l'istituzione di taluni «organi» caratteristici di taluni tipi societari, come appunto l'assemblea. Oltre a ciò, ragioni di certezza e stabilità delle decisioni dell'assemblea degli investitori⁴³ – le quali, con riferimento ad organismi che operano sui mercati, non paiono affatto trascurabili – possono suggerire che, in assenza di una espressa previsione in materia nel regolamento del fondo, la legittimazione all'impugnativa sia in ogni caso da escludersi.

Il punto è all'evidenza controverso, ma alla luce di questi ultimi rilievi non stupisce che anche chi vede con favore l'applicabilità analogica della disciplina dell'assemblea delle società per azioni agli o.i.c.r. contrattuali abbia ritenuto che ciò non possa riguardare le regole in materia di impugnativa delle delibere assembleari⁴⁴ e che, in un separato giudizio di merito concernente l'impugnazione di un'altra delibera dell'assemblea degli investitori del fondo oggetto della controversia in esame, i giudici siano arrivati a conclusioni opposte a quelle raggiunte dal Supremo Collegio nel provvedimento in commento⁴⁵.

5.1. Competenze dell'assemblea dei quotisti e limiti alla modificabilità a maggioranza del regolamento del fondo (cenni).

Sullo sfondo rimane aperta la questione, pure accennata dal provvedimento in esame, legata alla determinazione delle competenze dell'assemblea degli investitori, quando prevista, inclusa quella relativa all'approvazione (a maggioranza) delle modifiche al regolamento del fondo.

Sul punto, dall'inquadramento del fondo comune di investimento quale patrimonio separato della SGR sembra discendere, nel ragionamento della Corte, una valorizzazione del ruolo dialogico e consultivo dell'assemblea degli investitori rispetto all'operato del gestore. Ciò non risulta necessariamente in contrasto con i principi ispiratori della disciplina, trovando anzi importante conferma nella prassi⁴⁶, a patto

⁴³ Un argomento in tal senso è stato sollevato, non a caso, da una delle parti del giudizio riguardante il medesimo fondo di investimento della controversia in esame che ha poi condotto alla sentenza della Corte d'Appello di Milano più volte richiamata: cfr. App. Milano, 18 febbraio 2021, cit., p. 338.

⁴⁴ F. Annunziata, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁵ Il riferimento è sempre a App. Milano, 18 febbraio 2021, cit., p. 338 ss.

⁴⁶ Quanto in particolare all'istituzione di comitati (consultivi) degli investitori nell'ambito dei fondi riservati, cfr. R. Della Vecchia, *La governance dei fondi comuni*, cit., p. 1345; P. Caliceti, *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni d'investimento*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, p. 230; nonché, specialmente con riferimento alle loro possibili competenze, L. Ardizzone, *op. cit.*, p. 174 ss.

però di non ammettere uno sconfinamento delle competenze dell'assemblea degli investitori in decisioni strettamente gestorie, come invece parrebbe consentire la Suprema Corte là dove ha sottolineato che «esiste un diritto “partecipativo” di tutti gli investitori rispetto alla determinazione che la SGR adotta nella gestione del Fondo» e che la previsione di una assemblea dei quotisti è funzionale «a dare voce alla platea degli investitori [...], al fine di orientare [...] le scelte gestorie degli amministratori della SGR rispetto al patrimonio separato».

Il principio di autonomia del gestore, che informa la normativa in materia di gestione collettiva del risparmio⁴⁷, pur nelle perduranti incertezze interpretative relative alla sua effettiva portata, limita infatti notevolmente le possibili «ingerenze» della platea degli investitori sui profili relativi all'adozione delle scelte di investimento del patrimonio comune. Se, dunque, vi possono essere aperture a una «consultazione» degli investitori su aspetti collegati alla strategia o alla gestione del fondo, maggiori perplessità sorgono nel caso in cui il regolamento ammetta una qualche ingerenza in

⁴⁷ A livello nazionale è già la definizione di o.i.c.r., contenuta all'art. 1, c. 1, lett. *è*), TUF, a sottolineare il rilievo dell'autonomia del gestore, prevedendo che il relativo patrimonio sia «gestito in monte nell'interesse degli investitori e *in autonomia dai medesimi*» (enfasi aggiunta). Inoltre, anche la disciplina secondaria contiene un esplicito riferimento alla necessaria autonomia del gestore rispetto ai partecipanti all'o.i.c.r., là dove prevede che «[l']attività di gestione collettiva è svolta dal gestore in autonomia dai partecipanti agli OICR; i partecipanti, pertanto, non dispongono di poteri connessi alla gestione operativa dell'OICR e delle attività in portafoglio in conformità alla politica di investimento, fermo restando l'esercizio dei diritti riconosciuti agli investitori in qualità di azionisti degli OICR in forma societaria»: cfr. par. 1, sez. II, cap. II, titolo I, Reg. GCR. Per vero, a livello europeo, la Direttiva 2011/61/UE, che disciplina i cc.dd. FIA, fondi di investimento alternativi, quali appunto i fondi chiusi immobiliari, non contiene alcun riferimento al principio di autonomia del gestore. Tuttavia, l'Autorità di vigilanza europea ha sottolineato come caratteristica dei FIA – contrattuali o societari – sia il fatto che «i detentori di quote o gli azionisti di [tali] organismi» – in qualità di gruppo collettivo – non hanno *discrezionalità o un controllo su base giornaliera*, con ciò intendendosi «una forma di potere decisionale diretto e continuo – a prescindere che venga esercitato oppure meno – su questioni operative attinenti alla gestione quotidiana delle attività degli organismi e che trascende in modo significativo l'esercizio ordinario del potere decisionale o di controllo tramite la votazione in seno alle assemblee degli azionisti su questioni come la fusione o la liquidazione, l'elezione dei rappresentanti degli azionisti, la nomina di amministratori o revisori dei conti e l'approvazione dei conti annuali» (così, ESMA, *Orientamenti sui concetti chiave della direttiva GEFLA*, ESMA/2013/611, 13 agosto 2013, II e VI, par. 12.). Su tutti questi profili, si v. L. Ardizzone, *op. cit.*, p. 30 ss.; P. Spolaore, *La gestione collettiva del risparmio*, cit., p. 7 s. L'autonomia del gestore è, del resto, tratto caratteristico del fenomeno dell'*investment trust* anche in altri ordinamenti. Nella dottrina straniera si v., in particolare, J. Morley, *op. cit.*, p. 1238 ss., il quale utilizza l'espressione «separation of funds and managers» per indicare l'autonomia del gestore rispetto al fondo e ai suoi investitori sia dal punto di vista patrimoniale, sia dal punto di vista dell'adozione delle scelte di investimento del fondo medesimo (per questo profilo cfr. l'osservazione, a p. 1239, secondo la quale la società di gestione di regola ha «sole authority to direct the fund's operations and investment strategy»). L'autonomia del gestore risponde, infatti, anzitutto all'esigenza di assicurare che le scelte di gestione siano assunte da un soggetto dotato di particolari requisiti di competenza e specializzazione. Al riguardo si v., per tutti, R. Costi, *op. cit.*, p. 247 ss.

concreto circa l'adozione di (singole) scelte o strategie di investimento⁴⁸.

Meno problematica parrebbe invece, quantomeno in prima battuta, l'attribuzione all'assemblea degli investitori della competenza a deliberare (a maggioranza) sulle modifiche del regolamento, come peraltro previsto nel caso in esame. Posto che negli o.i.c.r. contrattuali, e in particolar modo in quelli aperti, non è affatto scontato il potere degli investitori di influire sul contenuto del regolamento del fondo sia in sede di sua costituzione, sia durante la sua operatività⁴⁹, una simile previsione potrebbe, infatti, essere vista con favore, in un'ottica di tutela dell'investitore.

Occorre, tuttavia, considerare che, quantomeno per le pattuizioni riguardanti le «basi essenziali» dell'investimento, potrebbero prospettarsi dei limiti al potere della maggioranza degli investitori di approvare eventuali modifiche al regolamento del fondo proposte dal soggetto gestore, in favore della regola dell'unanimità, che accorderebbe una tutela addirittura maggiore all'investitore dissenziente.

La questione sembra essere stata sollevata anche nel procedimento in esame, ma accantonata sia nel giudizio di merito, alla luce del fatto che «una domanda con cui si volesse accertare l'immodificabilità del contratto senza il consenso dei contraenti avrebbe dovuto coinvolgere tutte le parti contraenti – e pertanto tutti i quotisti del fondo e non solo la società di gestione»⁵⁰, sia innanzi alla Suprema Corte, che ne ha sancito l'inammissibilità per carenza di interesse del ricorrente.

Non potendo qui tentare di affrontare compiutamente il quesito, ci si limita a segnalare che, nell'esame del problema, parrebbe doversi considerare l'eventuale sussistenza di limiti anzitutto alla possibilità per il gestore, prima ancora che per la maggioranza degli investitori, di proporre o adottare, per l'ipotesi in cui non sia espressamente prevista un'assemblea degli investitori, modifiche del regolamento

⁴⁸ Cfr., ad esempio, F. Annunziata, *op. cit.*, p. 146, là dove rimarca «l'impossibilità di attribuire all'assemblea il potere di *decidere* il compimento di singole operazioni di gestione, o di deliberare in merito alle singole strategie d'investimento dell'OICR», proprio in ragione del principio di autonomia gestoria; nonché, con riferimento all'assemblea dei fondi chiusi riservati, L. Ardizzone, *op. cit.*, p. 173; e, più di recente, P. Spolaore, *S.r.l. e offerta al "pubblico" di partecipazioni sociali*, cit., p. 97.

⁴⁹ Nei fondi aperti, infatti, le modifiche al regolamento del fondo sono di regola approvate esclusivamente dalla SGR. La disciplina secondaria prevede unicamente che esse, qualora (i) riguardino la sostituzione del gestore o (ii) le caratteristiche del fondo ovvero (iii) incidano negativamente sui diritti patrimoniali dei partecipanti, abbiano un termine di efficacia dilazionato e debbano essere pubblicate e rese note ai partecipanti, ai quali spetta il diritto di richiedere il rimborso della quota senza l'applicazione delle commissioni eventualmente stabilite dal regolamento del fondo. Il regolamento potrebbe comunque prevedere che la modifica in questione sia approvata da una maggioranza qualificata dei partecipanti. In questa ipotesi si possono applicare termini di efficacia ridotti. Al riguardo, cfr. par. 4.4., sez. II, cap. I, titolo V, Reg. GCR.

⁵⁰ App. Venezia, 18 maggio 2021, n. 1505, cit., par. 8.

del fondo che incidano sui tratti fondamentali dell'investimento, considerato che, perlomeno nei fondi chiusi, «le modifiche regolamentari devono essere limitate ai casi strettamente necessari e comunque nell'interesse dei partecipanti»⁵¹. Inoltre, occorrerebbe comunque valutare le conseguenze che possono derivare, dal punto di vista della soluzione al quesito proposto, tra l'adozione di una prospettiva marcatamente contrattuale e l'adozione di una prospettiva più schiettamente organizzativa, la quale potrebbe discendere da una precomprensione del fondo comune di investimento quale patrimonio separato della SGR.

Tuttora aperto è, infatti, il più generale problema di individuare un quadro concettuale di riferimento che possa fornire una guida nella soluzione delle singole questioni relative all'individuazione dei diritti e delle prerogative degli investitori negli o.i.c.r. contrattuali, specialmente laddove il regolamento contrattuale del fondo nulla preveda. Su questo non pare incidere il recente schema di decreto legislativo di modifica del TUF⁵², adottato nell'ambito della delega di cui all'art. 19 della l. 5 marzo 2024, n. 21, il quale, per quanto qui di interesse, non contiene indicazioni sul punto né regole di maggiore dettaglio che consentano di ricostruire con certezza i diritti e le prerogative degli investitori negli o.i.c.r. contrattuali.

⁵¹ Cfr. par. 4.4, sez. II, cap. I, titolo V, Reg. GCR.

⁵² *Schema di decreto legislativo di riforma del TUF*, cit.

BIBLIOGRAFIA

- F. Annunziata, *Gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR): fattispecie e forme*, Egea, Milano, 2017.
- F. Annunziata, D. Maltese, *La disciplina dell'assemblea dei quotisti dei fondi chiusi tra contratto e organizzazione*, in *Società*, 2022, p. 343-352.
- L. Ardizzone, *L'esercizio dell'attività d'impresa nel private equity*, Egea, Milano, 2018.
- T. Ascarelli, *Investment trust*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1954, I, p. 178-181.
- P. Caliceti, *Vecchie e nuove questioni in tema di fondi comuni d'investimento*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, p. 219-241.
- G. Castellano, *Per una qualificazione giuridica dei fondi d'investimento mobiliare*, in *Rivista delle società*, 1969, p. 1150-1162.
- G.E. Colombo, *L'introduzione dell'investment trust in Italia*, in G.E. Colombo, V. Dotti, G. Perletti, G. Scharns, G. Sottriffer, *L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Cedam, Padova, 1967, p. 251-324.
- R. Costi, *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Rivista delle società*, 1968, p. 242-327.
- R. Della Vecchia, *La governance dei fondi comuni di investimento chiusi*, in *Società*, 2010, p. 1335-1346.
- R. Della Vecchia, *D.M. n. 197/2010: le modifiche alla disciplina dei fondi comuni di investimento*, in *Società*, 2011, p. 292-306.
- G. Ferri jr., *Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2015, p. 1-7.
- G. Ferri jr., *L'incapienza dei fondi comuni di investimento tra responsabilità patrimoniale e responsabilità per danni*, in R. D'Apice, *Profili evolutivi della disciplina sulla gestione collettiva del risparmio*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 689-727.

- P. Ferro-Luzzi, *Un problema di metodo: la “natura giuridica” dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Rivista delle società*, 2012, p. 751-757.
- P.G. Jaeger, *Sui fondi comuni di investimento*, in *Rivista delle società*, 1969, p. 1113-1149.
- B. Libonati, *Holding e investment trust*, Giuffrè, Milano, 1959.
- J. Morley, *The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation*, in *Yale Law Journal*, 2014, vol. 123, p. 1228-1287.
- A. Nigro, *I fondi comuni di investimento mobiliare*, Giuffrè, Milano, 1970.
- A. Nigro, voce *Investment trust*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, XXII, 1972, p. 690-712.
- A.D. Scano, *Fondi comuni immobiliari e imputazione degli effetti dell’attività di investimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, II, p. 1133-1146.
- P. Spolaore, *La gestione collettiva del risparmio*, in M. Cera, G. Presti, *Il Testo Unico finanziario*, Il Mulino, Bologna, 2020, *, p. 561-621.
- P. Spolaore, *S.r.l. e offerta al “pubblico” di partecipazioni sociali*, Giuffrè, Milano, 2022.
- A. Stagno d’Alcontres, *L’invalidità delle deliberazioni dell’assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in P. Abbadessa, G.B. Portale, *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum G.F. Campobasso, Utet giuridica, Torino, 2006, 2, p. 169-216.

Articoli

RECONFIGURING CITIZENSHIP: BETWEEN *IUS SANGUINIS* AND *IUS SOLI* IN ITALY AND THE UNITED STATES

Lorenzo Gagliardi

ORCID: 0000-0002-7398-7219

Associate Professor of Roman Law and Foundations of European Law,
University of Milan, Italy (00wjc7c48)

Abstract

This essay examines the current reshaping of birthright citizenship by comparing the divergent paths of Italy and the United States. Historically dominated by *ius sanguinis*, Western legal traditions maintained a blood-based criterion for centuries; yet both countries now display signs of structural change. Italy, long committed to unlimited transmission of citizenship abroad, has recently restricted the reach of *ius sanguinis* through Decree-Law No. 36/2025, signalling growing concern over citizens with no effective ties to the Republic. Conversely, in the United States – traditionally the strongest *ius soli* jurisdiction – President Trump's 2025 Executive Order introduces a restrictive reading of the Fourteenth Amendment, excluding from birthright citizenship the children of certain non-citizens. The ensuing judicial conflict reveals the fragility of a doctrine once considered settled. Together, these developments show that the balance between *ius soli* and *ius sanguinis* is undergoing a significant reconfiguration, whose long-term implications for political membership remain uncertain.

Keywords: birthright citizenship; *ius soli*; *ius sanguinis*; Fourteenth Amendment; citizenship reform

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International

© The Author(s)

Published online: 30/12/2025



Milano University Press

1. FROM ANTIQUITY TO MODERNITY: THE LONG HISTORY OF *IUS SANGUINIS* AND *IUS SOLI*

In defining the constitutional structure of a state, the rules governing the acquisition of citizenship – whether by birth or through naturalization – are of fundamental importance. Two principles apply to the case of birth: *ius sanguinis*, under which citizenship is transmitted from citizens to their descendants, and *ius soli*, under which citizenship is conferred on individuals born within the territory of the state. These criteria may coexist.

Historical and comparative analysis allows us to understand the multitude and variety of social and political factors that have caused the pendulum to swing at times toward *ius sanguinis*, at times toward *ius soli*, and at times toward mixed solutions.

At this point in history, one can observe a reorientation of some states traditionally oriented toward *ius sanguinis* shifting to *ius soli*, and vice versa. The issue is noteworthy because these movements are in fact subterranean and only rarely perceptible.

After briefly outlining the rationale behind the two systems, I will focus specifically on two case studies – Italy and the United States.

In general, the choice between one system and the other is made by states primarily on the basis of emigration and immigration. States whose citizens tend to emigrate seek to preserve the bond of citizenship, favoring *ius sanguinis*. This is the case of Italy, a land of emigrants since the 19th century. *Ius soli*, by contrast, has been preferred by states whose populations are largely composed of immigrant foreigners, with the aim of integrating them and enlarging the body of citizens. This is the case of the states of the New World, which were at first seen by Europeans as a chosen destination for their emigrants.

In the ancient history of the Western legal tradition, the criterion for the transmission of citizenship was that of bloodline. The ancient city-states of Europe, the Near East, and North Africa (e.g., Carthage) had no interest in increasing the number of citizens and therefore applied *ius sanguinis*. In Athens, Pericles' law of 451 BC established that anyone born to two citizen parents (*astoi*) was a citizen. Things appear to have been regulated in a similar way in Sparta. The rule of *ius sanguinis* was not abandoned even after the dissolution of the *poleis* and the transition to the Hellenistic age with the empire founded by Alexander the Great.

The same can be said for Rome, for Italy, and for the rest of the Roman world, from the founding of the city to the Justinian era. The only criterion for acquir-

ing citizenship by birth was *ius sanguinis*. Anyone born to two Roman spouses was considered Roman.¹ A child born outside of marriage followed the status of the mother, according to *ius gentium*. This remained the case at least until a Lex Minicia of uncertain date (probably from the 3rd century BC),² which established that in every case the child of a Roman woman and a foreigner without *conubium* would be born a foreigner, on the principle that in such situations the child had to acquire the status of the parent of inferior condition.³ It should also be recalled that citizenship in Rome carried far greater importance than it does today. For example, in the Republican era only citizens could avail themselves of the *provocatio ad populum* against certain penalties imposed by magistrates; similarly, when Rome acquired new territories through war, it was Roman citizens who primarily benefited from agricultural concessions, while allocations in favor of the communities of *socii* remained contingent and subordinate. The Romans were always careful and selective guardians of citizenship, which they granted sparingly, even collectively. This occurred primarily after the Social War (also for utilitarian reasons connected with the conflict) and with the Edict of Caracalla.

In the Middle Ages, during the feudal era, under the authority of the Holy Roman Empire and the first absolute monarchies of Western Europe, *ius sanguinis* remained the only rule, albeit in a context in which the rights of citizens – by then subjects – had been notably weakened.

Despite its Latin name, which might suggest ancient origins, *ius soli* only appeared in 1515, at the dawn of the modern era, in the Kingdom of France.⁴ The 1515 *arrêt* of the Parlement de Paris established that anyone born in the kingdom – even to foreign parents – would acquire French citizenship. The rule was created as a manifestation of the power of the absolute state. However, *ius sanguinis* was not abolished, and from 1515 onwards it coexisted with *ius soli* in France. The latter was abolished

¹ Ulpian, 27th book *ad Sabinum*, Digest 1.5.24.

² L. Gagliardi, *I diritti dei Latini delle colonie sine novis colonis (con una proposta di datazione della lex Minicia)*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 2023, vol. 36, p. 145-166; L. Peppe, *Riflessioni intorno al topos della cittadinanza. L'esperienza giuridica romana*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 2023, vol. 66, p. 293-334; L. Peppe, *Sulla cittadinanza nell'esperienza giuridica romana*, in M. Bianchini, C. Lanza (eds.), *Seminari 'Giuliano Crifo' 2018-2023*, Giuffrè, Milano, 2025, p. 273-297.

³ The expression is drawn from the so-called *Tituli ex corpore Ulpiani* 5.8; see also Gaius, *Institutes* 1.78 (as reconstructed).

⁴ V. Marotta, *Ius sanguinis, ius soli: una breve nota sulle radici storiche di un dibattito contemporaneo*, in *Periodica De Re Canonica*, 2014, vol. 103, n. 4, p. 663-694.

by the *Code civil* in 1804.⁵ The decision was made by Napoleon's legal advisors,⁶ who based it on Roman law. The principle then passed from the *Code civil* into modern continental legal systems. In some states, although primarily based on *ius sanguinis* in accordance with this tradition, a so-called 'tempered' *ius soli* also applies. This is the case in France, where the principle has its roots in the *Loi du 26 juin 1889 sur la nationalité française*, which for the first time introduced, in a general sense, a mechanism for granting citizenship to the children of foreigners born on French soil. This regulation was reformulated and clarified by *Ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945*, which established the current rule that anyone born in France to foreign parents is French if at least one of them was born in France.⁷ Similar legislation can be found in Luxembourg,⁸ the Netherlands⁹ and Spain.¹⁰ In Germany,¹¹ Belgium,¹² Ireland¹³ and Portugal,¹⁴ the tempering of *ius soli* consists in requiring that, for a newborn to acquire the citizenship of the state, his or her parents must have resided there legally for a certain number of years. Over the last thirty years, Italian law has been among the strictest in rejecting *ius soli* – according to Law 91/1992 it applies only in marginal cases, such as children of unknown parents or of stateless persons.¹⁵

The country where Napoleonic codification was not adopted was England. In 1608, in the absence of a civil code, the Court of Exchequer Chamber – applying the principles of Common Law – established that, while the *ius sanguinis* regime continued to apply, anyone born in the realm to foreign parents would become a subject of the king and an English citizen.¹⁶ This principle still forms the basis of

⁵ Art. 8. The principle was preserved in subsequent reform statutes (June 26, 1889, and August 10, 1927).

⁶ J.M. Rainer, *Das Römische Recht in Europa*, 2^a ed., Manzsche, Vienna, 2020, at 386 et seq., offers a particularly thorough examination of their work.

⁷ C. Nicolet, *Citoyenneté française et citoyenneté romaine: essai de mise en perspective*, in *La nozione di 'Romano' tra cittadinanza e universalità. Atti del II Seminario internazionale di studi storici 'Da Roma alla terza Roma', 21-23 aprile 1982*, Università La Sapienza, Naples, 1984, p. 145-173; also in S. Berstein, O. Rudelle (eds.), *Le modèle républicain*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, p. 19-56; P. Weil, *Qu'est-ce qu'un Français? Histoire de la nationalité française*, Gallimard, Paris, 2005, p. 60 et seq.

⁸ *Code de la nationalité luxembourgeoise* (Law of 8 March 2017, consolidated), Art. 3 (as amended in 2022).

⁹ *Rijkswet op het Nederlanderschap*, Art. 3(1)(c).

¹⁰ *Código Civil*, Art. 17(1)(c).

¹¹ *Staatsangehörigkeitsgesetz*, § 4(3).

¹² *Code de la nationalité belge*, Art. 12, § 1, no. 2.

¹³ *Irish Nationality and Citizenship Act 1956* (as amended by the *Irish Nationality and Citizenship Act 2004*), sec. 6A.

¹⁴ *Lei da Nacionalidade* (Law No. 37/81), art. 1, no. 1, al. f) (as amended in 2020).

¹⁵ Art. 1, para. 1, letts. b) and c).

¹⁶ *Calvin's Case* (1608) 7 Co. Rep. 1a, 77 Eng. Rep. 377.

British law and is now codified in the British Nationality Act 1981,¹⁷ which provides for the acquisition of citizenship by those born in the United Kingdom, provided that at least one of their parents is a British citizen or is permanently resident there and not “merely temporarily” in the country. From England the principle passed to the United States of America, where, however, it was not initially considered applicable to African Americans¹⁸ and Native Americans. It was extended to the former in 1868 with the Fourteenth Amendment to the Constitution¹⁹ – and to the latter only in 1924.²⁰ The United States also applies *ius sanguinis* under the Immigration and Nationality Act,²¹ but under restricted conditions: the child of an American citizen born abroad acquires U.S. citizenship only if the parent has resided in the United States for a certain number of years before the child’s birth. *Ius soli* is widespread in about 80% of the other countries of the American continent, including Latin American states that do not follow common law but have civil codes inspired by the French model.²² In total, it applies in about thirty countries worldwide.

Adherence to one or the other of the two models is enshrined in the various legal systems, and only rarely – and after particularly long periods of maturation – are changes to the law recorded.

2. ITALY: FROM A NATION OF EMIGRANTS TO A LAND OF IMMIGRATION

The first contemporary country in which we observe the initial phase of an oscillation between *ius sanguinis* and *ius soli* is Italy. Article 1 of Law 91/1992 provides that the child of a father or mother who is an Italian citizen is Italian by birth – thereby confirming the centrality of *ius sanguinis*.²³

¹⁷ Section 1(1).

¹⁸ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

¹⁹ Section 1(1). Ratified on July 9, 1868, by the last of the then 37 states.

²⁰ *Indian Citizenship Act* (Snyder Act), Pub. L. No. 68-175, 43 Stat. 253 (1924). For Native Americans, the Fourteenth Amendment was not considered automatically applicable because they were not deemed subject to full federal jurisdiction as members of “sovereign tribal nations.”

²¹ § 301(g), codified in 8 U.S.C. § 1401(g) (1952).

²² Argentina (*Const.* art. 75); Brazil (*Const.* art. 12); Chile (*Const.* art. 10); Colombia (*Const.* art. 96); Ecuador (*Const.* art. 7); Mexico (*Const.* art. 30); Peru (*Const.* art. 52); Uruguay (*Const.* art. 74); Venezuela (*Const.* art. 32).

²³ The acquisition of citizenship from the mother alone is possible only for those born after January 1, 1948, the date of entry into force of the Republican Constitution (Constitutional Court, Judgment No. 30/1983; Court of Cassation, Civil Section I, Nos. 6297/1996 and 4466/2009). The

Until March 28, 2005, under this law, citizenship was automatically passed down through generations without limits.²⁴ The only requirements were that the emigrant ancestor had not acquired foreign citizenship before the birth of the descendant, and that none of the intermediate descendants had renounced Italian citizenship before the birth of the next generation. In this way, it was demonstrated that the chain of legal transmission had not been broken.

This application of *ius sanguinis* created distortions and acquisitions of citizenship that were instrumental in securing rights. Citizenship was claimed by individuals born abroad and settled for generations in distant countries, while the same status continued to be denied to young people born in Italy to foreign parents who had been legally resident in the country for many years.

The Meloni government promoted an initial, partial solution to these concerns about the system by adopting Decree-Law No. 36 of March 28, 2025. I quote a passage from the preamble to the decree, which clearly sets out its rationale: “*Considering that the provisions subsequently adopted on citizenship since national reunification have so far been interpreted as granting persons born abroad the right to apply for citizenship without any temporal or generational limits and without the burden of proving the existence or maintenance of effective ties with the Republic; Considering that this regulatory framework results in the continuous and exponential growth in the number of potential Italian citizens residing outside the national territory who, also by reason of holding one or more citizenships other than Italian, are predominantly bound to other States by deep ties of culture, identity, and allegiance; Considering that the possible absence of effective ties with the Republic on the part of a growing number of citizens – which could reach a figure equal to or greater than the population residing in the national territory – constitutes a serious and current risk factor for national security and, by virtue of Italy’s membership in the European Union, for the other Member States thereof and for the Schengen Area; etc. etc. (The President of the Republic) issues the following decree-law.*”²⁵

In its original version, the Decree-Law inserted a new Article 3-bis into Law 91/1992, in which paragraph 1 – by way of derogation from various provisions²⁶ – provided that “*anyone born abroad, even before the date of entry into force of this article, and*

Ministry of the Interior continues to recognize citizenship only following judicial verification.

²⁴ Except for the time limit on transmission through the mother (see above).

²⁵ Similar requests appear in the explanatory report accompanying the bill for the conversion of the decree-law into statute (Senate Acts, No. 1432, XIX Legislature).

²⁶ Articles 1, 2, 3, 14, and 20 of Law No. 91/1992; Article 5 of Law No. 123/1983; Articles 1, 2, 7, 10, 12, and 19 of Law No. 555/1912; Articles 4, 5, 7, 8, and 9 of the Civil Code of 1865.

in possession of another citizenship shall be considered as never having acquired Italian citizenship, unless one of the following conditions applies: ...". We are concerned here with the condition set out in letter (c): "*a parent or adoptive parent who is a citizen was born in Italy.*"

During parliamentary conversion into law,²⁷ the overall structure of the Decree-Law was not changed, but the wording of the special derogation in paragraph 1, letter (c) was modified by removing the requirement of birth in Italy: in the final version, the provision now requires only that, at the time of the birth of the person concerned, "*a first- or second-degree ascendant possesses, or has possessed at the time of death, exclusively Italian citizenship.*" As explained in a circular from the Ministry of the Interior: "*If, on that date, a parent or grandparent possesses exclusively Italian citizenship, the exception referred to in letter (c) applies; if a parent or grandparent died before the birth of the person concerned, it must be verified whether they had exclusively Italian citizenship at the time of death.*"²⁸

Overall, Decree-Law limited the enjoyment of *ius sanguinis* to the second generation of those born abroad. The amendment introduced during conversion, however, significantly expanded the scope of the provision by broadening the category of descendants eligible to claim Italian citizenship: it is no longer necessary for the ascendant to have been born in Italy – it is sufficient that he or she possesses, or has possessed at the time of death, exclusively Italian citizenship, regardless of place of birth.

Even if cautiously and with uneven outcomes, Italian law is undergoing a profound transformation marked by the restriction of *ius sanguinis*. The conditions are not yet ripe for the recognition of *ius soli* within the legal order, but it is reasonable to expect that, with the steady rise in immigration and the corresponding decline in citizens by birth – compounded by an aging population – the state will sooner or later be compelled to introduce some form of it, albeit in a tempered form.²⁹

²⁷ Law No. 74/2025.

²⁸ Circular No. 26185 of May 28, 2025. The following was added: "*It is up to the applicant to prove that one of the parents or grandparents was exclusively an Italian citizen at the time of the birth of the person concerned (or at the time of the death of the ascendant, if it occurred before the birth of the person concerned). The evidence provided must be verified.*"

²⁹ Although not strictly concerning *ius soli*, a telling sign of the times is that referendums were held in Italy on June 8–9, 2025. One of these sought, *inter alia*, to repeal Art. 9(1)(f) of Law No. 91/1992, which requires ten years of continuous legal residence in Italy for non-EU foreigners to apply for citizenship. Its repeal would have restored the previous five-year requirement, which had been in force until 1992. Turnout was about 30% (with a quorum set at 50%), and votes in favor of repeal (approximately 35%) were about twenty points lower than in the other consultations held on the same days.

3. THE UNITED STATES: THE CHALLENGE TO THE FOURTEENTH AMENDMENT

Turning to the United States, where the governing principle is *ius soli*, enshrined in the Fourteenth Amendment to the Constitution (1868), we encounter a trend in the opposite direction. On the very day of his inauguration – January 20, 2025 – President Donald Trump issued a series of executive orders emblematic of the ideological and institutional imprint he intended to give his administration.³⁰ Among them is Executive Order No. 14160, entitled *Protecting the Meaning and Value of American Citizenship*,³¹ by which Trump inaugurated a restrictive interpretation of Section 1 of the Fourteenth Amendment.

The latter, adopted in the aftermath of the Civil War, was intended as a response to the notorious *Dred Scott v. Sandford* (1857) decision, in which the Supreme Court held that people of African descent could not be American citizens on account of their ‘race.’ Dred Scott, an enslaved man, had petitioned for freedom for himself and his family after living in states that had abolished slavery. The Court denied his claim, treating Black people as property and tying any protection to property rights under the Fifth Amendment.

Following the abolition of slavery by the Thirteenth Amendment (1865), the Fourteenth Amendment, ratified in 1868, declared in Section 1: “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*”³²

Starting from the premise that “the privilege of United States citizenship is a priceless and profound gift,” President Trump declared in Executive Order No. 14160³³ that the constitutional provision does not automatically confer citizenship on everyone born on American soil, but only on those fully subject to U.S. jurisdiction. This is the interpretation he gave to the phrase “subject to the jurisdiction

³⁰ A. Baraggia, D. Camoni, *Gli ‘Executive Orders’ nella seconda Presidenza Trump: verso un nuovo equilibrio nella separazione dei poteri?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2025, vol. 27, n. 2, p. 241-270.

³¹ The entry into force was scheduled for February 19, 2025.

³² The rule is reiterated in Title 8 U.S. Code § 1401 (“Nationality at Birth”).

³³ The preceding and following quotations are taken from this provision.

thereof.” The order states: “*But the Fourteenth Amendment has never been interpreted to extend citizenship universally to everyone born within the United States. The Fourteenth Amendment has always excluded from birthright citizenship persons who were born in the United States but not ‘subject to the jurisdiction thereof.’*”

According to the President, this exclusion covers: “*persons born in the United States: (1) when that person’s mother was unlawfully present in the United States and the father was not a United States citizen or lawful permanent resident at the time of the person’s birth; or (2) when that person’s mother’s presence in the United States at the time of the person’s birth was lawful but temporary... and the father was not a United States citizen or lawful permanent resident at the time of the person’s birth.*”

Trump’s reasoning rests on a narrow reading of the concept of jurisdiction and reduces to a merely technical issue what, for purposes of interpreting the Fourteenth Amendment, should be understood as having a broader and more comprehensive scope.

Is this interpretation legitimate? The constitutionality of Trump’s measure was soon contested in the federal courts by several states and by various associations advocating for the protection of migrants’ rights.

From a formal standpoint, it has been argued that Trump’s order rests on a restrictive reading of a constitutional provision, without passing through the procedures for constitutional amendment set forth in Article V of the Constitution. These procedures require – if pursued through Congress – the approval of at least two-thirds of the members of both Houses, and – if pursued through the state legislatures (a path never taken in U.S. history) – a request from two-thirds of the states (currently 34 out of 50) followed by the convening of an ad hoc constitutional convention, with the further requirement that any amendment be ratified by at least three-quarters of the states (currently 38 out of 50). An executive order, by contrast, is a subordinate source of law: it ranks below not only the Constitution but also statutes enacted by Congress, administrative regulations, judicial interpretations of federal law, and the U.S. Code.³⁴

From a substantive standpoint, it has been argued that the presidential measure rests on an incomplete understanding of the history of the Fourteenth Amendment,

³⁴ The legal nature of executive orders within the U.S. separation of powers is examined by M. Bassini, *Executive orders e ruolo presidenziale: la sfida di Trump alla separazione dei poteri*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2025, vol. 17, n. 2, p. 9-28, which highlights their ambiguous normative status and the historical tensions they generate between the executive and legislative branches.

reducing it to a tool for post-slavery emancipation only. The Amendment, however, drew on the tradition of English Common Law, under which birth on the territory was a sufficient condition for acquiring citizenship, regardless of the parents' legal status.³⁵ Reference is often made in this regard to the precedent *United States v. Wong Kim Ark* (1898),³⁶ which addressed the question under the Fourteenth Amendment of whether a child born in the United States to Chinese parents lawfully and permanently residing in the country acquired U.S. citizenship under the constitutional provision. Drawing on the ancient principle of Common Law, the Supreme Court held that the only exceptions were the children of foreign diplomats, enemies present in the United States during a hostile occupation, those born on foreign ships, and (at the time) those born to members of sovereign Native American tribes. An instructive passage from the Court's opinion reads: "*As appears upon the face of the amendment, as well as from the history of the times, this was not intended to impose any new restrictions upon citizenship, or to prevent any persons from becoming citizens by the fact of birth within the United States who would thereby have become citizens according to the law existing before its adoption. It is declaratory in form, and enabling and extending in effect. Its main purpose doubtless was, as has been often recognized by this court, to establish the citizenship of free Negroes, which had been denied in the opinion delivered ... in Dred Scott v. Sandford ... But the opening words, 'All persons born,' are general, not to say universal, restricted only by place and jurisdiction, and not by color or race.*"

The federal judges hearing the challenges consistently blocked the enforcement of Executive Order No. 14160, sometimes relying on established case law and in all cases finding violations of both the Constitution and the Immigration and Nationality Act. The first ruling, in a case filed on January 21, 2025,³⁷ was a temporary restraining order issued on January 24, 2025, by Judge J.C. Coughenour of the U.S. District Court for the Western District of Washington (appointed by President Ronald Reagan). This was followed on February 6, 2025, by a preliminary injunction from the same judge, which suspended the order's operation with *ultra partes* effect. Two additional suits (in Maryland and New Jersey) resulted in further universal injunctions. The government's applications for a stay to the Supreme Court³⁸ were denied. The government's appeals

³⁵ S.L. Rierson, *From Dred Scott to Anchor Babies: White Supremacy and the Contemporary Assault on Birthright Citizenship*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2023, vol. 38, p. 3-69.

³⁶ 169 U.S. 649.

³⁷ *State of Washington, et al. v. Donald J. Trump, et al.*, No. 2:25-cv-00127 (W.D. Wash. Jan. 21, 2025).

³⁸ No. 24A884, *Trump, President of the United States, et al. v. CASA, Inc., et al.*; No. 24A885, *Trump, President of the United States, et al. v. Washington et al.*; No. 24A886, *Trump, President of the United States, et al. v. New Jersey et al.*

were unsuccessful in all three jurisdictions concerned – the Fourth Circuit (Maryland), the Third Circuit (New Jersey), and the Ninth Circuit (Washington).

The executive branch then filed a joint appeal (*Trump v. CASA*)³⁹ before the Supreme Court against the three courts of appeals' decisions, and the Court granted a writ of certiorari. On June 27, 2025, without addressing the merits of the constitutionality of the executive order, the Court, by a 6–3 majority, delivered what it termed a requiem for the challenged injunctions, finding them incompatible with the Judiciary Act of 1789 and with the historical tradition of the courts of equity,⁴⁰ and partially stayed them on the ground that they exceeded what was necessary to ensure complete relief for each plaintiff with standing. The Court remanded the cases to the lower courts, instructing them to reformulate the injunctions within the limits of “complete relief.” At the same time, it recognized the possibility of bringing class actions in this area. One such action (*Barbara v. Trump*) was filed on June 27, 2025, before the U.S. District Court for the District of New Hampshire,⁴¹ and on July 10, 2025, Judge J. Laplante (appointed by President George W. Bush) issued a further preliminary injunction that indefinitely enjoined enforcement of the executive order in question.

Subsequently, on July 23, 2025,⁴² the Ninth Circuit Court of Appeals (San Francisco), hearing the appeal in *Washington v. Trump*, rejected the government's claims and upheld Judge Coughenour's preliminary injunction, modifying its scope in light of the Supreme Court's decision in *Trump v. CASA*. In fact, after *Trump v. CASA*, the Ninth Circuit could not have maintained a “true” universal injunction. Thus, the court of appeals upheld the suspension of the order with substantially nationwide effect, on the ground that, given the large number and geographic dispersion of the plaintiffs – states, associations, and individuals – a subjective or territorial limitation would not have provided them with complete relief, an approach the court characterized as an application of the exception recognized by the Supreme Court. The fact that the first case on the matter was resolved on appeal suggests, at the time of writing,⁴³ that it is likely to reach the Supreme Court.

³⁹ 606 U.S. ____ (2025).

⁴⁰ L. Serafinelli, *Un requiem per le universal injunction: Trump v. CASA*, in *Diritti Comparati*, July 15, 2025.

⁴¹ No. 25-244 – *Barbara, et al v. Trump, et al.*

⁴² *Washington, et al. v. Trump, et al.*, No. 25-15213 (9th Cir. July 23, 2025).

⁴³ This article was submitted in September 2025.

What lies ahead? Serious doubts remain as to the legitimacy of employing an executive order to recast the Fourteenth Amendment. Yet, from a purely textual standpoint, the reading is not indefensible, resting on the amendment's plain language. It is also worth recalling that even British common law – its original model – has since been reshaped, most notably through the British Nationality Act 1981.

Taking into account the current composition of the Supreme Court, I cannot rule out that the restrictive interpretation of citizenship may be upheld, should the Court grant the forthcoming petition for a writ of certiorari and proceed to a decision on the merits.⁴⁴

Even in the American context, we are witnessing the first seismic tremors in the law of birthright citizenship, the trajectory of which is, for now, impossible to predict.

4. CONCLUSION: CITIZENSHIP BETWEEN CONTINUITY AND TRANSFORMATION

The traditional balance between *ius soli* and *ius sanguinis* – which for centuries has marked the boundary between different legal cultures – is now undergoing a profound reconfiguration. The United States, long anchored to *ius soli*, is beginning, under the pressure of shifting perceptions of migration, to tilt toward *ius sanguinis*. Italy, conversely, a state historically committed to *ius sanguinis*, has recently curtailed its scope, weakening a model once considered immutable.

Because reforms in this domain are exceptionally rare, the present moment must be seen as one of extraordinary significance. It is not merely a technical adjustment in the law of citizenship, but a turning point that compels reflection on the deeper historical-legal dynamics shaping the relationship between states, individuals, and the very meaning of political belonging. What is unfolding on both sides of the Atlantic are not isolated legal controversies, but the incipient shifts of a transformation whose trajectory remains uncertain – yet whose implications for the future of citizenship are profound.

⁴⁴ I concur with G. Romeo, *Ridefinire l'America: il XIV Emendamento tra storia e politica*, in *Diario di Diritto Pubblico*, March 6, 2025.

BIBLIOGRAPHY

- A. Baraggia, D. Camoni, *Gli 'Executive Orders' nella seconda Presidenza Trump: verso un nuovo equilibrio nella separazione dei poteri?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2025, vol. 27, n. 2, p. 241-270.
- M. Bassini, *Executive orders e ruolo presidenziale: la sfida di Trump alla separazione dei poteri*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2025, vol. 17, n. 2, p. 9-28.
- L. Gagliardi, *I diritti dei Latini delle colonie sine novis colonis (con una proposta di datazione della lex Minicia)*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 2023, vol. 36, p. 145-166.
- V. Marotta, *Ius sanguinis, ius soli: una breve nota sulle radici storiche di un dibattito contemporaneo*, in *Periodica De Re Canonica*, 2014, vol. 103, n. 4, p. 663-694.
- C. Nicolet, *Citoyenneté française et citoyenneté romaine: essai de mise in prospettiva*, in *La nozione di 'Romano' tra cittadinanza e universalità. Atti del II Seminario internazionale di studi storici 'Da Roma alla terza Roma', 21-23 aprile 1982*, Università La Sapienza, Napoli, 1984, p. 145-173; also in S. Berstein, O. Rudelle (eds.), *Le modèle républicain*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, p. 19-56.
- L. Pepe, *Riflessioni intorno al topos della cittadinanza. L'esperienza giuridica romana*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 2023, vol. 66, p. 293-334.
- L. Pepe, *Sulla cittadinanza nell'esperienza giuridica romana*, in M. Bianchini, C. Lanza (eds.), *Seminari 'Giuliano Crifo' 2018-2023*, Giuffrè, Milano, 2025, p. 273-297.
- J.M. Rainer, *Das Römische Recht in Europa*, 2^a ed., Manzsche, Vienna, 2020.
- S.L. Rierson, *From Dred Scott to Anchor Babies: White Supremacy and the Contemporary Assault on Birthright Citizenship*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2023, vol. 38, p. 3-69.
- G. Romeo, *Ridefinire l'America: il XIV Emendamento tra storia e politica*, in *Diario di Diritto Pubblico*, March 6, 2025.
- L. Serafinelli, *Un requiem per le universal injunction: Trump v. CASA*, in *Diritti Comparati*, 15 luglio 2025.
- P. Weil, *Qu'est-ce qu'un Français? Histoire de la nationalité française*, Gallimard, Paris, 2005.

Articoli

LINEE PER LA RIFONDAZIONE DEL
PROCESSO PENALE IN BRASILE*GUIDELINES FOR THE RE-FOUNDATION OF THE CRIMINAL PROCEDURE IN
BRAZIL*

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Bruno Cunha Souza

Traduzione di Emanuele Toma

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

ORCID: 0000-0002-6532-2460

Universidade Federal do Paraná, Brasil (05syd6y78)

Bruno Cunha Souza

ORCID: 0000-0003-3223-0647

Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Italy (02be6w209)

Traduzione di Emanuele Toma

ORCID: 0000-0002-6114-2120

Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Italy (02be6w209)

ABSTRACT

In Brasile vige un modello di processo penale problematico sotto molteplici aspetti: sul piano giuridico, si riscontrano dubbi di compatibilità costituzionale in termini di uguaglianza; da un punto di vista sociologico, i dati statistici evidenziano la selettività discriminatoria con cui opera la giustizia penale; sul piano psicologico, il regime della prova indebolisce il contraddittorio nella formazione delle prove e spinge i giudici ad assumere la conduzione dei procedimenti, sovrapponendosi, con il loro potere di iniziativa probatoria, alla - supposta - centralità delle parti nell'attività istruttoria. Con l'obiettivo di chiarire i presupposti necessari per discutere una riforma accusatoria nel paese, il presente articolo descrive lo stato dell'arte del processo penale brasiliano, valuta la proposta con-

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 30/12/2025



Milano University Press

tenuta nel progetto preliminare di nuovo codice di procedura penale (PLS n. 156/09) e, facendo riferimento all'esperienza straniera (soprattutto quelle italiana e cilena), nella misura in cui risulta utile all'argomentazione, propone un modello accusatorio ritenuto più adeguato alla realtà giuridica e sociale brasiliana.

Parole chiave: Sistemi processuali; Processo misto; Procedura penale; Riforma della Procedura Penale; Brasile.

Brazil adopts a criminal procedure model that presents problems on multiple fronts. From a legal perspective, there are doubts regarding its constitutional compatibility in terms of equality; from a sociological viewpoint, statistical data reveal the discriminatory selectivity with which the criminal justice system operates; and from a psychological standpoint, the evidentiary regime weakens the adversarial principle in the formation of evidence and tends to lead judges to assume a dominant role in conducting proceedings, overlapping — through their power to initiate evidentiary measures — the supposed centrality of the parties in the fact-finding phase. With the aim of clarifying the necessary premises for discussing an accusatorial reform in the country, this article outlines the current state of Brazilian criminal procedure, evaluates the proposal contained in the preliminary draft of the new Code of Criminal Procedure (Senate Bill No. 156/09), and, drawing on foreign experiences (especially the Italian and Chilean models), to the extent that they prove useful to the argument, proposes an accusatorial model deemed more appropriate to the Brazilian legal and social reality.

Keywords: Procedural Systems; Mixed Criminal Procedure; Criminal Procedure; Criminal Procedure Reform; Brazil.

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il processo di rifondazione del processo penale in America Latina verso i modelli accusatori – 3. Il contesto della riforma accusatoria in Brasile – 4. L'Avamprogetto (PLS n. 156/09) per la riforma accusatoria in Brasile – 5. Proposta per un nuovo processo penale in Brasile – 5.1. Prima fase – 5.2. Seconda fase – 5.3. Terza fase – 6. Considerazioni conclusive.

1. INTRODUZIONE

Il Brasile ha una struttura geopolitica piuttosto complessa¹. Ciò complica l'adozione di qualsiasi misura seria sia riguardo all'insieme delle leggi, sia con riferimento ad un singolo ramo del Diritto, come il processo penale. Ecco perché, tra le altre cose, procedere verso un sistema accusatorio di processo penale, abbandonando quello inquisitorio², sembra essere un compito che occuperà molte generazioni³.

Innanzitutto, esiste una cultura⁴ inquisitoria che risale all'arrivo dei portoghesi

¹ Per un'analisi del Brasile contemporaneo a partire dagli usi del suo territorio, cfr. M. Santos – M. L. Silveira, *O Brasil: Território e sociedade no início do século XXI*, 9ª ed., Rio de Janeiro – São Paulo, Editora Record, 2006. Per quanto riguarda il Brasile, è altresì utile la lettura dei classici di G. Freyre, *Casa-grande & Senzala: formação da economia brasileira sob o regime da economia patriarcal*, 48ª ed., São Paulo, Global, 2003, e S. B. Holanda, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995. Più recentemente, in merito al rapporto tra il potere giudiziario e la politica in Brasile, M. Semer, *Os paradoxos da justiça: judiciário e política no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Contracorrente, 2021.

² La prospettiva qui sostenuta è alquanto minoritaria, poiché la Giurisprudenza e la maggioranza della Dottrina brasiliana sostengono che il Brasile abbia già adottato un sistema accusatorio (fra tutti, è di questa opinione G. M. Dezem, *Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 96 ss.). Lo scenario è sconvolgente: giacché le caratteristiche del modello sono molto vicine a quelle di solito identificate in un processo inquisitorio riformato (o processo misto) – come la scrittura, i fascicoli formati per accumulazione, il contraddittorio sulla prova, ecc. –, non si riesce a capire come mai si afferma che il modello brasiliano sia accusatorio. Infatti, un osservatore straniero potrebbe stupirsi nel vedere come in Brasile spesso si usa la espressione “processo accusatorio” come se fosse sinonimo di “processo inquisitorio riformato o misto”. L'effetto di ciò è quello di dare l'impressione che siano da cambiare solo alcuni dettagli del codice e che in generale la procedura penale sia conforme a Costituzione. Aveva ragione M. Miaile (*Introdução crítica ao estudo do direito*, 2ª ed., Lisboa, Estampa, 1994, p. 98) quando scrisse che nei discorsi giuridici c'è un conservatorismo intelligente, capace di “creare parole e ragionamenti nuovi, se necessario, senza cedere nulla nella sostanza”, traduzione di “sabe criar palavras, raciocínios novos se necessário, sem nada ceder no fundo”.

³ Sulla riforma della procedura penale in Brasile, v. F. H. Choukr, *A reforma do processo penal brasileiro*, *Revista nº 1 – Crise in the capacitação judicial?*, 2000, pp. 143-149, disponibile su: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5716>, ultimo accesso: 9 aprile 2025, N. J. Giacomolli, “Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, 2015, pp. 143-165, e J. N. Miranda Coutinho, “Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: Jouisance”, in Paula R. Ballesteros (a cura di), *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*, Santiago, CEJA, 2017, pp. 65-75.

⁴ Molto utile a capire l'idea di cultura a cui si fa riferimento, il discorso di David Foster Wallace (*This is Water*, disponibile in: <http://bulletin-archive.kenyon.edu/x4280.html>) per i laureandi della Kenyon College nel 2005: “There are these two young fish swimming along, and they happen to meet

e alla conquista delle terre ⁵ (erano in vigore le Ordinanze Alfonsine del 1446 ⁶), il che contribuisce a rendere così resistente l'epistemologia esistente. Nella mente delle persone – e anche tra molti studiosi – il processo penale è inquisitorio ⁷ e tutto ciò che si presenta al di fuori dei suoi confini appare come qualcosa di nuovo, diverso, qualcosa che sovverte l'ordine: il nuovo, come è noto, è nemico delle “verità consolidate” e, in generale, essendo sconosciuto, suscita paura. La paura del mutamento, anche quando sarebbe per il meglio, rappresenta una delle principali cause di resistenza, da cui deriva una serie di argomentazioni basate su premesse false e la maggior parte delle quali facilmente confutabili ⁸. Sostenere che il sistema inquisitorio sia migliore dal punto di vista democratico è quasi come affermare che la Terra sia piatta, una tesi ormai confutata da tempo (ad esempio da Aristotele, tramite lo studio delle eclissi e dell'ombra della Terra sulla Luna).

Ciò premesso, non è facile trovare delle voci in Dottrina o in Giurisprudenza che siano dichiaratamente favorevoli alla manutenzione della struttura inquisitoria nel paese ⁹. Tutti, nel dibattito, si dicono sostenitori del processo accusatorio, ed è qui

an older fish swimming the other way, who nods at them and says, “Morning, boys, how's the water?” And the two young fish swim on for a bit, and then eventually one of them looks over at the other and goes, “What the hell is water?” If at this moment you're worried that I plan to present myself here as the wise old fish explaining what water is to you younger fish, please don't be. I am not the wise old fish. The immediate point of the fish story is that the most obvious, ubiquitous, important realities are often the ones that are the hardest to see and talk about. Stated as an English sentence, of course, this is just a banal platitude-but the fact is that, in the day-to-day trenches of adult existence, banal platitudes can have life-or-death importance”. Infatti, lo richiama anche N. Ordine, *A utilidade do inútil: um manifesto*, trad. di L. C. Bombassaro, Rio de Janeiro, Zahar, 2016, parte 1, §3°.

⁵ Conquista delle terre è un'espressione impiegata per sottolineare l'importanza della decolonizzazione della storia dell'America Latina. In modo simile, v. A. Quijano, *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 117-142.

⁶ Sulla storia della procedura penale brasiliana, v. J. F. Marques, *Elementos de direito processual penal*, Campinas, Millennium Editora, 2009, p. 70 ss., e C. M. Poli, *O inquérito policial e sua utilização na fase processual penal: (des)conformidade com o devido processo legal*, tesi di meistrado, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 111-151.

⁷ Sebbene sia ricorrente e maggioritaria l'affermazione che la procedura penale brasiliana sia improntata allo stile accusatorio, si tratta di un'ipotesi sbagliata la cui utilità è quella di mascherare la realtà della giustizia penale del paese. E di mascherarla per farla sembrare meglio di quel che realmente è, siccome di solito l'aggettivo accusatorio è vincolato ad una procedura liberale e rispettosa dei diritti individuali dei cittadini.

⁸ Considerando i meccanismi di difesa dell'Io, quali la rimozione (o repressione) e la proiezione, nonché la loro rilevanza nell'ambito del processo penale, v. J. N. Miranda Coutinho, *A lide e o conteúdo do processo penal*, Curitiba, Juruá, 1989, p. 139 ss.

⁹ Infatti, J. F. Marques (Elementos... cit., p. 77) sosteneva la tesi che il periodo tra il 28 agosto 1822 al 1841, è stato “[...] elementante e decisivo nella formazione e nella storia delle nostre istituzioni penali. Grazie ad esso, è perdurato, nelle leggi nazionali, uno spiccato spirito anti-inquisitorio che ha preservato il processo penale da certi residui assolutistici, ancora presenti nei codici europei”,

che comincia il problema. Sono in maggioranza, sia in Dottrina che in Giurisprudenza, quelli che ritengono il sistema processuale penale brasiliano come accusatorio. Un osservatore consapevole del significato corrente delle espressioni “processo inquisitorio”, “processo misto” e “processo accusatorio”, nonché delle caratteristiche del codice di procedura penale del 1941 dovrebbe capire subito l’errore di classificazione. Al contrario, invece di riconoscere senza ipocrisia l’ovvietà che abbiamo di fronte un modello di processo inquisitorio riformato – o di processo misto – e di posizionarsi a seconda di quello che si vuole come struttura procedurale per il paese, si può dire – rischiando un’eccessiva semplificazione in favore della necessità di sintesi – che siano tre gli atteggiamenti più frequentemente adottati.

Il primo, più diffuso ed anche più risalente, è quello di affermare che modello attuale sia già accusatorio. Di solito, l’ipotesi viene sostenuta perché l’azione penale la esercita il pubblico ministero (art. 129, I, *Constituição de 1988*) e la divisione delle funzioni tra i soggetti è il fattore determinante della distinzione tra i sistemi processuali. Partendo da questa premessa, si arriva ad una diagnosi alquanto curiosa sul *Decreto-lei n.º 3.689*, del 03 ottobre del 1941, il codice di procedura penale, che è stato dichiaratamente ispirato al codice Rocco e che è ancora vigente in Brasile, nella sua essenza: “Il nuovo Codice non si è discostato dalle nostre tradizioni legislative. Ha mantenuto l’inchiesta di polizia, configurandola così come l’abbiamo ereditata dall’Impero attraverso la riforma del 1871; in ossequio a un precetto costituzionale, ha stabilito un’istruzione pienamente contraddittoria e ha separato definitivamente le funzioni accusatoria e giudicante, eliminando quasi del tutto il procedimento d’ufficio, rimasto solo per il processo relativo alle contravvenzioni; ha ulteriormente ristretto la competenza della Giuria popolare, e ha modellato tutte le forme procedurali nel rigoroso rispetto del sistema accusatorio”¹⁰.

Però, come si può intuire, la posizione è problematica e i motivi per cui non si condivide sono alquanto numerosi. In primo luogo, tratta come simili modelli assai

traduzione di “[...] marcante e decisivo na formação e história de nossas instituições penais. Graças a ele, perdurou, nas leis nacionais, um acentuado espírito anti-inquisitorial que nos preservou o processo penal de certos resíduos absolutistas, que ainda existem nos códigos europeus”.

¹⁰ Traduzione di “O novo Código não se afastou de nossas tradições legislativas. Manteve o inquérito policial, configurando-o tal como o herdamos do Império através da reforma de 1871; em obediência a um mandamento constitucional, estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento ex officio, que só permaneceu para o processo de contravenções; restringiu, ainda mais, a competência do Júri, e plasmou todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório”, J. F. Marques, *Elementos...* cit., p. 84.

diversi tra di loro (accusatorio e inquisitorio riformato) per essere classificati sotto la stessa categoria. Poi, così procedendo, si sottovaluta l'importanza dell'attività probatoria dei soggetti nella procedura come criterio determinante della struttura del modello procedurale e, al tempo stesso, si nega la necessità di una chiara separazione tra indagine e processo attuata, principalmente, dalla separazione dei fascicoli delle fasi. Infine, mascherando la realtà della giustizia penale, rende difficile una discussione con premesse condivise per elaborare un nuovo codice di procedura penale. Insomma, la confusione creata da questa prima prospettiva è stata tanta che ha spinto sempre più gente ad aderire al secondo orientamento.

Cioè, comincia più recentemente a farsi strada in Dottrina l'ipotesi di abbandonare la prospettiva dei sistemi e partire con le teorizzazioni dalla Costituzione e dai Patti internazionali sui Diritti Umani¹¹. Ci sono anche molteplici argomenti a giustificazione di questa posizione. Il primo – e più importante – è che ogni paese avrebbe un sistema proprio, costruito a seconda delle esigenze tecniche percepite nelle circostanze particolari in cui si trova. Poi, c'è chi sostiene che sarebbe il giudice a far rispettare la democrazia processuale penale, e che per far ciò non conta il sistema in cui si trova. Infine, che la mancata corrispondenza storica e empirica dei sistemi tradizionalmente considerati in Dottrina con la realtà farebbe sì che i modelli debbano essere studiati così come sono al momento dell'osservazione, in base alla loro particolarità; ecc. Ma anche l'ipotesi di abbandonare tali sistemi rappresenta una scelta problematica e non condivisibile.

In primo luogo, perché ignorare l'esistenza dello sfondo ideologico, che è presupposto ad ogni modello procedurale penale, non lo esclude della realtà, come si può percepire in ogni cultura su cui opera il fenomeno normativo del territorio preso in

¹¹ In tal senso, sostenendo che la prospettiva adottata in questa sede in merito ai sistemi processuali non riveste particolare rilevanza e difetta di un adeguato fondamento storico ed empirico — sebbene tale posizione sia, a nostro avviso, erronea —, si veda G. Prado, *Curso de Processo Penal. Tomo I – Fundamentos e Sistema*, Rio de Janeiro, Marcial Pons, 2024, p. 411 ss. In senso analogo, argomentando che l'approccio ai sistemi processuali sia inutile in quanto non rappresenterebbe la realtà dei modelli giuridici contemporanei, e sostenendo, in alternativa, che l'analisi della materia debba partire dalla Costituzione e dalle Dichiarazioni e Patti internazionali sui Diritti Umani, si veda A. M. Rosa, *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, cap. 3, § 2. In ambito dottrinale internazionale, adottano una prospettiva critica nei confronti dell'impiego dell'approccio basato sui sistemi processuali penali — ritenuto eccessivamente riduttivo rispetto alla complessità dei singoli modelli giuridici — M. R. Damaška, *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, New Haven – London, Yale University Press, 1986, p. 3 ss., e, lungo la stessa linea interpretativa K. Ambos, *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica*, in L. B. Winter (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 49-72.

considerazione – che i testi si leggono nei loro contesti è una di quelle ovvietà assai difficile da percepire, come l'acqua del citato intervento di David Foster Wallace al Kenyon College. Poi, invece di sviluppare la capacità degli osservatori di conoscere la realtà che si prova a capire, anzi la diminuisce togliendo una premessa importante che gli conferisce senso all'insieme di disposizioni e di atti normativi che compongono la prassi giuridica. Ancora, perché, senza premesse precise, le narrazioni interpretative delle disposizioni costituzionali e sovranazionali scivolano di fronte agli interessi dei difensori delle opinioni, di fronte a cui la semplice lettera di quei dispositivi rimane più vulnerabile ad interpretazioni assurde¹². E, siccome manca un'idea per orientare l'ordinamento giuridico processuale penale, l'ipotesi, invece di una riforma globale, promuove iniziative legislative incidentali e riforme parziali sul codice vigente, estemporanee, sulla base delle necessità di volta in volta percepite come urgenti, a danno della coerenza e chiarezza delle leggi, nonché della stabilità e di conoscibilità dell'ordinamento giuridico.

Se è così, quindi, risulta necessario tornare al corso normale della storia dei sistemi processuali penali, anche solo per riaffermare che il mondo intero lavora con essi, il che non è sinonimo di verità – ovviamente – ma permette di dialogare con coerenza. Poiché l'argomento riguarda lo sfondo ideologico del processo penale, la possibilità di identificare i punti di divergenza tra i soggetti dipende dalla chiarezza delle premesse. Senza chiarirle, si rischia nelle discussioni una controproducente confusione tra il piano ideologico e piano tecnico, da cui deriverebbe un problema che potrebbe inficiare la condivisibilità delle conclusioni. Sotto il profilo ideologico, il convincimento delle persone è assai condizionato dai loro affetti personali e preferenze politiche, mentre mantenendosi sul piano tecnico, le persone tendono a scegliere la soluzione migliore basandosi sulla maggiore idoneità del mezzo più efficaci per l'ottenimento dei fini perseguiti.

Ad esempio, sul piano ideologico, si può ritenere che il contraddittorio nella formazione della prova sia (o meno) la premessa fondamentale di un modello procedurale penale. Se una persona concordi con tale affermazione può però dipendere dalla sua posizione politica, a sua volta dipendente dal modo in cui percepisce quel fenom-

¹² Tuttavia, ciò è sintomatico e fa parte del rischio inerente all'attuazione di qualsiasi ordinamento giuridico. Dopotutto, ognuno difende se stesso, cercando di legittimare, in genere, un passato democratico, anche se immerso nel pantano di un sistema processuale penale come quello brasiliano che, senza manipolazione, si rivolge ai più poveri, che sono contati a centinaia di migliaia, dimenticandosi in qualche modo di coloro che possiedono di più.

eno. Su ciò non c'è niente da fare: l'esame della discussione sui sistemi processuali così come ricostruita nelle posizioni dei partecipanti ai dibattiti sull'argomento consente di affermare l'esistenza di una tendenziale impermeabilità di tutti a idee diverse dalle proprie. Al di là di ciò, quello che è bene tener presente è che tale dissenso ideologico inficia le proposte di riforma e il modo di interpretare le disposizioni di legge.

Questo, di per sé, basterebbe a dimostrare quanto i sistemi ¹³ processuali, come un *fondamento per i fondamenti* ¹⁴ delle disposizioni procedurali penali di un dato modello giuridico, siano effettivamente importanti per poter illuminare la pratica e la comprensione di tutti sulla giustizia penale. Con questa nozione di sistema, il processo penale trova una soluzione accettabile per l'intrico di complesse relazioni e situazioni che si formano al suo interno, permettendo una spiegazione congruente e accettabile ai suoi fenomeni.

In ogni modo, riconosciuta l'influenza dello sfondo ideologico nelle attività riformatrici e interpretative, i margini d'interpretazione su cui lavorare sono dati dalle disposizioni di legge del modello preso in considerazione. Nel momento in cui c'è una disposizione di legge che espressamente dichiara la scelta di un modello processuale, la discussione viene trascinata al piano tecnico. Dal 2019, l'art. 3°-A, del Codice di procedura penale brasiliano, dispone che “*il processo penale avrà struttura accusatoria, vietate l'iniziativa del giudice nella fase di indagine e la sua sostituzione all'attività probatoria dell'accusa*” ¹⁵. In tal modo, la scelta strutturale per una procedura accusatoria viene presa come un fatto, una premessa dogmatica ineludibile per l'interpretazione della legge volta all'attuazione dell'art. 5°, LV, della *Constituição de 1988* ¹⁶. Dall'interpre-

¹³ Da un lato, il concetto di sistema può essere trovato in molti autori, anche contemporanei, ma nessuno dubita che non si sia superato, almeno pensando al processo penale, Kant – ci si riferisce al capitolo sull'Architettura della Ragion Pura, in I. Kant, *Critica della ragione pura*, introduzione, traduzione e note di G. Colli, Milano, Adelphi Edizioni, 1976, p. 806 e ss. – che lega la nozione di sistema agli elementi di un insieme (come già volevano i greci) che li mantiene uniti sotto un'idea unica, cioè un principio. Un principio che, come parola non realizzabile e considerata a priori da Kant, serve a collegare gli elementi che si pongono insieme.

¹⁴ Più o meno come il 36° cammello della favola di Malba Tahan, pseudonimo del professor Júlio César de Mello e Souza, molto diffuso in Brasile da tante generazioni. Nel famoso problema dei 35 cammelli, un padre lascia la sua eredità ai tre figli in frazioni di 1/2, 1/3 e 1/9. Poiché 35 non permette una divisione esatta, Beremiz, l'Uomo che Calcolava, risolve la situazione prestando un cammello, arrivando a un totale di 36. Così distribuisce rispettivamente 18, 12 e 4 cammelli, per un totale di 34. Restituisce il cammello prestato e tiene quello rimanente come ricompensa. Con intelligenza e logica, trova una soluzione giusta senza violare la volontà del defunto. Per la storia completa, v. M. Tahan, *O homem que calculava*, 58ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2002, p. 21-23.

¹⁵ Traduzione di: “*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*”.

¹⁶ “Ai litiganti, nei procedimenti giudiziari o amministrativi, nonché agli accusati in generale,

tazione più adeguata a conferire la massima efficacia alla disposizione costituzionale, si inferisce che il contraddittorio nella formazione delle prove è la regola generale per la produzione di conoscenze sul caso *in iudicando*, le uniche di cui ci si può avvalere per giungere ad una decisione. Ma tale scelta resta ancora del tutto inefficace.

Sebbene, secondo le disposizioni approvate dal legislatore, la procedura penale brasiliana dovrebbe essere di impronta accusatoria, non si trova riscontro di ciò nelle prassi giudiziarie. Ed ecco, con ciò premesso, il terzo orientamento sul tema. La posizione più convincente è quella di riconoscere la rilevanza dell'idea di sistema processuale penale e poi classificare quello brasiliano come inquisitorio. Le ragioni per farlo sono quattro. La prima, è che il codice di procedura penale vigente disegna un processo misto, che non costituisce di per sé un sistema e rappresenta «una forma particolarmente ipocrita di processo inquisitorio»¹⁷. La seconda, è che esso viene attuato sotto il contesto di una cultura inquisitoria, che condiziona i modi di pensare e agire degli attori della giustizia penale. La terza, è che, attraverso la consapevolezza del profilo ideologico del fenomeno e della sua forza condizionante delle attività giudiziarie, la posizione contribuisce alla conoscibilità della realtà osservata. E, l'ultima, è che, al riconoscere il sistema come inquisitorio e dato il generalizzato rifiuto del modello inquisitorio, si esclude la via delle riforme parziali del codice vigente e si promuove, invece, la discussione di un nuovo codice di procedura penale, improntato allo stile accusatorio, in conformità alle direttive costituzionali e sovranazionali.

Benché non sia la posizione della maggioranza, qui si sostiene il terzo atteggiamento e si propongono *linee per un processo accusatorio alla brasiliana*. Con soluzioni parziali e colpi di scena il sistema, infatti, non cambia e si prosegue come sempre, con un vero e proprio “*patchwork*” fatto di codice di procedura penale e leggi straordinarie. Un esempio della verità di quest'affermazione si è visto di recente con la decisione del *Supremo Tribunal Federal* (STF) su alcune delle disposizioni della Legge (*Lei*) n. 13.964 del 24 dicembre 2019, che, con un colpo di scena, ha svuotato le novità – in particolare, il Giudice delle Garanzie (*Juiz das Garantias*), il processo accusatorio, il doppio fascicolo e il regime giuridico dell'archiviazione –, ma ha mantenuto i loro

sono assicurati il contraddittorio e la piena difesa, con i mezzi e le risorse ad essa inerenti», traduzione di: «aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes?».

¹⁷ P. Ferrua, “Franco Cordero e il processo accusatorio”, in *Teoria Critica della Regolazione Sociale*, n. 1, 2024, pp. 9-21, disponibile su: <https://www.mimesisjournals.com/ojs/index.php/tcrs/article/view/4623>, ultimo accesso: 3 febbraio 2025, p. 19.

nomi, deformandone il significato originale e demolendo le fonti legislative che li sostenevano, dando loro nuovi testi con una vera e propria attività creativa mascherata da “interpretazione conforme alla costituzione”¹⁸. Il nome (significante), da solo, dice poco senza il giusto significato, a meno che non serva a frodare la realtà: si dice che il sistema sia accusatorio nel precetto, ma nella realtà continua a essere inquisitorio, come lo è sempre stato.

Dunque, l’immensa complessità che il Brasile impone, obbliga a pensare a un sistema accusatorio democratico a partire, soprattutto, dalle nozioni generali che si hanno sull’argomento ma, sempre, con lo sguardo rivolto alla realtà. Senza osservarla, il lavoro è spietato per coloro che si avventurano in questa missione, solitamente risultando terribili conseguenze per i meno favoriti.

2. IL PROCESSO DI RIFONDAZIONE DEL PROCESSO PENALE IN AMERICA LATINA VERSO I MODELLI ACCUSATORI

In America Latina, un’azione regionale finanziata dall’Organizzazione degli Stati Americani (OSA) e guidata da Julio Maier e Alberto Binder (dall’Argentina) ha portato alla prima riforma nel 1992, in Guatemala¹⁹. Era un presagio. Successivamente, la riforma è avvenuta in tutti i paesi, tranne che in Brasile, che rimaneva fortemente legato al modello inquisitorio italiano del codice Rocco, su cui si era ispirato il modello vigente (*Decreto-Lei n. 3.689, del 03.10.41*)²⁰.

¹⁸ V., *infra*, 3.

¹⁹ Sul tema, v. K. Ambos – J. Woischnik, *Las reformas procesales penales en América Latina*, in J. B. J. Maier – K. Ambos – J. Woischnik (coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 835-896, L. González Postigo, *Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras*, trad. F. H. Choukr, Florianópolis, Empório do Direito, 2018, p. 18-25, e M. Langer, “Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 1, n. 37, 2017, DOI: 10.22456/0104-6594.79266, disponibile su: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/79266>, ultimo accesso: 7 novembre 2024.

²⁰ In questo senso, R. J. Gloeckner (*Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro* [risorsa elettronica], vol. 1, 2^a ed., São Paulo, Tirant lo Blanch, 2023, p. 294), paragonando, da una prospettiva storico-politica, i fondamenti ideologici delle leggi processuali penali vigenti nell’Italia, dal fascismo, e nel Brasile, dal codice del 1941, ha concluso che «il parallelo con l’Italia è valido giustamente per le similarità legislative e dottrinali esistenti, che vanno oltre – e come! – la semplice affermazione di che il Brasile avrebbe “copiato” il codice Rocco, il che è una bugia», traduzione di «O paralelo com a Itália é válido justamente pelas semelhanças legislativas e doutrinárias existentes, que ultrapassam – e muito! – a simplória afirmação de que o Brasil teria “copiado” o código Rocco, o que é uma inverdade».

Durante il governo di Getúlio Vargas (1937-1945), a causa dell'affinità ideologica con il regime fascista italiano, il Brasile fece una sorta di imitazione del modello giuridico italiano in materia di processo penale, ossia il codice del 1941²¹. Come tutte le imitazioni, il risultato presentava – e presenta ancora oggi – differenze rispetto al modello imitato²². Le più importanti riguardano forse l'indagine di polizia e il regime giuridico del Pubblico Ministero²³.

La prima differenza riguarda un istituto creato durante l'Impero, con il *Decreto* n. 4.824, del 22 novembre 1871, e mantenuto nell'ordinamento senza cambiamenti significativi fino ai giorni nostri. Si tratta dell'*inquérito policial*, l'equivalente brasiliano delle procedure di istruzione del codice Rocco, la prima fase della procedura penale, qualificata come una procedura amministrativa, ma i cui atti confluiscono integralmente nell'istruzione e nel giudizio, con limiti di utilizzabilità molto fragili²⁴. Tuttavia, la fase, anziché essere presieduta da un giudice tutelato da garanzie che ne assicurino l'esercizio indipendente della funzione, è governata da un operatore di polizia, vulnerabile alle influenze del potere esecutivo. Si riscontrano, quindi, nell'*inquérito policial*, nella vulnerabilità della persona/organo che la conduce e nella trasmissione degli atti all'istruzione e al giudizio, dei punti problematici del sistema brasiliano, poiché mettono a rischio l'uguaglianza tra i cittadini (art. 5° della CR/88) e indeboliscono l'efficacia del contraddittorio (disposto all'art. 5°, LV, della CR/88) nella formazione delle prove dichiarative²⁵.

²¹ Per una descrizione del contesto storico e le ispirazioni ideologiche del codice del 1941, v. M. A. N. Silveira, "A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro", *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 67, gennaio-febbraio 2015, pp. 264–275.

²² Per un approccio comparato tra i modelli brasiliano e italiano di procedura penale, v. B. Cunha Souza – E. Toma, *Il contraddittorio, il giudice e i fascicoli nei sistemi processuali penali del Brasile e d'Italia*, *Revista Antinomias*, v. 4, n. 1, jan./jun. 2023, pp. 8–25., J. N. Miranda Coutinho – B. Cunha Souza, "O processo penal acusatório entre o Brasil e a Itália (parte 1)", *Revista Consultor Jurídico*, 22 novembre 2024. Disponibile all'indirizzo: <https://www.conjur.com.br/2024-nov-22/o-processo-penal-acusatorio-entre-o-brasil-e-a-italia-1a-parte/> (accesso 11 aprile 2025), e J. N. Miranda Coutinho – B. Cunha Souza, "O processo penal acusatório entre o Brasil e a Itália (parte 2)", *Revista Consultor Jurídico*, 29 novembre 2024. Disponibile all'indirizzo: <https://www.conjur.com.br/2024-nov-29/o-processo-penal-acusatorio-entre-o-brasil-e-a-italia-parte-2/> (accesso 11 aprile 2025).

²³ Nonostante siano avvenute modifiche, soprattutto procedurali, nel modello brasiliano dopo la pubblicazione dell'analisi, vale la pena vedere la sintesi delle caratteristiche del processo penale brasiliano di allora in F. H. Choukr, *Brasil*, in J. B. J. Maier – K. Ambos – J. Woischnik (coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 123–166.

²⁴ V. l'art. 155, del CPP del 1941, che consente al giudice l'uso degli atti dell'*inquérito policial* nella motivazione della sentenza, sempre che non li usi «esclusivamente», cioè, senza elementi a loro corroborazione, assunte in contraddittorio giudiziale o senza di esso; limite che, come si vede nelle prassi, è molto facile da superare.

²⁵ Sulla classificazione delle prove come dichiarative o critico-indiziarie, v. P. Ferrua, "Questões probatórias nos escritos de Franco Cordero", trad. B. Cunha Souza, in C. M. de Poli – J. N. de Miranda Coutinho – L. C. de Paula (orgs.), *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: Escritos em*

La seconda differenza, più recente della prima ²⁶, riguarda il regime giuridico del Pubblico Ministero, che si riflette nella separazione delle carriere tra pubblici ministeri e giudici e nella disciplina dell'azione penale. Sebbene il Pubblico Ministero brasiliano sia amministrativamente inquadrato come un organo del Potere Esecutivo e il suo capo, sia negli stati che nell'*União* (l'ente pubblico federale), venga scelto ogni quattro anni dal capo del governo, ciò non significa che poi non possa agire contro lo stesso Governatore dello stato o Presidente della Repubblica che lo aveva nominato, perché gode di tutte le garanzie necessarie per farlo. Infatti, il Pubblico Ministero gode di indipendenza finanziaria e funzionale per l'esercizio della sua professione. Il Legislatore costituzionale brasiliano non ha disposto, come ha fatto quello italiano (art. 112 Cost.), l'obbligatorietà dell'azione penale ²⁷, ma ciò non significa che l'esercizio dell'azione penale sia arbitrario, poiché la conformità alla legalità gli impone un dovere, il cui esercizio è controllato e la cui violazione costituisce doveri soggettivi di indagare sull'accaduto e, eventualmente, di punire chi viene riconosciuto come responsabile. Su questi temi, le scelte politico-legislative del Brasile, anche con i loro problemi, sembrano migliori di quelle fatte in Italia, e con una riforma accusatoria dovrebbero essere confermate e sviluppate.

In ogni caso, a fini informativi, va chiarito che in Brasile, in primo grado, il giudice lavora come organo monocratico, salvo nei processi di competenza per prerogativa di funzione, e può produrre prove d'ufficio (art. 156, I e II, del CPP). Inoltre, nella giustizia penale brasiliana i fascicoli sono digitali e le udienze possono essere svolte anche online in modalità remota. Questi aspetti, tuttavia, così come sono nel modello brasiliano, non sono considerati raccomandabili per altri paesi.

Secondo i dati generali del 2023 del "World Justice Project (WJP) Rule of Law

homenagem ao Prof. Dr. Franco Cordero, vol. 6, Curitiba, Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2023, pp. 63-72, p. 65-69. Sul tema, anche v. F. Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 17 e ss, e P. Ferrua, *La prova nel processo penale: Struttura e procedimento*, vol. I, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 66 e ss.

²⁶ La disciplina attuale del pubblico ministero è costituita dalla *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* e dalla *Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993)*.

²⁷ Nell'ordinamento brasiliano, l'unico precetto che dispone, apparentemente, l'obbligatorietà, è nel codice di processo penale militare (art. 30), ma, siccome è una regola speciale, non viene interpretata in forma estensiva per tutto il processo penale in generale. Ciò consente al legislatore brasiliano una più grande flessibilità nell'elaborazione di procedimenti alternativi e meccanismi deflativi della giustizia penale. Per una descrizione del regime giuridico dell'azione penale e di come si intende l'obbligatorietà in Brasile, v. B. Cunha Souza, *Escassez, Eficiência e Ação Penal Pública: entre a obrigatoriedade e a oportunidade no exercício da ação*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2023, p. 113-157.

Index”²⁸, il Brasile, tra i 142 paesi valutati, si è classificato all’83° posto, ma, considerando specificamente il fattore della giustizia penale, occupa il 114° posto. Per quanto riguarda la giustizia penale, nei sotto-criteri pertinenti al tema, il Brasile ha ricevuto pessime valutazioni, soprattutto nel criterio relativo all’imparzialità: tra i 142 paesi valutati, si è classificato al 142° posto²⁹. Una valutazione del genere ha le sue ragioni d’essere e il modo migliore per affrontare il problema è l’adozione e l’effettiva implementazione di un modello accusatorio.

3. IL CONTESTO DELLA RIFORMA ACCUSATORIA IN BRASILE

Inizialmente, si pone un problema di metodo nella riforma legislativa, se sia, cioè, meglio realizzare una modifica parziale o globale del sistema. Con le iniziative fallite nella redazione di un nuovo codice di procedura penale per il Brasile, negli ultimi decenni, in un’illusione ottimistica, si è teso alle riforme parziali. Nel 2008, ad esempio, una serie di leggi ha riformato il codice creando confusione negli interpreti³⁰. Senza

²⁸ WJP Rule of Law Index, country information (Brazil – 2023), disponibile in: «<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2023/Brazil/Criminal%20Justice/>», accesso in 22.10.2024.

²⁹ Sebbene ci siano dati del 2024 – WJP Rule of Law Index, country information (Brazil – 2024), disponibile in: «<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2024/Brazil/Criminal%20Justice/>», accesso in 25.11.2024 –, poco è cambiato: sempre considerati 142 paesi come universo di ricerca dell’indice, quanto alla valutazione generale, dal 83° posto è salito al 80° posto; quanto alla giustizia penale, dal 114° posto è salito al 113° posto; quanto al sotto-criterio dell’imparzialità del sistema penale, dal 142° posto è salito al 141° posto. Per una descrizione più dettagliata sul metodo di ricerca del WJP Rule of Law Index e i risultati della giustizia penale brasiliana quanto al criterio dell’imparzialità, v. J. N. Miranda Coutinho – B. Cunha Souza, “Judicial Independence and Impartiality in Contemporary Brazilian Criminal Procedure”, *Beijing Law Review*, vol. 16, 2025, pp. 468–500. DOI: 10.4236/blr.2025.161024.

³⁰ È possibile rilevare tale ambiguità già a partire dalla Legge n. 11.719/2008. Con l’inserimento dell’espressione “riceverà” e il riferimento al ricevimento della denuncia, rispettivamente agli articoli 396 e 399 del Codice di Procedura Penale, sono emerse incertezze circa il momento in cui il giudice debba effettuare il giudizio di ammissibilità dell’accusa. La questione si rivela di particolare rilievo, in quanto la definizione del momento processuale in cui tale giudizio deve aver luogo implica, in ultima analisi, la concessione o meno del diritto al contraddittorio in favore dell’imputato prima della valutazione giudiziale dell’ammissibilità dell’azione penale. In tale contesto – come frequentemente accade in presenza di riforme legislative parziali – si è affermata un’interpretazione restrittiva dell’effettività del principio del contraddittorio, sancito all’art. 5, inciso LV, della *Constituição de 1988*. Per un’analisi approfondita della tematica, con particolare attenzione alla fase del giudizio di ammissibilità e al ruolo del contraddittorio preventivo, si rimanda a: A. G. Pilati, *Juízo de admissibilidade da ação penal à luz da democracia processual penal: exercício do contraditório prévio e dever de motivação*, tesi di mestrado, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2015, e C. M. Poli e M. A. N. Silveira, “O contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação”, *Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, vol. 1, n. 12, 2010, pp. 123–140.

giungere ad un significativo cambiamento nella struttura originaria del codice ed, invece, generando nuove confusioni interpretative, gli interventi lo hanno lasciato con uno spirito ancora più inquisitorio ³¹.

Contrariamente alla tendenza metodologica preferenziale, nel 2009 si è riunita una commissione di giuristi per la redazione di un progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale, adeguato alla Costituzione del 1988. Successivamente, il testo è stato presentato al Congresso Nazionale ed attualmente è ancora in discussione (prima al Senato come PLS n. 156/09 e, oggi, alla Camera dei Deputati come PL n. 8.045/10). Nei dibattiti della commissione emerge una discussione sulla scelta tra processo inquisitorio (riformato) e processo accusatorio e, in conformità alle previsioni costituzionali brasiliane, ha prevalso il processo accusatorio.

Tuttavia, il Brasile viveva un periodo di instabilità politica sempre più intensa, il cui punto culminante arrivò il 17 marzo 2014, quando nacque l'*Operação Lava Jato* ³² (una sorta di imitazione di Mani Pulite ³³, pur essendo diversa sotto molti aspetti dall'originale ³⁴). Condotta dall'allora giudice Sergio Fernando Moro, alle porte delle elezioni presidenziali del 2018, l'operazione ha portato all'arresto di Luiz Inácio Lula

³¹ In senso contrario, sostenendo il carattere accusatorio del sistema processuale penale brasiliano e concludendo che le riforme parziali del codice del 1941 abbiano attenuato gli aspetti più duri della disciplina originaria, ignorando la rilevanza dell'*inquérito policial* – in quanto l'*inquérito* non costituisce processo e, pertanto, sarebbe irrilevante ai fini della qualificazione del sistema processuale – si colloca E. Pacelli, *Curso de processo penal*, 21ª ed., São Paulo, Atlas, 2017, cap. 1, seguendo la linea argomentativa proposta da M. F. Andrade, *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, pp. 167-188, p. 169. Tale tesi si rivela tuttavia fragile, principalmente perché considera l'*inquérito policial* come una fase della procedura penale nettamente separata dalla fase processuale; nella realtà, però, l'*inquérito policial* risulta determinante sia per l'istruzione processuale che per la decisione giudiziale, giacché gli atti d'indagine documentati in quella fase restano accessibili e utilizzabili dai giudici chiamati a decidere il merito del caso penale. È proprio per questa ragione che le riforme legislative parziali realizzate non hanno condotto a risultati soddisfacenti sotto il profilo della riforma strutturale del sistema.

³² In spagnolo è stato pubblicato un parere tecnico sulle violazioni della suddetta operazione al giusto processo secondo i parametri della Cedu, cioè, G. Prado, "Operación Lava Jato y el debido proceso legal: opinión jurídica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Judicatus – Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León*, 3ª época, anno 6, n. 12, luglio-dicembre 2018, pp. 55–107.

³³ Si rileva un'ammirazione dichiarata da parte del giudice che avrebbe poi guidato l'operazione brasiliana nei confronti della Mani Pulite, come emerge in: S. F. Moro, "Considerações sobre a operação Mani pulite", *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, luglio-settembre 2004, pp. 56–62. Inoltre, parte della Dottrina ha cercato di stabilire un parallelo tra le due operazioni, evidenziandone le similitudini: R. R. C. Guimarães, "Déja vu: diálogos possíveis entre a Operação 'Mãos Limpas' italiana e a realidade brasileira", disponibile su: <https://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/docs/2016/artigo-rodri-gochemim-maoslmpaserealidadebrasileira.pdf>, ultimo accesso: 19 agosto 2024.

³⁴ Sul tema, v. J. N. Miranda Coutinho, *Un parallelo tra «Mani pulite» e Lava Jato in Brasile*, in *Critica del Diritto*, n. 2, p. 66-83, Luglio-Dicembre 2018.

da Silva, che in quel momento era il maggior rappresentante del centrosinistra ed oggi è il Presidente della Repubblica, così impedendo la sua partecipazione a quelle elezioni. Come si sa, poi vinse Jair Messias Bolsonaro, con cui Moro successivamente lavorò, abbandonando l'incarico di giudice per divenire Ministro della Giustizia. Una vicenda che ha suscitato non pochi dubbi nel popolo brasiliano.

Durante il governo di Bolsonaro, Moro ha preso l'iniziativa di produrre, senza dichiarare le ragioni del provvedimento, una proposta di legge chiamata "pacchetto anticrimine", con una serie di riforme al processo, al diritto e all'esecuzione penale del paese, con l'obiettivo di inasprire la giustizia penale. Però, durante le discussioni sul progetto di legge, vi sono state incluse alcune "*jabuticabas*"³⁵. Si trattava di parti della proposta che si trovavano nel progetto preliminare del PLS n. 156/09, con alcune piccole modifiche: "giudice delle garanzie"³⁶, modello di doppio fascicolo³⁷, controllo gerarchico sull'archiviazione, accordo di non perseguimento penale³⁸, giudice senza iniziativa probatoria e dichiarazione esplicita sulla scelta del Brasile per un processo accusatorio. Con la *Lei n. 13.964, del 24 dicembre 2019, il Congresso Nacional approvava il "pacchetto anticrimine", novità che non è stata ben accolta.*

Approvata la legge con le "*jabuticabas*", immediatamente si sono formati gruppi di pressione contro la riforma. Con le *Ações Diretas de Inconstitucionalidade* (ADI) n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, prima dello scadere della *vacatio legis*, arrivava una controriforma del STF³⁹. Attraverso un'opinabile "interpretazione conforme alla

³⁵ Letteralmente, *jabuticaba* è un tipo di frutto particolare che si trova solo in Brasile, ma il significato della parola viene usato nel paese per designare inserimenti subdoli di nuove disposizioni in una proposta di legge. A fine informativi, per un panorama del Potere Legislativo del paese, v. J. A. Silva, "Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, anno 47, n. 187, luglio-settembre 2010, pp. 137–154.

³⁶ Il giudice delle garanzie (*juiz das garantias*) è un giudice con competenza funzionale per l'indagine preliminare fino all'ammissibilità dell'accusa e che successivamente non può giudicare nel processo. Nella dottrina era una proposta spesso apparsa per la riforma della procedura penale in Brasile ed è stata anche disposta nel PLS 156/09.

³⁷ Sul tema del modello di doppio fascicolo e della sua rilevanza per il processo accusatorio, vale conoscere l'esperienza italiana. Perciò, v. P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Potere delle parti e ruolo del giudice*, Milano, Cedam, 2017.

³⁸ L'accordo di non perseguimento penale (*acordo de não persecução penal*) è simile a un *plea bargaining*, ma con limiti più adatti ad un modello continentale basato sulla legalità stretta come quello brasiliano. Sul tema, v. V. G. Vasconcellos, *Acordo de não persecução penal*, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2024.

³⁹ La reazione della dottrina brasiliana è stata in generale assai critica della decisione di questo caso, sia per la postura eccessivamente creatrice del tribunale, sia per la fragilità degli argomenti impiegati nella motivazione. Ad esempio, v. A. P. Melchior, "Assassinaram o juiz das garantias?", *Revista Consultor Jurídico*, 18 agosto 2023. Disponibile all'indirizzo: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-18/antonio-pedro-melchior-assassinaram-juiz-garantias/> (accesso 11 aprile 2025), M. A. N. Silveira – D.

costituzione”⁴⁰ che riportava la nuova legge alle disposizioni previgenti del codice del 1941, il tribunale svuotava la riforma sotto vari profili. Ad esempio, modificando la competenza del “giudice delle garanzie”⁴¹, escludendo il modello dei fascicoli doppi per conservare la formazione di un unico fascicolo per mera accumulazione⁴² e il controllo sull’archiviazione tornava come prima, cioè fatto da un giudice e poi dall’organo gerarchicamente superiore del Pubblico Ministero⁴³; si conservava l’ini-

N. M. Comar, “O juiz de garantias e o Supremo Tribunal Federal: uma vitória de Pirro”, *Boletim IBCCRIM*, vol. 31, n. 373, 2023, pp. 20–26. DOI: 10.5281/zenodo.10188775. Disponibile all’indirizzo: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/781 (accesso 11 aprile 2025)., L. L. Streck, “O juiz das garantias e os três amores”, *Revista Consultor Jurídico*, 22 agosto 2023. Disponibile all’indirizzo: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-22/lenio-streck-juiz-garantias-tres-amores/> (accesso 11 aprile 2025).

⁴⁰ Sull’accaduto, v. J. N. Miranda Coutinho – B. Milanez – B. Cunha Souza, “O futuro do juiz das garantias”, in *Processo e justiça na contemporaneidade: estudos em homenagem aos 50 anos do professor André Nicolitt*, Belo Horizonte–São Paulo, D’Plácido, 2023, pp. 227–238, e P. Bronzo, *O juiz, as partes e as provas no sistema de julgamento penal italiano: contributo à reforma no Brasil*, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 10, n. 2, 2024, DOI: 10.2197/rbdpp.v10i2.959.

⁴¹ La competenza del giudice delle garanzie ormai non è più fino all’ammissibilità dell’accusa, ma invece fino a quando il pubblico ministero presenta l’accusa, perché ha deciso il tribunale: “A maggioranza, dichiarare l’incostituzionalità dell’art. 3°-B, inciso XIV, del Codice di procedura penale, introdotto dalla Legge n. 13.964/2019, e attribuire un’interpretazione conforme alla Costituzione, stabilendo che la competenza del giudice delle garanzie cessa con la presentazione dell’accusa formale (denúncia), con il dissenso del Ministro Edson Fachin”, traduzione di “**Por maioria**, declarar a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3°-B do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia, vencido o Ministro Edson Fachin”.

⁴² A riguardo, ha deciso il tribunale: “All’unanimità, dichiarare l’incostituzionalità, con riduzione del testo normativo, dei paragrafi 3° e 4° dell’art. 3°-C del Codice di procedura penale, introdotti dalla Legge n. 13.964/2019, e attribuire un’interpretazione conforme alla Costituzione, nel senso che gli atti relativi alle materie di competenza del giudice delle garanzie siano trasmessi al giudice dell’istruzione e del giudizio”, traduzione di “**Por unanimidade**, declarar a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3° e 4° do art. 3°-C do CPP, incluídos pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme para entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento”. Ciò sommato alla validità degli artt. 155 e 156 del codice del 1941 fa sì che la struttura di processo inquisitorio rimanga essenzialmente inalterata, giacché il giudice può – e lo fa spesso – sovrapporre la centralità delle parti nello svolgimento del dibattimento e sottovalutare l’importanza delle prove dichiarative assunte in udienza.

⁴³ Sul tema, ecco la decisione del tribunale: “A maggioranza, si è attribuita un’interpretazione conforme al caput dell’art. 28 del Codice di Procedura Penale, così come modificato dalla Legge n. 13.964/2019, per stabilire che, nel manifestarsi per l’archiviazione dell’inchiesta di polizia o di qualsiasi altro elemento informativo di analoga natura, l’organo del Pubblico Ministero dovrà sottoporre la propria richiesta al giudice competente e informare la vittima, l’indagato e l’autorità di polizia, potendo altresì trasmettere gli atti al Procuratore Generale o all’organo di revisione interna del Ministero Pubblico, ove previsto, ai fini dell’omologazione, secondo quanto stabilito dalla legge, con parziale dissenso del Ministro Alexandre de Moraes”, traduzione di “**Por maioria**, atribuir interpretação conforme ao caput do art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação,

ziativa probatoria del giudice, così come la disposizione secondo la quale la struttura del processo penale brasiliano sarà accusatoria ⁴⁴ (art. 3°-A, CPP) – la scelta del tempo verbale, purtroppo, è stata precisa, ma non si sa quando ciò accadrà.

Oramai, il Brasile si trova con un modello paradossale che si dichiara accusatorio nel testo della legge, ma che mantiene le caratteristiche essenziali della struttura inquisitoria su cui fu improntata la disciplina originaria del codice del 1941. In parte, ciò è il risultato delle scelte politico-legislative di procedere a riforme parziali del codice invece di farne uno nuovo. Più che mai si palesa la necessità per il paese di un codice di procedura penale che sia di natura accusatoria e conforme alla *Constituição de 1988*, sebbene le iniziative antecedenti in questo senso non hanno avuto successo ⁴⁵.

Tuttavia, si discute ancora nel *Congresso Nacional* la proposta del PLS n. 156/09 che, volendone riassumere il contenuto iniziale, era in questi termini: si delineava una struttura di processo accusatorio, ma senza un adeguato meccanismo di fascicoli doppi; senza iniziativa probatoria del giudice se non favorevole all'imputato ⁴⁶ (che

na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes”.

⁴⁴ Comunque, anche prima della riforma del 2019, la maggioranza della dottrina nazionale sosteneva che la procedura penale brasiliana avesse già una struttura accusatoria – come G. H. Badaró, *Processo penal*, 10ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 110 ss., A. C. A. Cintra – A. P. Grinover – C. R. Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 64; G. M. Dezem, *Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 97; E. Pacelli, *Curso... cit.* – “eterodossa” – ad esempio, F. C. Tourinho Filho, *Processo penal*, v. I, 32ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 124, e, seguendo le sue orme, N. Távora – R. R. Alencar, *Curso de Direito Processual Penal*, 3ª ed., Salvador, JusPodivm, 2009, p. 34 – o che, benché il codice del 1941 fosse stato chiaramente ispirato al codice Rocco, il sopravvivere della *Constituição de 1988* fa sì che il codice possa esser letto in conformità ad essa, in modo rispettoso delle garanzie del cittadino, e che, quindi, la procedura brasiliana sarebbe divenuta di stile accusatorio – R. B. Lima, *Manual de Processo Penal*, 4ª ed., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 47 ss. Ma ci sono altri che, con ragione, sostengono che il codice del 1941 rimane ancora essenzialmente inalterato, conservando una struttura inquisitoria (processo misto o inquisitorio riformato) – v.g., A. Lopes Jr., *Direito processual penal*, 19ª ed., São Paulo, SaraivaJur, 2022, p. 50 ss., C. M. Poli, *Sistemas processuais penais*, 2ª ed., Curitiba, Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 180, M.A.N. Silveira, *A cultura... cit.* p. 275.

⁴⁵ Per una descrizione delle tentative di riforme alla procedura penale brasiliana, v. N. J. Giacomoli, “Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, 2015, pp. 143-165, p. 149 ss.

⁴⁶ Ciò segue dall'esegesi degli artt. 4° e 162, caput e parágrafo único, dell'avamprogetto. Il tema – limiti entro cui regolare i poteri istruttori del giudice – è stato oggetto di discussione intensa sulla Comissão de Juristas. In qualche modo, nei testi dei precetti, rimane in aperto almeno una questione, assolutamente pertinente al tema e la cui risposta è determinante per identificare verso quale struttura, accusatoria o inquisitoria, il modello brasiliano andrebbe, cioè, in quale momento il giudice sarebbe autorizzato a intervenire nella formazione della prova. Se cioè questi possa, concorrentemente alle parti, partecipare nella costruzione della conoscenza processuale ottenuta nell'istruzione, con il pericolo che si confermi la tendenza, prevedibile a causa della tradizione del paese, per cui l'attività del giudice si sovrapponga o sostituisca a quella delle parti, indebolendo l'efficacia del contraddittorio nella formazione delle prove.

sembra una trappola inquisitoria ⁴⁷); e rendeva più ampia la disponibilità sull'oggetto del processo, con una sorta di “*plea bargaining*” per i reati con pene massime previste fino a 8 anni.

4. L'AVAMPROGETTO (PLS N. 156/09) PER LA RIFORMA ACCUSATORIA IN BRASILE

La proposta di riforma pendente innanzi al Congresso Nazionale è incompleta e insoddisfacente. Anche se menziona l'adozione di un sistema accusatorio, mantiene un processo a struttura mista: un “mostro a due teste” ⁴⁸ – che è nato con il “*Code Napoléon*” (17.11.1808) e rappresenta una frode del sistema processuale, poiché il tentativo apparente di conciliazione tra accusatorio e inquisitorio porta alla preponderanza della struttura inquisitoria sui progressi accusatori – che continuerà a predare sistematicamente i socialmente vulnerabili. L'alternativa a ciò si trova nell'identificazione delle caratteristiche fondamentali del sistema inquisitorio presenti nell'ordinamento brasiliano e, in sede di politica legislativa, nell'adozione di altre, che corrispondano alla struttura di un sistema accusatorio.

Ecco perché è così importante avere presente la corretta differenza strutturale tra i sistemi, mettendo da parte quelle secondarie, tra le quali quella sull'esercizio dell'azione penale; dopotutto, tutte le differenze conosciute sono importanti, ma quella determinante è quella sulla gestione della prova ⁴⁹: ricordando che i modelli

⁴⁷ Giustamente per la mancanza di limitazione temporale per l'iniziativa del giudice, tale eccezione si dimostra un grande rischio di degenerazione del nuovo sistema verso le vecchie prassi del codice previgente. In Italia, ad esempio, Paolo Ferrua (*La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, v. I., 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 127 e ss.) e Franco Cordero (*Procedura penale*, 9^a ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 617) sostengono che è necessaria un'eccezione, residuale e sussidiaria, alla regola del divieto di iniziativa probatoria dei giudici, giustificando che l'indisponibilità dell'oggetto del processo penale, decorrente dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112, Cost.), impedisce una completa esclusione dell'iniziativa del giudice e che, caso ci fossi una tale esclusione, comunque se di fronte a gravi lacune nell'insieme probatorio, si aumenterebbe il rischio di una condanna di un'innocente o di un'assoluzione di un colpevole, dato il pregiudizio per la corretta ricostruzione dei fatti che comporterebbe tale divieto. In ogni modo, vale richiamare il necessario chiarimento di Paolo Ferrua (idem, p. 127) a riguardo: “Senza dubbio una sistematica intromissione del giudice nell'istruzione dibattimentale metterebbe a rischio la sua imparzialità; ma è altrettanto vero che, portata alle estreme conseguenze, l'imparzialità potrebbe essere salvaguardata solo separando, come accade nel processo con giuria, la figura di chi dirige l'escussione dibattimentale da quella di chi decide sulla colpevolezza. Importante è che siano ben definiti tempi e modi dell'intervento giudiziale in materia probatoria, da circoscrivere in una dimensione strettamente sussidiaria rispetto all'iniziativa delle parti; così il rischio di invadenza del giudice sarà inversamente proporzionale alla professionalità dei contendenti”.

⁴⁸ F. Cordero, *Guida alla procedura penale*, Torino, UTET, 1986, p. 73.

⁴⁹ In senso diverso, sostenendo che l'essenza della distinzione tra i sistemi è nella separazione

inquisitori puri rimangono solo nella storia (se mai sono esistiti)⁵⁰, mentre, nei modelli accusatori, la prova si forma in un contraddittorio forte, nei modelli inquisitori (riformati), la prova si forma in un contraddittorio debole⁵¹.

Quindi, ci sono due aspetti strumentali per l'effettiva realizzazione di un contraddittorio forte nella formazione delle prove, senza i quali non si può rifondare un sistema, passando da inquisitorio ad accusatorio, cioè: il divieto dell'iniziativa probatoria per i giudici e la preservazione dell'originalità cognitiva dei giudici. Almeno nel sistema processuale penale brasiliano.

In primo luogo, i giudici non devono avere iniziativa probatoria. Tendenzialmente, quando esiste questa possibilità, si spinge il giudice verso un "primato dell'ipotesi sui fatti" e, di conseguenza, verso "quadri mentali paranoidei"⁵²; di qui la convenienza di precludere al giudice le iniziative probatorie nel processo penale. Tuttavia, se non si riesce a concepire un modello senza tale divieto, la strada passa necessariamente per la massima restrizione dei tempi e delle modalità dell'intervento giudiziario sulla materia probatoria – sempre di forma sussidiaria e complementare –, puntando sempre alla massimizzazione dell'efficacia del contraddittorio nella formazione delle prove.

In secondo luogo, la verginità cognitiva dei giudici deve essere preservata al massimo. La decisione sul merito deve essere presa sulla base di conoscenze fornite dalle parti, davanti al giudice dell'istruttoria, nel rispetto del principio dell'immediatezza, necessario per una oralità vera⁵³. A tal fine, l'accesso agli atti dell'indagine

chiara tra le funzioni di giudicare, accusare e difendere, v. G. H. Badaró, *Processo penal*, 10ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 110 ss.

⁵⁰ V. J. N. Miranda Coutinho, "Uma breve síntese histórica-filosófica-jurídica-processual sobre os sistemas processuais penais", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 185, anno 29, novembre 2021, pp. 101–114. Disponibile all'indirizzo: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?-stid=st-rql&marg=DTR-2021-47611> (accesso 11 aprile 2025).

⁵¹ La distinzione è di Paolo Ferrua (*La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, v. I., 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 7-17), che sottolinea il fatto che i modelli inquisitori puri sono rimasti soltanto nella storia. Si potrebbe dire che l'autore citato segue la posizione di Franco Cordero (F. Cordero, *Linhas de um processo acusatório*, trad. M. A. N. da Silveira, in C. M. de Poli – J. N. de Miranda Coutinho – L. C. de Paula (orgs.), *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Franco Cordero*, vol. 6, Curitiba, Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2023, pp. 17-46) sul criterio determinante per distinguere i processi accusatorio da quelli inquisitori. In senso simile, v. G. Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale* [E-book], Bari-Roma, Laterza, 2020 (in portoghese: G. Giostra, *Primeira lição sobre a justiça penal*, trad. di B. Cunha Souza, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2022).

⁵² F. Cordero, Guida... cit., p. 51.

⁵³ In questo senso, sul rapporto tra immediatezza ed oralità, v. F. Cordero, *Ideologie del processo penale. Con un'appendice (I poteri del Magistrato; Stilus Curiae; Strutture d'un Codice; Legalità Penale)*, Roma, Università "La Sapienza", 1997, p. 165 e ss.

da parte del giudice del processo tende a essere dannoso per l'efficacia del contraddittorio nell'istruttoria, poiché normalmente riduce la necessità per il giudice di ascoltare con attenzione le informazioni presentate in contraddittorio durante l'udienza, vivendo in prima persona quell'esperienza, quando la sua conoscenza è contaminata da conoscenze pregresse dell'inchiesta prodotte da terzi sugli stessi temi; in particolare, poiché è possibile utilizzare ciò che è stato prodotto, senza contraddittorio (nell'indagine preliminare), nella motivazione della sentenza, con il limite dell'art. 155 del CPP, che è molto facilmente superabile con un semplice esercizio argomentativo; dunque, l'efficacia del contraddittorio in questo contesto risulta debole. Qui si trova il “diaframma” di cui parlava Francesco Carnelutti già nel 1961:

“Il contraddittorio è il mezzo essenziale per garantire l'imparzialità del giudice, la quale non significa onestà, come si crede comunemente, ma piuttosto capacità di superare la propria naturale parzialità; insomma di arrivare ad essere al di là delle parti, che vuole poi dire al di là dall'uomo. Purtroppo con il metodo vigente, le prove assunte nella fase preliminare sono prove che si formano senza contraddittorio, cioè senza quella garanzia che è indispensabile alla giustizia. E se il giudice, all'udienza, si fida di queste prove al punto che, purtroppo quasi sempre, quando l'imputato o il testimone dice davanti a lui qualche cosa di diverso da quello che ha detto nella fase preliminare, crede alla prima e non alla seconda versione, e qualche volta perfino costringe il testimone, se non l'imputato, a tornare a questa con la minaccia dell'incriminazione, questo vuol dire che il contraddittorio all'udienza è niente altro che una finzione, per non dire una beffa della giustizia. Allora il dilemma è questo: o si formano le prove in contraddittorio nella fase preliminare e si rinuncia al segreto, o si mantiene il segreto e per garantire la formazione delle prove in contraddittorio si deve porre un diaframma tra la fase preliminare e la fase definitiva, il che vuol dire che si interdice al giudice di conoscere ciò che è avvenuto nella fase preliminare”⁵⁴.

Per questo, l'adozione di un modello con fascicoli doppi, simile a quello italiano, è imprescindibile per l'effettiva implementazione di un modello accusatorio in Bra-

⁵⁴ F. Carnelutti, in DE LUCCA, Giuseppe (org.). *Primi problemi della riforma del processo penale*, Firenze, Sansoni, 1962, p. 57-58.

sile, al fine di superare l'uso eccessivo delle conoscenze dell'indagine preliminare per privilegiare ciò che si produce nel contraddittorio tra le parti.

5. PROPOSTA PER UN NUOVO PROCESSO PENALE IN BRASILE

Così, per una concreta rifondazione del sistema processuale penale brasiliano, sono stati considerati diversi modelli, ma ora con maggiore interesse quello che ha dato origine al nuovo codice di procedura penale cileno, del 29.09.2000, che si è rivelato il più efficace se paragonato a tutti gli altri dell'America Latina. I cileni, come è noto, iniziarono quasi da zero, poiché nel sistema inquisitorio che possedevano non esisteva neanche un Pubblico Ministero, figura che fu istituita proprio allora. Successivamente, tutti i giudici furono chiamati a scegliere: o aderivano al nuovo sistema o potevano andare in pensione; e rimasero solo cinque di loro. Per tutti coloro che cominciano ora, è previsto un aggiornamento teorico e pratico serio, soprattutto in relazione alla Costituzione e al nuovo sistema. È stata inoltre creata una nuova struttura di organizzazione giudiziaria, con un gruppo specializzato di funzionari pubblici e persino nuovi edifici. Il servizio burocratico non è più tra le competenze dei giudici, essendo svolto da funzionari specializzati. Il giudice deve “ius dicere”; e nient'altro. D'altra parte, l'applicazione del nuovo Codice di Procedura Penale è iniziata nelle aree più piccole e remote e si è, poco a poco, estesa alle città più grandi, fino a raggiungere Santiago. Il Cile, quindi, è un esempio da osservare, sempre con i dovuti adattamenti, soprattutto in relazione alla situazione brasiliana, che riguarda un paese di dimensioni continentali e con poche risorse.

Pertanto, di fronte alla Costituzione, la struttura accusatoria da adottare in Brasile, in sintesi, deve iniziare con l'adozione dell'oralità come strumento⁵⁵ di un giusto processo (*due process of law*), in cui le decisioni (quasi tutte) sono prese in udienza, con un contraddittorio forte. La struttura dovrebbe essere trifasica, cioè in tre fasi, in ognuna delle quali predominano le udienze: 1^a, udienza preliminare (*audiência preliminar*)⁵⁶; 2^a, udienza intermedia (*audiência intermediária*);

⁵⁵ A. Binder, *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, Monterrey, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014, p. 29 e ss.

⁵⁶ Sebbene il nome è lo stesso per mancanza di corrispondente adeguato in italiano, non ci si riferisce all'udienza preliminare esistente in Italia. Questa si fa dopo l'esercizio dell'azione penale, quella proposta sarebbe fatta ancor prima con le particolarità sotto descritte.

3ª, udienza di istruzione e giudizio (*audiência de instrução e julgamento*; in Cile, *juicio oral*). All'interno di ogni fase, quando sorgono questioni relative al processo, le parti richiedono udienze e i giudici, se le ammettono, convocano la parte avversa e, in conformità al principio del contraddittorio forte, decidono nell'udienza stessa. In questo modo, si ottiene celerità.

5.1. Prima fase

L'udienza preliminare è anche conosciuta come udienza di formalizzazione dell'indagine. In questa udienza, innanzitutto, l'imputato viene informato che è in corso un'indagine preliminare contro di lui. Il giudice competente per condurla è il Giudice delle Garanzie, che sarà anche responsabile della fase intermedia. Così, durante l'udienza preliminare, con la presenza delle parti e in forma orale, avvengono: (1) l'apertura dell'udienza e la formalizzazione dell'indagine; (2) la comunicazione all'indagato della propria situazione e dei suoi diritti e garanzie individuali, incluso il diritto di nominare un avvocato oppure a vedersi assegnato un difensore pubblico, qualora non abbia un avvocato di fiducia; (3) il controllo della legalità dell'arresto in flagranza; (4) la disposizione motivata, se del caso, di misure cautelari reali o personali, in particolare la custodia cautelare in carcere; (5) l'anticipazione, se necessaria, della produzione di prove irripetibili; (6) il giudice stabilisce il termine per la conclusione dell'indagine preliminare – che può essere prorogato con giustificazione –, pena l'archiviazione; (7) la definizione mediante accordi (*"plea bargaining"*), in base a circostanze previamente determinate e, in linea di massima, per reati con pena non superiore a 8 (otto) anni, tutto per evitare che l'indagato/patteggiante venga condotto in carcere.

5.2. Seconda fase

L'udienza intermedia, a sua volta, si svolge dopo la conclusione delle indagini preliminari. Serve, fondamentalmente, a controllare e decidere sull'esercizio dell'azione mediante *denúncia* (del Pubblico Ministero), nei casi di azione penale pubblica, o *queixa* (del soggetto privato offeso o del suo rappresentante legale, se sia il caso), nell'ipotesi di azione penale di iniziativa privata. Se il giudizio di ammissibilità è positivo, si instaura il processo e si avvia la preparazione per l'udienza di istruzione e giudizio. Vale la pena citare, per la sua chiarezza, la spiegazione di Marco Aurélio Nunes da Silveira sul tema:

“Questa preparazione della fase successiva contempla la presentazione delle ‘teorie del caso’ delle parti, che serve a delimitare l’oggetto del giudizio. Così, il contenuto del processo sarà delimitato dalle parti e non potrà essere ampliato o modificato dal giudice. Inoltre, le parti devono indicare espressamente ogni mezzo di prova che intendono produrre nel ‘giudizio orale’. Ciò permette che il controllo di legalità della prova (legittimità e liceità) venga effettuato ancora nella fase intermedia, misura che intende evitare che il giudice del processo entri in contatto con prove illegali, evento che potrebbe compromettere in modo irreparabile la sua imparzialità”⁵⁷.

Il giudice delle garanzie, infine, se non vi è composizione della lite mediante “*plea bargaining*”, redige un Verbale di Apertura del Giudizio Orale (in Cile), che in Brasile dovrebbe corrispondere a un Verbale di Apertura dell’Udienza di Istruzione e Giudizio, nel quale, tra le disposizioni stabilite, dovranno figurare l’accusa (specificamente l’imputazione), le prove che le parti intendono presentare e il giorno e l’ora dell’udienza stessa. Questo verbale è ciò che viene consegnato al giudice (o ai giudici) dell’udienza di istruzione e giudizio, mentre gli atti di quanto compiuto fino a quel momento, a partire dall’indagine preliminare, restano custoditi nella segreteria del giudice delle garanzie, a disposizione delle parti. Il giudice delle garanzie, ovviamente, non può partecipare all’ultima fase, ossia quella in cui si svolge il giudizio del caso. Come si vede, nella fase intermedia si svolge una sorta di “sanatoria” del processo, cercando di rimuovere gli ostacoli per l’istruzione e il giudizio del caso penale.

5.3. Terza fase

L’udienza di istruzione e giudizio (accostabile al dibattimento in Italia, con le dovute adattazioni) è di competenza di un collegio di tre giudici (in Cile); e dovrebbe esserlo anche in Brasile, nonostante la grande tradizione (di regola) dei processi

⁵⁷ Traduzione di “Esta preparação da etapa seguinte contempla a apresentação das “teorias do caso” das partes, que se presta a delimitar o objeto de juízo. Assim, o conteúdo do processo será delimitado pelas partes e não poderá ser alargado ou modificado pelo juiz. Além disso, as partes devem indicar expressamente cada meio de prova que pretendem produzir no “juízo oral”. Isto permite que o controle de legalidade da prova (legitimidade e licitude) seja feito ainda na fase intermédia, medida que pretende evitar que o juiz do processo tenha contato com provas ilegais, evento que poderia prejudicar de forma irremediável a sua imparcialidade” M. A. N. Silveira, “A etapa intermediária e o juiz das garantias no processo penal brasileiro: um passo importante e insuficiente”, *Justiça do Direito*, vol. 33, n. 3, settembre–dicembre 2019, pp. 189–221, p. 209.

condotti da giudici singoli in primo grado di giurisdizione, in conformità con la tradizione inquisitoria. In questo caso, pesa anche la questione economica, dato l'alto costo dei processi collegiali, specialmente nelle aree rurali e nei tribunali più piccoli, dove spesso mancano giudici; ovvero, anche se il posto esiste, non è occupato e, pertanto, non vi è nemmeno un giudice per giudicare in maniera monocratica. In ogni caso, la pandemia di COVID-19 ha dimostrato che è perfettamente possibile formare e comporre giudizi collegiali "online"; e ciò potrebbe avvenire in primo grado, ad esempio, con una struttura ibrida: il giudice del processo (quello che riceverebbe le informazioni dal giudice delle garanzie) sarebbe presente, insieme alle parti e a tutto il necessario, come se fosse un'udienza monocratica; la differenza sta nel fatto che il collegio sarebbe composto anche da altri due giudici scelti al momento, tra quelli disponibili e previamente organizzati, anche se fossero di altri tribunali. Le strutture cibernetiche permettono ciò, e non c'è ragione per non utilizzarle. Infine, queste strutture, in ipotesi, ampliano l'autonomia dei giudici e rafforzano qualitativamente le decisioni collegiali⁵⁸. Sarebbe un progresso rivoluzionario per il Brasile e un modo salutare di espandere la cultura accusatoria, così importante in una rifondazione sistemica.

Il rito, nell'udienza di istruzione e giudizio, segue la logica delle udienze menzionate: dopo la sua apertura, si dichiara il caso penale in giudizio, così come pervenuto dal giudice delle garanzie; poi, si verificano le condizioni di difesa dell'imputato: se possiede un avvocato; se comprende ciò che sta accadendo e le sue conseguenze, ecc.; successivamente, vengono prodotte le prove indicate dall'accusa e dalla difesa; in seguito, l'imputato può essere ascoltato, se desidera esercitare la propria autodifesa e non optare per il diritto al silenzio; proseguendo, l'accusa e la difesa (in quest'ordine) fanno le loro conclusioni finali; e, quindi, il collegio decide, in riunione segreta ma registrata, pronunciando la decisione il giudice presidente del collegio (quello presente) in aula di udienza, fissando immediatamente il giorno e l'ora per depositare la sentenza scritta, entro il termine stabilito, pena, tra l'altro, la liberazione dell'imputato che si trovi in stato di detenzione. Notificate le parti della sentenza, si avviano i termini per i ricorsi, da fissare in conformità con la legge.

⁵⁸ Una proposta per giudizi collegiali in Brasile si trova in J. N. Miranda Coutinho, "Sistema acusatório e julgamento colegiado em primeiro grau: o que Lenio Streck tem a ver com isso?", in *Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas*, vol. 7, 2022, pp. 173–190.

6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Questa sintesi, evidentemente, non esaurisce le possibilità di udienza che potrebbero essere previste. In esse, sorgeranno incidenti probatori e saranno presentate richieste delle più diverse tipologie. Il tutto, di regola, in forma orale e deciso dai giudici nel corso della medesima udienza, salvo nei casi in cui ciò non sia possibile, come, ad esempio, quando siano necessari atti di comunicazione formale con enti pubblici. Un'altra cosa importante – che si può apprendere dal Cile e da altri modelli rifondati – è che gli atti non vengono rinviati, tranne nei casi di espresse disposizioni legali o quando sia totalmente impossibile realizzarli. Ciò, in un certo senso, garantisce il *fair play* ⁵⁹. Alla fine, la qualità di un sistema accusatorio dipende, in particolare, da persone sane, psicologicamente non troppo complicate, come affermava Cordero ⁶⁰, e le regole, per quanto di alta qualità, hanno poco valore se le persone coinvolte eludono la loro applicazione.

⁵⁹ F. Cordero, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 101.

⁶⁰ F. Cordero, *Guida...* cit., p. 42-43.

BIBLIOGRAFIA

- K. Ambos, *El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica*, in L. B. Winter (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 49-72.
- K. Ambos – J. Woischnik, *Las reformas procesales penales en América Latina*, in J. B. J. Maier – K. Ambos – J. Woischnik (coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 835-896.
- M. F. Andrade, O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo, *Revista de Informação Legislativa*, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, pp. 167-188.
- G. H. Badaró, *Processo penal*, 10^a ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.
- A. Binder, *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, Monterrey, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.
- P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Potere delle parti e ruolo del giudice*, Milano, Cedam, 2017.
- P. Bronzo, *O juiz, as partes e as provas no sistema de julgamento penal italiano: contributo à reforma no Brasil*, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 10, n. 2, 2024, DOI: 10.22197/rbdpp.v10i2.959.
- F. Cernelutti, in G. De Lucca (org.), *Primi problemi della riforma del processo penale*, Firenze, Sansoni, 1962.
- F. H. Choukr, *A reforma do processo penal brasileiro*, *Revista nº 1 – ¿Crise en la capacitación judicial?*, 2000, pp. 143-149, disponibile su: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5716>, ultimo accesso: 9 aprile 2025.
- F. H. Choukr, *Brasil*, in J. B. J. Maier – K. Ambos – J. Woischnik (coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 123-166.
- A. C. A. Cintra – A. P. Grinover – C. R. Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 23^a ed.,

São Paulo, Malheiros, 2007.

F. Cordero, *Guida alla procedura penale*, Torino, UTET, 1986.

F. Cordero, *Ideologie del processo penale. Con un'appendice (I poteri del Magistrato; Stilus Curiae; Strutture d'un Codice; Legalità Penale)*, Roma, Università “La Sapienza”, 1997.

F. Cordero, *Linhas de um processo acusatório*, trad. M. A. N. da Silveira, in C. M. de Poli – J. N. de Miranda Coutinho – L. C. de Paula (orgs.), *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Franco Cordero*, vol. 6, Curitiba, Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2023, pp. 17-46.

F. Cordero, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 2012.

F. Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè, 1963.

B. Cunha Souza, *Escassez, Eficiência e Ação Penal Pública: entre a obrigatoriedade e a oportunidade no exercício da ação*, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2023.

B. Cunha Souza – E. Toma, *Il contraddittorio, il giudice e i fascicoli nei sistemi processuali penali del Brasile e d'Italia*, *Revista Antinomias*, v. 4, n. 1, jan./jun. 2023, pp. 8-25.

M. R. Damaška, *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, New Haven – London, Yale University Press, 1986.

G. M. Dezem, *Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

P. Ferrua, “Franco Cordero e il processo accusatorio”, in *Teoria Critica della Regolazione Sociale*, n. 1, 2024, pp. 9-21, disponibile su: <https://www.mimesisjournals.com/ojs/index.php/tcrs/article/view/4623>, ultimo accesso: 3 febbraio 2025.

P. Ferrua, *La prova nel processo penale: Struttura e procedimento*, vol. I, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2017.

P. Ferrua, “Questões probatórias nos escritos de Franco Cordero”, trad. B. Cunha Souza, in C. M. de Poli – J. N. de Miranda Coutinho – L. C. de Paula (orgs.),

- Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Franco Cordero*, vol. 6, Curitiba, Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2023, pp. 63-72.
- G. Freyre, *Casa-grande & Senzala: formação da economia brasileira sob o regime da economia patriarcal*, 48ª ed., São Paulo, Global, 2003.
- N. J. Giacomolli, “Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, 2015, pp. 143-165.
- G. Giostra, *Prima lezione sulla giustizia penale* [E-book], Bari-Roma, Laterza, 2020 (trad. portoghese: G. Giostra, *Primeira lição sobre a justiça penal*, trad. B. Cunha Souza, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2022).
- R. J. Gloeckner, *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro* [risorsa elettronica], vol. 1, 2ª ed., São Paulo, Tirant lo Blanch, 2023.
- L. González Postigo, *Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras*, trad. F. H. Choukr, Florianópolis, Empório do Direito, 2018.
- R. R. C. Guimarães, “Déjà vu: diálogos possíveis entre a Operação ‘Mãos Limpas’ italiana e a realidade brasileira”, disponibile su: <https://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/docs/2016/artigo-rodrigochemim-maoslimpaserealidadebrasileira.pdf>, ultimo accesso: 19 agosto 2024.
- S. B. Holanda, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
- I. Kant, *Critica della ragione pura, introduzione*, traduzione e note di G. Colli, Milano, Adelphi Edizioni, 1976.
- M. Langer, “Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 1, n. 37, 2017, DOI: 10.22456/0104-6594.79266, disponibile su: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/79266>, ultimo accesso: 7 novembre 2024.

- R. B. Lima, *Manual de Processo Penal*, 4ª ed., Salvador, JusPodivm, 2016.
- A. Lopes Jr., *Direito processual penal*, 19ª ed., São Paulo, SaraivaJur, 2022.
- J. F. Marques, *Elementos de direito processual penal*, Campinas, Millennium Editora, 2009.
- A. P. Melchior, “Assassinaram o juiz das garantias?”, *Revista Consultor Jurídico*, 18 agosto 2023. Disponibile all’indirizzo: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-18/antonio-pedro-melchior-assassinaram-juiz-garantias/> (accesso 11 aprile 2025).
- M. Miaille, *Introdução crítica ao estudo do direito*, 2ª ed., Lisboa, Estampa, 1994.
- J. N. Miranda Coutinho, *A lide e o conteúdo do processo penal*, Curitiba, Juruá, 1989.
- J. N. Miranda Coutinho – B. Cunha Souza, “Judicial Independence and Impartiality in Contemporary Brazilian Criminal Procedure”, *Beijing Law Review*, vol. 16, 2025, pp. 468–500. DOI: 10.4236/blr.2025.161024.
- J. N. Miranda Coutinho – B. Cunha Souza, “O processo penal acusatório entre o Brasil e a Itália (parte 1)”, *Revista Consultor Jurídico*, 22 novembre 2024. Disponibile all’indirizzo: <https://www.conjur.com.br/2024-nov-22/o-processo-penal-acusatorio-entre-o-brasil-e-a-italia-1a-parte/> (accesso 11 aprile 2025).
- J. N. Miranda Coutinho – B. Cunha Souza, “O processo penal acusatório entre o Brasil e a Itália (parte 2)”, *Revista Consultor Jurídico*, 29 novembre 2024. Disponibile all’indirizzo: <https://www.conjur.com.br/2024-nov-29/o-processo-penal-acusatorio-entre-o-brasil-e-a-italia-parte-2/> (accesso 11 aprile 2025).
- J. N. Miranda Coutinho – B. Milanez – B. Cunha Souza, “O futuro do juiz das garantias”, in *Processo e justiça na contemporaneidade: estudos em homenagem aos 50 anos do professor André Nicolitt*, Belo Horizonte–São Paulo, D’Plácido, 2023, pp. 227–238.
- J. N. Miranda Coutinho, “Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: Jouisance”, in Paula R. Ballesteros (a cura di), *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*, Santiago, CEJA, 2017, pp. 65–75.

- J. N. Miranda Coutinho, “Sistema acusatório e julgamento colegiado em primeiro grau: o que Lenio Streck tem a ver com isso?”, *Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas*, vol. 7, 2022, pp. 173–190.
- J. N. Miranda Coutinho, “Uma breve síntese histórica-filosófica-jurídica-processual sobre os sistemas processuais penais”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 185, anno 29, novembre 2021, pp. 101–114. Disponibile all’indirizzo: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=D-TR-2021-47611> (accesso 11 aprile 2025).
- J. N. Miranda Coutinho, “Un parallelo tra «Mani pulite» e Lava Jato in Brasile”, *Critica del Diritto*, n. 2, luglio–dicembre 2018, pp. 66–83.
- S. F. Moro, “Considerações sobre a operação Mani pulite”, *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, luglio–settembre 2004, pp. 56–62.
- N. Ordine, *A utilidade do inútil: um manifesto*, trad. di Luiz Carlos Bombassaro, Rio de Janeiro, Zahar, 2016.
- E. Pacelli, *Curso de processo penal*, 21^a ed., São Paulo, Atlas, 2017.
- A. G. Pilati, *Juízo de admissibilidade da ação penal à luz da democracia processual penal: exercício do contraditório prévio e dever de motivação*, tesi di master, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2015.
- C. M. Poli, *O inquérito policial e sua utilização na fase processual penal: (des)conformidade com o devido processo legal*, tesi di master, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2015.
- C. M. Poli e M. A. N. Silveira, “O contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação”, *Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, vol. 1, n. 12, 2010, pp. 123–140.
- C. M. Poli, *Sistemas processuais penais*, 2^a ed., Curitiba, Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

- G. Prado, *Curso de Processo Penal. Tomo I – Fundamentos e Sistema*, Rio de Janeiro, Marcial Pons, 2024.
- G. Prado, “Operación Lava Jato y el debido proceso legal: opinión jurídica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Judicatus – Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León*, 3ª época, anno 6, n. 12, luglio–dicembre 2018, pp. 55–107.
- A. Quijano, *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 117–142.
- A. M. Rosa, *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.
- M. Santos – M. L. Silveira, *O Brasil: Território e sociedade no início do século XXI*, 9ª ed., Rio de Janeiro – São Paulo, Editora Record, 2006.
- M. Semer, *Os paradoxos da justiça: judiciário e política no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Contracorrente, 2021.
- J. A. Silva, “Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, anno 47, n. 187, luglio–settembre 2010, pp. 137–154.
- M. A. N. Silveira, “A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro”, *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 67, gennaio–febbraio 2015, pp. 264–275.
- M. A. N. Silveira, “A etapa intermediária e o juiz das garantias no processo penal brasileiro: um passo importante e insuficiente”, *Justiça do Direito*, vol. 33, n. 3, settembre–dicembre 2019, pp. 189–221.
- M. A. N. Silveira – D. N. M. Comar, “O juiz de garantias e o Supremo Tribunal Federal: uma vitória de Pirro”, *Boletim IBCCRIM*, vol. 31, n. 373, 2023, pp. 20–26. DOI: 10.5281/zenodo.10188775. Disponibile all’indirizzo: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/781 (accesso 11 aprile 2025).

- L. L. Streck, “O juiz das garantias e os três amores”, *Revista Consultor Jurídico*, 22 agosto 2023. Disponibile all’indirizzo: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-22/lenio-streck-juiz-garantias-tres-amores/> (accesso 11 aprile 2025).
- M. Tahan, *O homem que calculava*, 58ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2002.
- N. Távora – R. R. Alencar, *Curso de Direito Processual Penal*, 3ª ed., Salvador, JusPodivm, 2009.
- F. C. Tourinho Filho, *Processo penal*, vol. I, 32ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- V. G. Vasconcellos, *Acordo de não persecução penal*, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2024.

Articoli

END HUNGER IN CALIFORNIA ACT OF 2024 (ASSEMBLY BILL NO. 1961): LEGAL STRATEGIES FOR FOOD AND NUTRITION SECURITY

João Marcel Evaristo Guerra

Ph.D. Candidate in Law

ORCID: 0009-0002-7911-5857

National University of Mar del Plata (055eqsb67)

joaomarcelguerra@gmail.com

ABSTRACT

With due proportions, hunger is an issue that affects vulnerable human groups in Europe, America, Africa, Asia and Oceania, that is, all over the world. Furthermore, it can also be considered a violation of the Human Right to Adequate Food, as established in International Human Rights Treaties and in domestic legal systems of various countries. Aiming to address this situation, California Assembly Bill No. 1961 (End Hunger in California Act of 2024) has introduced strategic mechanisms to ensure access to food for the vulnerable Californian population. In this context, this research aims to analyze the aforementioned legislative proposal, focusing on the identification of the innovations present in that normative proposal that could inform food public policies or food legislative solutions in legal systems of other countries where vulnerable population segments still experience violations of the Human Right to Adequate Food. Through a methodology combining documental,

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 30/12/2025



Milano University Press

telematic, and descriptive research, two strategies were identified: (i) focus on combating food racism and (ii) focus on addressing food deserts.

Keywords: Hunger; Human Right to Adequate Food; End Hunger in California Act of 2024; Food Racism; Food Deserts.

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024 – 3. A normative focus on addressing food racism experienced by highly vulnerable racialized minorities – 4. A normative focus on eradicating hunger by addressing food deserts – 5. Conclusion – Bibliography

1. INTRODUCTION

Food and nutrition security may be defined as the concrete realization of the Human Right to Adequate Food. It is characterized by the physical, social, and economic availability of, and universal, regular, and permanent access to, culturally acceptable foods of recognized quality (both in terms of safety and nutritional value) in sufficient quantities to meet dietary needs and food preferences, thereby enabling an active and healthy life¹.

Whenever any element of the aforementioned concept is absent (such as a reduction in the quality or quantity of food, or uncertainty regarding the regularity of availability or future access to food) a situation of food and nutrition insecurity is identified². Hunger, characterized by a condition of severe food scarcity, is considered the most extreme manifestation of food and nutrition insecurity³.

California is the American state with the largest gross domestic product, according to the Bureau of Economic Analysis⁴, estimated at \$3.8 trillion in 2023. Comparatively, if it were a sovereign country, California would have had the 5th largest economy in the world since 2017, behind only Japan, Germany, China, and the United States itself. However, California's wealth does not reflect the food and nutrition security of its residents: currently, 20% of the population experiences food and nutrition insecurity⁵, meaning one in five Californians is denied the fundamental right of access to sufficient quality food, continuously, without compromising other

¹ United Nations (UN), *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant)*, United Nations Press, New York City, 1999.

² W. Peng, E. M. Berry, *The concept of food security*, in: *Encyclopedia of food security and sustainability*, 2019, vol. 2, n. 1, pp. 1-7.

³ J. M. E. Guerra, *Teoria Cúbica do Direito Humano à Alimentação Adequada: reflexões acerca do parâmetro de adequação, a partir de diplomas normativos e interpretativos internacionais*, in *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*, 2025, vol. 16, n. 1, pp. 1-31.

⁴ California, *California remains the world's 5th largest economy*, in *Governor Gavin Newsom*, 24.12.2024.

⁵ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, California Legislative Information, Sacramento – CA, 2024.

basic needs, based on dietary practices that enable the healthy reproduction of the human organism, thereby contributing to a dignified existence⁶.

Food and nutrition insecurity violates the Human Right to Adequate Food, an essential right to a dignified life, as stipulated in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁷. According to Article 11 of this covenant, the States Parties recognize the right of everyone to an adequate standard of living for themselves and their family, including adequate food, and will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing the essential importance of international cooperation based on free consent. Likewise, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, the States Parties shall take, individually and, through international cooperation, the necessary measures, including specific programs to: i) Improve the methods of production, conservation, and distribution of food by making full use of technical and scientific knowledge, disseminating nutritional education principles, and improving or reforming agrarian systems to ensure the most efficient exploitation and utilization of natural resources; ii) Ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to needs, taking into account the problems of both food-importing and food-exporting countries⁸.

Although the United States of America signed the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in 1977, it has not ratified it⁹. However, the protection of the right to food is enshrined in various legal norms of the United States and California. Specifically, in California, at least four provisions of the Constitution of California¹⁰ explicitly mention the term *food* and the right to food can also be inferred from the *pro homine* interpretation of Article 1 of the local constitution¹¹, which states that all people are by nature free and independent and have inalienable rights, including the right to enjoy life and liberty and to pursue and obtain happiness¹². It is impossible to enjoy life and liberty or obtain happiness on

⁶ K. Schroeder, A. Smaldone, *Food insecurity: a concept analysis*, in *Nursing forum*, 2015, vol. 50, n. 4, pp. 274–284.

⁷ United Nations (UN), *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, United Nations Press, New York City, 1966.

⁸ United Nations (UN), *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *cit.*

⁹ Food and Agriculture Organization (FAO), *The right to food around the globe*, FAO Press, Rome, 2024a.

¹⁰ California, *Constitution of California*, California Legislative Information, Sacramento - CA, 1878.

¹¹ California, *Constitution of California*, *cit.*

¹² California, *Constitution of California*, *cit.*

an empty stomach. Furthermore, regarding existing norms related to the right to food, California has the *California Retail Food Code (CalCode)*, part of the *California Health and Safety Code (HSC)*¹³, which establishes, among other regulations, the requirements necessary for the installation and operation of food retail in the state¹⁴, with the aim of ensuring food and nutrition security for the population.

To enhance the block of norms aimed at protecting and realizing the right to food in that state, on January 29, 2024, State Assembly Members Buffy Wicks and Esmeralda Soria, both Democrats, introduced Assembly Bill No. 1961 (AB 1961), which proposed the creation of the End Hunger in California Act of 2024¹⁵.

The bill was vetoed on September 27, 2024, by California Governor Gavin Newsom, also a Democrat, under the allegation of significant fiscal implications and budgetary issues and thus did not become law¹⁶.

According to the Governor's veto message, California already has programs in place to address hunger, and the costs resulting from the approval of that bill would carry significant fiscal implications that were not originally included in the state budget. Such expenditures could jeopardize the preservation of investments in key areas such as education, health care, climate, public safety, housing, and social services, on which millions of Californians rely on¹⁷.

As evidenced, the rationale behind the veto rests predominantly on fiscal and budgetary grounds, with no substantive objections raised regarding the potentially beneficial nature of the normative guidelines contained in the proposed legislation. In this context, the present study offers a contribution to the broader discourse surrounding the urgency and necessity of enhancing legislative frameworks and public policy measures aimed at combating hunger.

In this sense, this article aims to analyze the text of Assembly Bill No. 1961, which sets forth the End Hunger in California Act of 2024. It focuses on identifying the innovative elements within this normative proposal that could inform food public pol-

¹³ M. L. Pinkerton, *Indiscriminate punishment of drug users: California Health and Safety Code Section 11550*, in *McGeorge Law Review*, 1978, vol. 9, n. 2, pp. 754–774.

¹⁴ J. Abrams. *California Retail Food Code: A description of its development, purposes, benefits and significant points*, in *Journal Association of Food and Drugs Officials*, 2003, vol. 67, n. 4, pp. 76–106.

¹⁵ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, *cit.*

¹⁶ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, *cit.*

¹⁷ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, *cit.*

icies or legislative solutions in legal systems of other countries, particularly those where vulnerable population segments still experience violations of the Human Right to Adequate Food, similar to the 20% of Californians living in food and nutrition insecurity

To achieve this purpose, the research employs a methodology that is: i) descriptive, as it describes innovations identified in Assembly Bill No. 1961; ii) documentary, as it analyzes a document, namely the End Hunger in California Act of 2024 proposal, and iii) telematic, since the document under study is in digital format, stored in digital databases maintained by the state of California.

This study advances the hypothesis that the End Hunger in California Act of 2024 encompasses innovative legal mechanisms that may inform the development of food-related public policies or legislative solutions in the legal systems of other countries, particularly those in which vulnerable population segments continue to face violations of the Human Right to Adequate Food.

To verify this hypothesis, the method to be used involves a detailed reading and analysis of the End Hunger in California Act of 2024, extracting from this legislative proposal the strategic innovations aimed at eradicating hunger. Preliminary results have identified two innovations: i) a normative focus on addressing food racism found in the reality of food and nutrition insecurity among highly vulnerable racialized minorities, and ii) a normative focus on eradicating hunger by addressing food deserts.

The article is structured with an introduction, three development sections, and conclusions. The first development section explains the End Hunger in California Act of 2024, while the following two sections discuss each of the aforementioned innovations identified in the legislative proposal.

The research justification lies in the urgent need to critically assess the current set of norms structuring public policies aimed at addressing food and nutrition insecurity and eradicating hunger, considering that around the world, in 2023, approximately 733 million people experienced hunger, equivalent to one in 11 people globally¹⁸. If current trends persist, around 582 million people will suffer from chronic undernourishment by 2030¹⁹.

¹⁸ Food and Agriculture Organization (FAO), *Hunger numbers stubbornly high for three consecutive years as global crises deepen*, FAO Press, Rome, 2024b.

¹⁹ Food and Agriculture Organization (FAO), *Hunger numbers stubbornly high for three consecutive years as global crises deepen*, *cit.*

Finally, it is worth noting that the source of this research is Assembly Bill No. 1961, which outlines the End Hunger in California Act of 2024 (terms that are employed interchangeably in the present study), and the theoretical framework upon which this source will be examined will utilize concepts and categories such as food and nutrition security and insecurity; hunger; food racism, food deserts and necropolitics, drawn from books and scientific journals.

2. ASSEMBLY BILL NO. 1961: END HUNGER IN CALIFORNIA ACT OF 2024

As mentioned earlier, although it did not become law, Assembly Bill No. 1961 introduced several strategic innovations that can be observed by legal systems of countries worldwide, as it conveys the public authorities' acknowledgment of the urgency and necessity of establishing programmatic norms aimed at overcoming hunger in local contexts.

The justification for the California bill highlights that one in five Californians experiences a reality of food insecurity²⁰ and that the lack of access to healthy and culturally acceptable food causes significant health, educational, and social issues, which burden society as a whole. Due to hunger, the vulnerable population segment ends up needing assistance programs managed by the public authorities and funded by taxpayers. In this sense, the bill's justification recognizes that hunger among the vulnerable population represents a significant financial burden on Californian taxpayers. For example, the justification states that health care costs associated with food insecurity cost California more than \$7 billion annually, more than any other state in the United States. Similarly, it points out that severe food and nutrition insecurity in childhood can impact a person's health and mental well-being for the rest of their life, leading to long-term academic and economic consequences²¹.

The justification for Assembly Bill No. 1961 also notes that California produces more food than would be necessary to feed the entire state's population, recognizing at this point that local food insecurity results from a physical, economic, and cultural failure in food distribution and access. Given these findings, the justification for the

²⁰ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, *cit.*

²¹ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, *cit.*

bill continues by stating that the state lacks an effective plan for realizing the Human Right to Adequate Food, meaning there is no public strategy to ensure access to adequate, nutritious, and sustainably grown food in all communities across the state²².

In its conclusion, the justification for the End Hunger in California Act proposal acknowledges that the state must support a process in which food system stakeholders will engage and collaborate at local, regional, and state levels to remove barriers to access to adequate, nutritious, and culturally appropriate food and to ensure a sustainable food system focused on food availability for all local communities²³.

In the body of Assembly Bill No. 1961, to implement the hunger eradication strategy, the bill proposes an amendment to the California Welfare and Institutions Code (WIC), introducing provisions that create a master plan focused on food and nutrition security in California (referred to as the End Hunger in California Master Plan). One of the pillars of this master plan is the creation of a council (referred to as the End Hunger in California Master Plan Task Force), responsible for making recommendations regarding access to healthy and culturally acceptable food for all Californians²⁴.

The End Hunger in California Master Plan Task Force will comprise 25 members from the public and private sectors, as well as the Tertiary sector, which includes private, non-profit organizations that seek collective benefits, although they are not part of the government²⁵.

Public sector members of the End Hunger in California Master Plan Task Force will include representatives from the State Department of Food and Agriculture; the State Department of Public Health; the State Department of Education; and the Governor's Office of Business and Economic Development, among others. The private sector will include three farmers, at least one of whom has experience with issues affecting socially disadvantaged farmers or ranchers; two representatives of Native American, tribal, or indigenous groups; and two food retailers, among others. Finally, the Tertiary sector will include three representatives of labor organizations or community-based organizations representing workers in food-related

²² California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, *cit.*

²³ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, *cit.*

²⁴ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, *cit.*

²⁵ C. E. G. Silva, *Management, legislation and funding sources in the Brazilian third sector: a historical perspective*, in *Revista de Administração Pública*, 2010, vol. 44, n. 6, pp. 1301–1325.

areas, including, but not limited to, agriculture, food packaging, grocery, and human services programs; three representatives of state and local community nonprofit organizations that work with and advocate for food access, including individuals with expertise in urban agriculture, farmers' markets, and regional food systems; one representative of community organizations or non-profits with expertise in school food programs, after school programs, or summer meal programs; and three representatives of anti hunger organizations and county welfare administrators, including organizations that operate food banks, among others²⁶.

The representative of the California Department of Food and Agriculture will act as the convener and chair of the End Hunger in California Master Plan Task Force, assisting the council in executing its tasks. The council will meet at least twice a year and may form ad hoc advisory committees to gather additional insights on specific issues related to strategies for ensuring access to healthy and culturally acceptable food for all Californians²⁷.

The End Hunger in California Master Plan Task Force will address, among other topics: i) existing food deserts in California and the barriers faced by retailers and other food distributors in these sociology-geographic areas, developing strategies to maximize the participation of Californians eligible for federal food and nutrition program benefits; ii) recommendations for improving food access, including funding alternative food retail models, focusing on those that support local producers, non-profits, worker cooperatives, and local or tribal governments; iii) setting proposals and implementation mechanisms to ensure California can eradicate hunger, including objectives related to eliminating food deserts using various strategies to address urban, suburban, and rural food deserts and partnering with local and tribal governments—while respecting the sovereignty of California's indigenous tribes; iv) analyzing state programs currently investing in regional food systems, food access, climate-smart agriculture, and workforce development for the food sector, including data on how these programs can better address community gaps; and v) developing a strategy to ensure that food distribution and retail establishments in food deserts return profits and investments to local communities, employ local populations with fair wages and benefits, and prioritize purchasing food from local farmers²⁸.

²⁶ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, cit.

²⁷ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, cit.

²⁸ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, cit.

3. A NORMATIVE FOCUS ON ADDRESSING FOOD RACISM EXPERIENCED BY HIGHLY VULNERABLE RACIALIZED MINORITIES

One strategic innovation of Assembly Bill No. 1961 is its focus on addressing food racism. The justification for the California bill points out that hunger disproportionately affects Californian population based on ethnic and racial markers, indicating that the economic and historical disadvantages faced by non-white communities—comprising Black, Latino, Asian, and especially Indigenous people—extend beyond lower wages, impoverished households, lack of infrastructure, or reduced purchasing power compared to the white population. The cycle of disadvantages faced by these non-white segments includes their prevalence in food and nutrition insecurity.

In this context, the explanatory statement of the End Hunger in California proposal indicates that 40% of Black families and 30% of Latino families are in food and nutrition insecurity, a higher percentage than white families in California²⁹. Supporting these data, the justification for Assembly Bill No. 1961 notes that in Los Angeles County, 92% of Native American (indigenous) families live with food insecurity, making the indigenous minority in Los Angeles one of the most affected by hunger in the entire United States³⁰.

Food racism should be conceived as one of the manifestations of structural racism, a social phenomenon that, according to Odoms-Young and Bruce³¹, can be defined as the totality of ways in which societies promote negative discrimination against certain social segments through discriminatory institutions whose actions mutually reinforce each other, forming an unjust system against the discriminated group, based on deeply rooted historical and contemporary policies and practices.

According to Guerra³², all the people experiencing food and nutrition insecurity should be considered vulnerable. However, within the vulnerable population, Black, Indigenous, and other marginalized ethnic groups constitute a highly vulnerable seg-

²⁹ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, *cit.*

³⁰ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, *cit.*

³¹ A. Odoms-Young, M. A. Bruce, *Examining the impact of structural racism on food insecurity: Implications for addressing racial/ethnic disparities*, in *Family & Community Health*, 2018, vol. 41, pp. 3–6.

³² J. M. E. Guerra, *Protonormativas Brasileiras de Enfrentamento da Fome: Direito à alimentação, nutrição ou racismo alimentar?*, in *Revista Juris UniToledo*, 2024b, vol. 9, n. 1, pp. 1–27.

ment, with a higher prevalence of violations of the right to food and a significantly greater proportion of racialized individuals affected by hunger compared to white individuals.

The high vulnerability of the racialized segment often makes Black, Latino, Asian, and Indigenous individuals more frequent victims of hunger than whites, which can also be explained by other specific discriminations, such as poverty, unemployment, and incarceration policies, that disproportionately affect the racialized segment, making it more challenging for this group to have uninterrupted physical and economic access to culturally and health-appropriate food or to obtain it through dignified means³³.

The relationship between vulnerable races and ethnicities and food insecurity is complex because it is based on intersectionality. It does not end solely with the violation of the right to food but, by challenging the understanding of other vulnerability markers, exposes that the most significant factors of food insecurity prevalence among highly vulnerable racialized groups revolve around the concentration of social and economic disadvantages within these segments³⁴, creating a racialized vulnerability within the vulnerable segment or, in practice, subjecting highly vulnerable racialized individuals to food and nutrition insecurity at a much higher proportion compared to non-racialized vulnerable individuals³⁵.

In the case of the California bill, one of the strategies adopted to address food racism was to mandate the participation of two representatives of Native American, tribal, or indigenous groups in the End Hunger in California Master Plan Task Force, the collegiate body mentioned in the previous section. This measure for this highly vulnerable segment is highly significant, as the bill's explanatory statement highlights that within the indigenous category, there is a concerning proportion of families subjected to food and nutrition insecurity³⁶, a fraction possibly higher than other highly vulnerable groups, such as Blacks, Latinos, and Asians. The idea of having Indigenous representatives on the council responsible for managing public

³³ J. M. E. Guerra, *Protonormativas Brasileiras de Enfrentamento da Fome: Direito à alimentação, nutricional ou racismo alimentar?*, cit., pp. 1–27.

³⁴ A. Odoms-Young, M. A. Bruce, *Examining the impact of structural racism on food insecurity: Implications for addressing racial/ethnic disparities*, cit., pp. 3–6.

³⁵ J. M. E. Guerra, *Protonormativas Brasileiras de Enfrentamento da Fome: Direito à alimentação, nutricional ou racismo alimentar?*, cit., pp. 1–27.

³⁶ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, cit.

policies related to hunger eradication demonstrates a normative concern to strengthen the identities and ancestries of this historically marginalized segment when realizing the human right to adequate food, addressing food and nutrition insecurity that disproportionately affects the Californian population based on discriminatory markers, including those of an ethnic-racial nature.

In line with the strategy of Assembly Bill No. 1961 to eradicate hunger through the confrontation of food racism, the End Hunger in California Act normatively establishes that the actions of the Californian public authorities to overcome food insecurity in that American state must be based on three principles: (i) geographical diversity, ensuring attention to urban, suburban, and rural areas; (ii) racial and ethnic diversity, ensuring the effectiveness of the rights of racial and ethnic communities disproportionately affected by food insecurity; and (iii) the identification and facilitation of stakeholder involvement in local initiatives addressing food insecurity and regional food systems.

Analyzing these principles, it becomes evident that California seeks to establish a series of positive discriminations, that is, to prioritize the allocation of resources and efforts to correct a historical negative discrimination of an ethnology-racial nature, promoting the participation of minorities in society, guaranteeing historically disrespected or overlooked rights in favor of these minorities, with the aim of fostering equity and advancing the rights of these historically discriminated groups. In the field of law and public policy, such measures are referred to as Affirmative Actions³⁷.

In addition to the normative mandate to ensure the participation of minority groups, such as Indigenous peoples, in the collegiate body responsible for managing the public policy aimed at eradicating hunger in California, another manifest of the affirmative action outlined in Assembly Bill No. 1961 is the strengthening of local food systems as an alternative to the big food companies, which can be conceptualized as multinational corporations that dominate the global food and beverage industry, characterized by mass production and distribution of highly processed, packaged, and shelf-stable foods³⁸.

³⁷ P. Brest, M. Oshige, *Affirmative action for whom?*, in *Stanford Law Review*, 1995, vol. 47, n. 5, pp. 855-900.

³⁸ J. Clapp, G. Scrinis, *Big food, nutritionism, and corporate power*, in *Globalizations*, 2017, vol. 14, n. 4, pp. 578-595.

According to Tibério, Baptista and Cristóvão³⁹, local food systems represent a set of interconnected activities where the production, processing, distribution, and consumption of food products aim to promote the sustainable use of a territory's environmental, economic, social, and nutritional resources. Recognized as a union of localized interests, local food systems strengthen relationships between the respective intervening agents, empowering communities.

Applying this concept in historically marginalized communities becomes a true social transformation tool, allowing for social benefits (through the reinforcement of cohesion in territories where low agricultural activity incomes encourage emigration and the possibility of promoting fresh, healthy, traceable products to end consumers); cultural benefits (allowing for diversifying product offerings and preserving traditional plant and animal production systems, promoting local community cohesion); economic benefits (adding value to local productions and broadening the spectrum of products offered at lower costs, given the elimination or reduction, for example, of transportation, mechanization of operations, or agrochemical use costs); and environmental benefits (enabling less polluting agriculture, transportation, and trade by favoring less intensive production systems based on resource conservation)⁴⁰.

It is noteworthy how the normative recognition of food racism and the need to address it in the End Hunger in California proposal directly dialogues with the concept of necropolitics, coined by Cameroonian philosopher Achille Mbembe⁴¹, which refers to the organization of power where the state of exception becomes prevalent, subjecting lives to the power of death⁴².

In summary, necropolitics refers to the political and social power, orchestrated by state entities, aimed at segmenting which social groups should remain alive and which should die⁴³. The materialization of necropolitics, through omissions and actions, allows the State to create, for example, risk conditions for vulnerable

³⁹ L. Tibério, A. Baptista, A. Cristóvão, *Sistemas agroalimentares locais e comercialização em circuitos curtos de proximidade*, in *Rede Rural Nacional*, 2013, vol. 3, pp. 1–6.

⁴⁰ L. Tibério, A. Baptista, A. Cristóvão, *Sistemas agroalimentares locais e comercialização em circuitos curtos de proximidade*, cit., pp. 1–6.

⁴¹ Mbembe, A., *Necropolitics*, Duke University Press, Durham, 2020, p. 12.

⁴² R. Predes, *Collateral life and death: notes on militarization and war on crime in Rio de Janeiro*, in *Mosaico*, 2019, vol. 11, n. 17, pp. 277–287.

⁴³ A. Mbembe, *Necropolitics*, cit., p. 13.

groups, establishing contexts of discrimination and inequality, exclusion zones, poverty pockets, and territories where death (including that resulting from hunger) are natural consequences of precarious living conditions. In this context, reversing food and nutrition insecurity for racialized, highly vulnerable, and territorialized social groups is, above all, reversing a scenario of necropolitics⁴⁴.

Why does the focus on combating food racism present in Assembly Bill No. 1961 emerge as a strategic alternative for the objective of eradicating hunger in other legal systems around the world? The answer is simple: food racism, characterized by the prevalence of minority groups subjected to hunger, is a reality not only in California, in the United States of America but also in various other countries.

Citing a Latin American example of the practical manifestation of food racism, one can refer to the situation of the Black population in Brazil⁴⁵. In this country, in 2022, only 35% of households whose heads identified as Black were in a situation of food and nutrition security, whereas in households whose heads identified as White, the percentage reached 53.2%. When comparing the realities of households headed by White individuals and those headed by Black individuals (the latter being historically marginalized minority groups), the prevalence of the latter in conditions of food and nutrition insecurity demonstrates that the Brazilian food vulnerability is, above all, guided by an ethnology-racial marker. In essence, this can be regarded as a clear case of food racism⁴⁶.

Turning to a European example of practical manifestation of food racism, Romani population serves as another instance of an ethnology-racial minority facing food vulnerability in several European countries. In the context of food vulnerability, in Slovakia, the proportion of Romani households with children experiencing hunger is 12 times higher than that of non-Romani households with children. In Italy, the disparity is even more alarming: the proportion of Romani households with children experiencing hunger is 40 times greater than that of non-Romani households⁴⁷. Again, the prevalence of the Romani minority in conditions of food

⁴⁴ A. Mbembe, *Necropolitics*, cit. p. 16.

⁴⁵ J. M. E. Guerra, *Protonormativas Brasileiras de Enfrentamento da Fome: Direito à alimentação, nutricional ou racismo alimentar?*, cit., pp. 1–27.

⁴⁶ J. M. E. Guerra, *Protonormativas Brasileiras de Enfrentamento da Fome: Direito à alimentação, nutricional ou racismo alimentar?*, cit., pp. 1–27.

⁴⁷ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Poverty and employment: the situation of Roma in 11 EU Member States*, FRA Press, Vienna, 2014.

and nutrition insecurity is evident, confirming that the food vulnerability of the European Romani population is also guided by an ethnology-racial marker. In essence, this, too, can be considered a clear case of food racism.

With strategies such as the mandatory normative participation of Californian communities most subjected to food and nutrition insecurity conditions (notably Indigenous people) in forming the fundamental political will to overcome hunger, as well as ensuring in this political will the diversity of historically underrepresented ethnic and racial groups, and the possibility of altering the local reality through democratizing regular and continuous access to nutritious, health and culturally appropriate food, respecting the sociology-cultural peculiarities of each of these groups and, finally, the strengthening of local food systems, it is perceptible that the objective of eradicating hunger by addressing food racism, as stated in Assembly Bill No. 1961, can also guide the improvement of legislation in other countries.

4. A NORMATIVE FOCUS ON ERADICATING HUNGER BY ADDRESSING FOOD DESERTS

Another innovation of Assembly Bill No. 1961 is defining a strategy to combat hunger by eliminating food deserts. In addition to the quest to eliminate food deserts, the End Hunger in California proposal establishes an objective of removing barriers to access to adequate, nutritious, and culturally appropriate food for the Californian population as a tool to ensure a sustainable food system and to make effective the Human Right to Adequate Food to the local vulnerable population.

The bill stipulates, when instituting the master plan for hunger eradication in California, that it is responsible for listing and mapping the food deserts in the state and, if unable to eliminate them entirely, developing an appropriate strategy for the local population. Master plan is also responsible for identifying existing barriers that hinder or prevent retailers and other food distributors from accessing areas recognized as food deserts.

According to Assembly Bill No. 1961, barriers to food access are based on, for example, lack of infrastructure for production, commerce, and distribution; shortage of capital for food production and the acquisition of relevant production inputs; labor shortage for production, transportation, and commerce; high real estate

costs for production, commerce, and distribution; legal requirements imposed by local or state regulations; limitations in the public transportation system; transportation costs for consumers; and food distribution costs, including storage and depot costs⁴⁸. All these factors contribute to the final price of food and, when high, make food inaccessible or unaffordable for the population.

To address this situation, the End Hunger in California Master Plan is tasked with setting objectives related to eliminating urban, suburban, and rural food deserts and the indicators for meeting these targets, as well as establishing partnership strategies with local and tribal governments to eradicate hunger, with special attention to respecting tribal sovereignty in the indigenous segment. Finally, one of the master plan's objectives in addressing food deserts involves ensuring that public investments return to local communities. This return can occur, for example, by employing local labor in food production, distribution, and commerce, employing local populations with fair wages and benefits, and prioritizing purchases from local farmers⁴⁹.

Although there are different understandings in the specific literature on the subject, Beaulac, Kristjansson, and Cummins⁵⁰ state that food deserts—a term that emerged in Scotland in the early 1990s—should be analyzed as areas characterized by the existence of populations relatively deprived of healthy and affordable food, which ultimately contributes to social disparities in diet and health, such as the prevalence of diseases like cardiovascular diseases, malnutrition, and even obesity.

In the realm of food deserts, it is interesting to note once again the alignment of the End Hunger in California proposal's objective and Mbembe's⁵¹ concept of necropolitics. Food deserts are exclusion zones managed by the public authority against vulnerable human groups in a context of discrimination and inequality, where death, including hunger-related death, is a natural consequence of precarious living conditions. The strategy of Assembly Bill No. 1961 to identify and overcome food deserts and the barriers to accessing healthy food reflects California's fight to reduce and possibly dismantle necropolitics territories, reversing food and nutrition insecurity in environments inhabited by vulnerable social groups.

⁴⁸ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, cit.

⁴⁹ California Assembly, *Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024*, cit.

⁵⁰ J. Beaulac, E. Kristjansson, S. Cummins, *A systematic review of food deserts 1966-2007*, in *Preventing Chronic Disease*, 2009, vol. 6, n. 3, pp. 1-10.

⁵¹ A. Mbembe, *Necropolitics*, cit., p. 16.

The primary tool for authentic interpretation of the right to food established in Article 11 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁵² is General Comment No. 12⁵³, issued by the Committee on Economic, Social, and Cultural Rights of the United Nations High Commissioner for Human Rights in 1999. This document, as explained by Guerra⁵⁴, establishes six structural principles of the Human Right to Adequate Food: i) Universal Availability; ii) Stability; iii) Accessibility; iv) Sustainability; v) Cultural Acceptability; and vi) Food Safety. Regarding the notion of food deserts, it is possible to establish a relationship with the violation of at least two of the six structural principles mentioned above: Universal Availability and Food Accessibility.

The Principle of Universal Availability is covered in paragraphs 4 and 18 of General Comment No. 12⁵⁵ and conveys the notion of food as a right for all, with structural normative instruments and public policies on food and nutrition security being guided towards poverty eradication and the realization of this right on a universal level⁵⁶, ensuring that food is available in sufficient quantities and quality to meet the dietary needs of all human beings, free from any discrimination based on nationality, sex, color, race, language, religion, political opinion, birth conditions, or any other social condition that aims to harm or annul the enjoyment or exercise of the human right to adequate food⁵⁷. Food deserts are spaces where food availability is not universal due to a social discriminatory marker, namely the fact that the population is located in poverty-stricken areas.

On the other hand, the Principle of Food Accessibility is addressed in paragraph 13 of General Comment No. 12⁵⁸ and has a dual nature, understood both economi-

⁵² United Nations (UN), *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit.

⁵³ United Nations (UN), *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant)*, United Nations Press, New York City, 1999.

⁵⁴ J. M. E. Guerra, *Entre a Fome e o Silêncio: Uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atinente ao Direito Humano à Alimentação Adequada*, in *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, 2024a, vol. 28, n. 48, pp. 135–156.

⁵⁵ United Nations (UN), *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant)*, cit.

⁵⁶ J. M. E. Guerra, *Entre a Fome e o Silêncio: Uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atinente ao Direito Humano à Alimentação Adequada*, cit., pp. 135–156.

⁵⁷ United Nations (UN), *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant)*, cit.

⁵⁸ United Nations (UN), *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant)*, cit.

cally and physically⁵⁹. Economic accessibility means that the financial, personal, and family costs associated with purchasing food cannot compromise or threaten the satisfaction of other basic needs, such as housing, leisure, security, and transportation⁶⁰. Physical accessibility means that ensuring adequate food should include minimizing physical and social barriers for vulnerable individuals. In this sense, food deserts, as areas of concentrated vulnerable groups, challenge public authorities to adopt special attention and, in certain cases, prioritize accessibility to food through affirmative actions⁶¹, which seems to be the objective of the California legislative proposal.

As mentioned, affirmative actions are characterized by the prioritization of resources and efforts to correct inequalities and promote the participation of minorities in society⁶². Considering that populations located in food deserts are food vulnerable minorities, an affirmative action in favor of these populations would encourage the installation of retailers and other food distributors in food desert regions. In this context, the prioritization of public resources and efforts would correct a socio-economic and geographic inequalities of human groups located in food deserts. This way, an affirmative action against food deserts will implement the Human Right to Food adequate for the population living in these areas.

Why does the concern with addressing food deserts, as outlined in Assembly Bill No. 1961, emerge as a strategic alternative for the objective of eradicating hunger in other legal systems around the world? The answer is simple: food deserts are a phenomenon observed not only in the United States but in practically every country worldwide.

⁵⁹ J. M. E. Guerra, *Entre a Fome e o Silêncio: Uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atinente ao Direito Humano à Alimentação Adequada*, cit., pp. 135–156.

⁶⁰ United Nations (UN), *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant)*, cit.

⁶¹ J. M. E. Guerra, *Entre a Fome e o Silêncio: Uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atinente ao Direito Humano à Alimentação Adequada*, cit., pp. 135–156.

⁶² P. Brest, M. Oshige, *Affirmative action for whom?*, in *Stanford Law Review*, 1995, vol. 47, n. 5, pp. 855-900.

In Latin America, food deserts can be identified in Brazil⁶³, Mexico⁶⁴, Chile⁶⁵ and Paraguay⁶⁶. Citing a European example of food desert occurrence, in the mid-2010s, Slovakia had 198 municipalities (6.8% of the total municipalities in the country) lacking fixed stores dedicated to the sale of food. Consumers in these municipalities were often forced to purchase conventional food products outside their places of residence. These municipalities could be clearly classified as food deserts. A significant concentration of these municipalities was characteristic of eastern Slovakia. Food deserts defined in this way were less numerous in the capital Bratislava region and more numerous in the Prešov region⁶⁷.

In rural areas across several European Union countries, food deserts (characterized by the difficulty of obtaining food and the existence of particular dynamics in food distribution in rural areas)⁶⁸ can be observed. Finland⁶⁹, the Netherlands⁷⁰, France⁷¹,

⁶³ O. S. Honório, M. C. Pessoa, L. H. A. Grato, L. L. Rocha, I. R. R. Castro, D. S. Canella, P. M. Horta, L. L. Mendes, *Social inequalities in the surrounding areas of food deserts and food swamps in a Brazilian metropolis*, in *International journal for equity in health*, 2021, vol. 20, pp. 1–8.

⁶⁴ S. Bridle-Fitzpatrick, *Food deserts or food swamps? A mixed-methods study of local food environments in a Mexican city*, in *Social Science & Medicine*, 2015, vol. 142, pp. 202–213.

⁶⁵ L. Landaeta-Díaz, F. Vergara-Perucich, C. Aguirre-Núñez, F. Ulloa-Leon, *Mapping Nutritional Inequality: A Primary Socio-Spatial Analysis of Food Deserts in Santiago de Chile*, in *Urban Science*, 2024, vol. 8, n. 3, pp. 1–16.

⁶⁶ M. Gartin, *Food deserts and nutritional risk in Paraguay*, in *American Journal of Human Biology*, 2012, vol. 24, n. 3, pp. 296–301.

⁶⁷ K. Bilková, F. Križan, *Mapping of grocery stores in Slovak countryside in context of food deserts*, in *Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis*, 2015, vol. 63, n. 5, pp. 1633–1638.

⁶⁸ G. Ramos-Truchero, *From Food Deserts to Food Access: Methodological and Theoretical Considerations for Research in Sparsely Populated Rural European Areas*, in *European Countryside*, 2024, vol. 16, n. 3, pp. 500–512.

⁶⁹ N. Home, *Rural consumers' patronage behaviour in Finland*, in *The International Review of Retail, Distribution and Consumer Research*, 2002, vol. 12, n. 2, pp. 149–164.

⁷⁰ See W. M. De Vries, E. van der Veen, B. B. Bock, S. Christiaanse, T. Haartsen, *The perceived importance of facilities for rural citizen in Fryslân, the Netherlands*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, 2016, vol. 19, n. 3, pp. 119–137 and J. Gieling, T. Haartsen, L. Vermeij, *Village facilities and social place attachment in the rural Netherlands*, in *Rural Sociology*, 2019, vol. 84, n. 1, pp. 66–92.

⁷¹ S. Gojard, B. Véron, *Shopping and cooking: the organization of food practices, at the crossing of access to food stores and household properties in France*, in *Review of Agricultural, Food and Environmental Studies*, 2018, vol. 99, pp. 97–119.

Sweden⁷², Germany⁷³, Poland⁷⁴, Spain⁷⁵, and Slovakia⁷⁶ are countries where it is possible to find food deserts. In these localities, in addition to the need for daily food reorganization by their residents, the challenge of obtaining food is further exacerbated by the progressive aging of rural populations⁷⁷, representing an issue that must be urgently addressed by local public authorities.

The norms related to reducing food barriers and addressing food deserts in the California bill (embodied in the duty to map existing food deserts in California and the responsibility to identify and eliminate or minimize the barriers preventing retailers and other food distributors from accessing food deserts, both responsibilities of the End Hunger in California Master Plan) serve as concrete guidelines for public authority actions, minimizing discretion and virtually eliminating subjectivities of the agents involved, whose actions are now guided by a fundamental objective: to ensure food as a right for the vulnerable Californian population living in food desert contexts.

5. CONCLUSION

In light of the comprehensive analysis presented herein, it is evident that the study's objective was duly achieved, thereby confirming the initial hypothesis posited. Indeed, the End Hunger in California Act of 2024 encompasses innovative legal mechanisms that have the potential to inform the development of food-related public policies and legislative solutions within the legal frameworks of other nations,

⁷² J. Amcoff, *Food deserts in Sweden? Access to food retail in 1998 and 2008*, in *Geografiska Annaler: Series B, Human Geography*, 2017, vol. 99, n. 1, pp. 94–105.

⁷³ U. Jürgens, 'Real' versus 'mental' food deserts from the consumer perspective—concepts and quantitative methods applied to rural areas of Germany, in *Die Erde*, 2018, vol. 149, n. 1, pp. 25–43.

⁷⁴ M. Twardzik, K. Heffner, *Small towns and rural areas – as a prospective place of modern retail trade formats in Poland*, in *European Countryside*, 2019, vol. 11, n. 1, pp. 74–84.

⁷⁵ G. Ramos Truchero, *Dinámicas de abastecimiento alimentario en las zonas rurales españolas: resolviendo la comida diaria cuando faltan las tiendas*, in *Panorama Social*, 2020, vol. 31, pp. 87–100.

⁷⁶ See M. Hrivnák, P. Moritz, J. Jarábková, *Urban outshopping in rural Slovakia*, in *European Countryside*, 2023, vol. 15, n. 1, pp. 34–48 and M. Trembošová, I. Jakab, P. Forgáč, *Shopping behavior and access to food in the areas of Slovakia with dispersed settlements: A case study*, in *European Countryside*, 2023, vol. 15, n. 1, pp. 66–98.

⁷⁷ G. Ramos-Truchero, *From Food Deserts to Food Access: Methodological and Theoretical Considerations for Research in Sparsely Populated Rural European Areas*, in *European Countryside*, 2024, vol. 16, n. 3, pp. 500–512.

particularly those where vulnerable population segments continue to endure violations of the Human Right to Adequate Food.

Regarding the strategy to combat hunger through addressing food racism embedded within the lived experience of food and nutritional insecurity among highly vulnerable racialized minorities, this research reveals that the establishment of practical directives (such as the strengthening of local food systems and the mandatory reservation of seats for representatives of highly vulnerable racialized communities) ensuring the participation of ethnic-racial groups most susceptible to food and nutrition insecurity in collegial governing bodies responsible for safeguarding the right to food, emerges as a potentially efficacious measure in the teleology of overcoming racialized hunger.

Finally, the strategy aimed at eradicating hunger by confronting food deserts (territorial spaces characterized by the marginalization of populations from access to healthy and affordable foods and marked by social disparities in diet and health) also emerges as a potentially beneficial innovation aligned with the teleological goal of overcoming hunger.

It is important to underscore that, while these innovative strategies hold potential benefits, based on an inductive prognostic judgment, their direct transplantation to other countries must be approached with caution. Such transpositions risk overlooking critical contextual variables, including constitutional frameworks, participatory democratic instruments, the role of distinct constitutional rights, and diverse social and institutional contexts. Nevertheless, it cannot be disregarded that the Californian innovations may represent a valuable model to inform food policy and legislative solutions in other legal systems facing analogous challenges related to the pertinence of hunger and other forms of food and nutritional insecurity, thereby enabling the reevaluation of existing laws and public policies and paving the way toward a future free from hunger.

BIBLIOGRAPHY

- J. Abrams. *California Retail Food Code: A description of its development, purposes, benefits and significant points*, in Journal Association of Food and Drugs Officials, 2003, vol. 67, n. 4, pp. 76–106.
- J. Amcoff, *Food deserts in Sweden? Access to food retail in 1998 and 2008*, in Geografiska Annaler: Series B, Human Geography, 2017, vol. 99, n. 1, pp. 94–105. DOI: 10.1080/04353684.2016.1277076.
- J. Beulac, E. Kristjansson, S. Cummins, *A systematic review of food deserts, 1966-2007*, in Preventing Chronic Disease, 2009, vol. 6, n. 3, pp. 1-10.
- K. Bilková, F. Križan, *Mapping of grocery stores in Slovak countryside in context of food deserts*, in Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis, 2015, vol. 63, n. 5, pp. 1633-1638.
- P. Brest, M. Oshige, *Affirmative action for whom?*, in Stanford Law Review, 1995, vol. 47, n. 5, pp. 855-900.
- S. Bridle-Fitzpatrick, *Food deserts or food swamps? A mixed-methods study of local food environments in a Mexican city*, in Social Science & Medicine, 2015, vol. 142, pp. 202-213.
- California, California remains the world's 5th largest economy, in Governor Gavin Newsom, 24.12.2024.
- California, Constitution of California, California Legislative Information, Sacramento - CA, 1878.
- California Assembly, Assembly Bill No. 1961: End Hunger in California Act of 2024, California Legislative Information, Sacramento – CA, 2024.
- J. Clapp, G. Scrinis, *Big food, nutritionism, and corporate power*, in Globalizations, 2017, vol. 14, n. 4, pp. 578-595.
- W. M. De Vries, E. van der Veen, B. B. Bock, S. Christiaanse, T. Haartsen, *The perceived importance of facilities for rural citizen in Fryslân, the Netherlands*, in Sociologia e Politiche Sociali, 2016, vol. 19, n. 3, pp. 119–137. DOI: 10.3280/SP2016-003008.

- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Poverty and employment: the situation of Roma in 11 EU Member States*, FRA Press, Vienna, 2014.
- Food and Agriculture Organization (FAO), *The right to food around the globe*, FAO Press, Rome, 2024a.
- Food and Agriculture Organization (FAO), *Hunger numbers stubbornly high for three consecutive years as global crises deepen*, FAO Press, Rome, 2024b.
- M. Gartin, *Food deserts and nutritional risk in Paraguay*, in *American Journal of Human Biology*, 2012, vol. 24, n. 3, pp. 296-301.
- J. Gieling, T. Haartsen, L. Vermeij, *Village facilities and social place attachment in the rural Netherlands*, in *Rural Sociology*, 2019, vol. 84, n. 1, pp. 66–92. DOI: 10.1111/ruso.12213.
- S. Gojard, B. Véron, *Shopping and cooking: the organization of food practices, at the crossing of access to food stores and household properties in France*, in *Review of Agricultural, Food and Environmental Studies*, 2018, vol. 99, pp. 97–119. DOI: 10.1007/s41130-018-0068-7.
- J. M. E. Guerra, *Entre a Fome e o Silêncio: Uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atinente ao Direito Humano à Alimentação Adequada*, in *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, 2024a, vol. 28, n. 48, pp. 135–156. DOI: 10.22171/rejunesp.v28i48.
- J. M. E. Guerra, *Protonormativas Brasileiras de Enfrentamento da Fome: Direito à alimentação, nutricídio ou racismo alimentar?*, in *Revista Juris UnifToledo*, 2024b, vol. 9, n. 1, pp. 1–27. DOI: 10.5281/zenodo.14200003.
- J. M. E. Guerra, *Teoria Cúbica do Direito Humano à Alimentação Adequada: reflexões acerca do parâmetro de adequação, a partir de diplomas normativos e interpretativos internacionais*, in *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*, 2025, vol. 16, n. 1, pp. 1-31. DOI: 10.24862/rcdu.v16i1.2028.
- N. Home, *Rural consumers' patronage behaviour in Finland*, in *The International Review of Retail, Distribution and Consumer Research*, 2002, vol. 12, n. 2, pp. 149–164. DOI: 10.1080/09593960210127709.

- O. S. Honório, M. C. Pessoa, L. H. A. Gratão, L. L. Rocha, I. R. R. Castro, D. S. Canella, P. M. Horta, L. L. Mendes, *Social inequalities in the surrounding areas of food deserts and food swamps in a Brazilian metropolis*, in *International journal for equity in health*, 2021, vol. 20, pp. 1–8.
- M. Hrivnák, P. Moritz, J. Jarábková, *Urban outshopping in rural Slovakia*, in *European Countryside*, 2023, vol. 15, n. 1, pp. 34–48. DOI: 10.2478/euco-2023-0003.
- U. Jürgens, *‘Real’ versus ‘mental’ food deserts from the consumer perspective—concepts and quantitative methods applied to rural areas of Germany*, in *Die Erde*, 2018, vol. 149, n. 1, pp. 25–43.
- L. Landaeta-Díaz, F. Vergara-Perucich, C. Aguirre-Nuñez, F. Ulloa-Leon, *Mapping Nutritional Inequality: A Primary Socio-Spatial Analysis of Food Deserts in Santiago de Chile*, in *Urban Science*, 2024, vol. 8, n. 3, pp. 1–16.
- A. Mbembe, *Necropolitics*, Duke University Press, Durham, 2020.
- H. Nilsson, *Population decline and changes in food store access*, in *Regional Studies*, 2023, vol. 57, n. 5, pp. 946–960. DOI: 10.1080/00343404.2022.2108542.
- A. Odoms-Young, M. A. Bruce, *Examining the impact of structural racism on food insecurity: Implications for addressing racial/ethnic disparities*, in *Family & Community Health*, 2018, vol. 41, pp. 3–6.
- United Nations (UN), General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant), United Nations Press, New York City, 1999.
- United Nations (UN), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations Press, New York City, 1966.
- W. Peng, E. M. Berry, The concept of food security, in: *Encyclopedia of food security and sustainability*, 2019, vol. 2, n. 1, pp. 1–7.
- M. L. Pinkerton, *Indiscriminate punishment of drug users: California Health and Safety Code Section 11550*, in *McGeorge Law Review*, 1978, vol. 9, n. 2, pp. 754–774.

- R. Predes, *Collateral life and death: notes on militarization and war on crime in Rio de Janeiro*, in Mosaico, 2019, vol. 11, n. 17, pp. 277–287.
- G. Ramos Truchero, *Dinámicas de abastecimiento alimentario en las zonas rurales españolas: resolviendo la comida diaria cuando faltan las tiendas*, in Panorama Social, 2020, vol. 31, pp. 87–100.
- G. Ramos-Truchero, *From Food Deserts to Food Access: Methodological and Theoretical Considerations for Research in Sparsely Populated Rural European Areas*, in European Countryside, 2024, vol. 16, n. 3, pp. 500–512.
- K. Schroeder, A. Smaldone, *Food insecurity: a concept analysis*, in Nursing forum, 2015, vol. 50, n. 4, pp. 274–284.
- C. E. G. Silva, *Management, legislation and funding sources in the Brazilian third sector: a historical perspective*, in Revista de Administração Pública, 2010, vol. 44, n. 6, pp. 1301–1325.
- L. Tibério, A. Baptista, A. Cristóvão, *Sistemas agroalimentares locais e comercialização em circuitos curtos de proximidade*, in Rede Rural Nacional, 2013, vol. 3, pp. 1–6.
- M. Trembošová, I. Jakab, P. Forgáč, *Shopping behavior and access to food in the areas of Slovakia with dispersed settlements: A case study*, in European Countryside, 2023, vol. 15, n. 1, pp. 66–98. DOI: 10.2478/euco-2023-0005.
- M. Twardzik, K. Heffner, *Small towns and rural areas – as a prospective place of modern retail trade formats in Poland*, in European Countryside, 2019, vol. 11, n. 1, pp. 74–84. DOI: 10.2478/euco-2019-0005.