

CAPITOLO 4

Il litigation funding

SOMMARIO: 1. Inquadramento. – 2. Disciplina. – 3. Itinerari critici e di approfondimento.

1. Inquadramento

Con le espressioni *Litigation Funding*, o *Litigation Lending*, ovvero ancora *Third Party Funding* si designa genericamente l'**accordo** mediante il quale un soggetto **terzo** rispetto alla controversia (il finanziatore o *Funder*) si obbliga a **sostenere gli oneri** che graverebbero su una delle parti (la parte finanziata o *Client*) per **intraprendere e coltivare la controversia** medesima, sino a farsi carico (in talune ipotesi) delle spese dovute alla controparte vittoriosa, in applicazione del principio della soccombenza (FAVA; D'ALESSANDRO; BERNARDINI; DE NOVA). **Corrispettivamente**, la parte finanziata si impegna, per l'ipotesi di accoglimento della propria pretesa, a riconoscere al finanziatore una **percentuale del credito accertato** ovvero una **somma stabilita** nella misura e secondo le modalità preventivamente concordate tra le parti (FORNI). La varietà terminologica promana dalla prassi sviluppatasi, in materia, nell'ambito dei sistemi di **common law**, in assenza di una rigida e condivisa definizione del fenomeno. Inoltre, con riguardo alle spese di lite, va precisato che non tutti i sistemi applicano il medesimo principio giusprocessualistico. Secondo la c.d. *American Rule*, ad esempio, per regola generale, ogni parte è chiamata a farsi carico delle proprie spese giudiziali (FAVA).

Nell'ambito di tale – necessariamente generica – definizione, rientrano **fattispecie tra loro differenziate**, quali la stipula di patti sui compensi dell'avvocato o della *Law Firm* correlati all'esito della vertenza e

alla compartecipazione del legale nelle spese di istruzione del giudizio, la conclusione di polizze assicurative per la tutela legale e la copertura del rischio del contenzioso, nonché – ed è questo il caso più propriamente definibile come *Third Party Litigation Funding* (DE NOVA) e sul quale intendiamo concentrarci – l'intervento di veri e propri fondi di investimento o, comunque, di entità terze rispetto alle parti e ai loro difensori (SOLAS).

La più autorevole dottrina italiana descrive l'accordo in discorso come **contratto aleatorio atipico** diretto a soddisfare un interesse (l'accesso alla giurisdizione) **meritevole di tutela** ex art. 1322, co. 2, c.c., non assimilabile né al contratto di mutuo, in quanto il corrispettivo del *Funder* non rappresenta la restituzione di un prestito, né al contratto di assicurazione, poiché il *Litigation Funding Agreement* è ricollegabile non già alla copertura di un generico rischio, bensì a una specifica controversia esistente (DE NOVA; CASTELLI, MONTI).

Rispetto al *Litigation Funding Agreement*, avente come detto natura intrinsecamente aleatoria, il finanziatore effettua un **investimento sulla controversia**, “scommettendo” sull'esito positivo a fronte dell'assunzione del rischio della soccombenza della parte finanziata; dal canto suo, la parte della controversia (il soggetto finanziato) **si garantisce i mezzi finanziari** per sostenere gli oneri di preparazione, introduzione e istruzione del contenzioso, mettendo sul piatto una quota del risultato atteso (D'ALESSANDRO).

2. Disciplina

L'analisi della disciplina di tali accordi impone di fare riferimento agli strumenti di *soft law* (CASTELLI, MONTI) e alle **prassi negoziali** sviluppatasi, dapprima, nei Paesi di *Common Law* e, in tempi più recenti, in quelli di *Civil Law* (per lo più nei Paesi di lingua tedesca, in Francia e in Spagna; D'ALESSANDRO), sino ad affacciarsi in Italia, emergendo nella casistica arbitrale e attirando l'attenzione degli interpreti (CASTELLI, MONTI; DE NOVA). L'origine “pionieristica” delle moderne pratiche di *Litigation Funding* è individuata nell'**ordinamento australiano**, il quale peraltro prevede – come quello italiano – il **divieto di patto di quota lite** (D'ALESSANDRO; SOLAS). Per esigenze di sintesi e linearità della trattazione, suddivideremo l'analisi prendendo a riferimento: la genesi dei *Litigation Funding Agreement* (fase precontrattuale), il contenuto delle

clausole più rappresentative, nonché le principali dinamiche esecutive dell'accordo.

La **stipula** dell'accordo di *Litigation Funding* presuppone – tra il potenziale finanziatore e l'altrettanto potenziale finanziato – una reciproca **disclosure**, cui fa da contraltare uno specifico impegno alla **riservatezza** (FORNI). Infatti, mentre la parte della controversia è interessata a valutare specificamente la solidità economico-finanziaria del finanziatore e la convenienza delle condizioni da questo applicate al finanziamento, il finanziatore subordina la propria manifestazione di disponibilità a un'**accurata analisi della controversia**, per valutarne le **probabilità di successo** e parametrare di conseguenza le condizioni economiche del finanziamento (BERNARDINI).

Di particolare interesse è la **due diligence** operata dal finanziatore in relazione a tutte le componenti della strategia difensiva, la quale viene presa in considerazione non solo alla luce del grado di fondatezza della pretesa, bensì valutando anche la composizione e l'adeguatezza del **collegio difensivo**, sino a ponderare la **solvibilità della controparte** (DE NOVA). Ciò, da un lato, consente di meglio focalizzare l'oggetto del contratto di finanziamento del contenzioso; dall'altro, evidenzia un rilevante profilo di potenziale criticità del modello negoziale in discorso.

Sotto il primo profilo, infatti, l'attenzione prestata allo *screening* della vertenza in essere o in via di instaurazione è giustificata dal fatto che, nel modello negoziale in esame, **oggetto** di transazione tra le parti è il **futuro e incerto esito finanziario della controversia**, preso in considerazione quale bene suscettibile di proprietà e scambio (SOLAS). Per tramite del contratto di *Litigation Funding*, come detto, il titolare della pretesa si assicura la capacità economico-finanziaria per coltivarla proficuamente, sino all'agognato ritorno economico, in cambio della disponibilità a condividere tale esito finanziario con il soggetto che ha contribuito concretamente al suo conseguimento.

Più nello specifico, al fine di valutare la “finanziabilità” della vertenza, il *Funder* effettua – con l'assistenza di un legale o di una *Law Firm* – un'attenta analisi della pretesa da portare in giudizio ovvero del procedimento (giudiziale o arbitrale) già in corso, considerando in particolare: il **valore** della controversia (giacché le vertenze di modesto valore economico risultano poco appetibili per i *Funder*), la **Likelihood of Success on the Merit** (richiedendosi solitamente una probabilità di accoglimento della

domanda non inferiore al 70%) e la **Recoverability** dell'investimento, sia con riguardo alla solvibilità della controparte, sia alla non sussistenza di controcrediti che quest'ultima potrebbe eccepire in compensazione (BERNARDINI). La scelta delle vertenze finanziabili è anche influenzata dalle **caratteristiche** proprie sia del **sistema giuridico** di riferimento, nel suo complesso, sia dei **rimedi** in esso concretamente esperibili tanto sul piano **sostanziale** (es. i **Punitive Damage**) quanto su quello **processuale** (es. la disponibilità di un'efficiente **Class Action**). Così, ad essere finanziati sono prevalentemente le **parti attrici** o le parti che, a prescindere dalla propria veste processuale, facciano valere una **pretesa sostanziale** – senza che in ciò possa rinvenirsi una irragionevole discriminazione, in contrasto con il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (art. 47, Carta dei diritti fondamentali UE) e il diritto a un equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (D'ALESSANDRO) – di **controversie civili e commerciali** (nazionali o internazionali, con una predilezione per gli illeciti **anticoncorrenziali**; SOLAS), il cui *petitum* sia costituito vuoi dalla richiesta di una condanna della controparte, vuoi dalla richiesta di un provvedimento che (a prescindere dal suo carattere) determini un **arricchimento misurabile** del soggetto finanziato, anche in termini di riespansione del suo patrimonio. È dunque **più raro**, ma possibile, che a essere finanziata sia la **parte convenuta**, come avviene in Inghilterra nelle ipotesi in cui questa, per effetto dell'azione, abbia subito un provvedimento cautelare idoneo a “congelare” una porzione significativa del suo patrimonio (D'ALESSANDRO).

Con riguardo, invece, ai profili critici, merita di essere segnalato il rischio che la presenza “ingombrante” del finanziatore **limiti eccessivamente la libertà di azione della parte** della controversia. Tale preliminare considerazione merita di essere sviluppata secondo due direttrici in parte sovrapponibili: guardando cioè, da un lato, alla questione della **titolarità del diritto** controverso e, dall'altro, all'**indipendenza dell'interesse del difensore** rispetto a quello della parte assistita. Per farlo, è opportuno focalizzare l'attenzione sul contenuto delle clausole più caratteristiche degli accordi di *Litigation Funding*.

Sul punto, interessanti indicazioni si traggono in primo luogo dall'esame dell'esperienza inglese. In tale ordinamento, sebbene non senza significative aperture, si mantiene un approccio di **rigore** nei riguardi della **negoiazione dei diritti d'azione** (*Maintenance*) e dei **patti di quota lite**

(*Champerty*) che, ancorché privati dell'originaria rilevanza penale e in *tort*, costituiscono tutt'ora primari **indici di valutazione della liceità degli accordi privati**, sotto i profili della contrarietà alle norme imperative o all'ordine pubblico. In particolare, secondo l'art. 14 (2) del Criminal Law Act (1967), "the abolition of criminal and civil liability under the law of England and Wales for maintenance and champerty shall not affect any rule of that law as to the cases in which a contract is to be treated as contrary to public policy or otherwise illegal". Conseguentemente, se relativamente alla possibilità di **cedere azioni contrattuali** si è assistito a una sostanziale **liberalizzazione**, purché in presenza di un **genuino interesse commerciale** del cessionario, con riguardo al *tort* si richiede che la **titolarità del diritto** ad agire in giudizio **permanga** nella sfera giuridica del **danneggiato**, ammettendosi al più la cessione a titolo oneroso dei futuri proventi della lite (*SOLAS*). Nell'**esperienza statunitense**, invece, le prime aperture verso i *Contingency Fee Agreement* (patti sul compenso degli avvocati) si sono registrate già con la crescita della *tort litigation* determinata dall'avvento della rivoluzione industriale, allorché il moltiplicarsi dei danneggiati potenzialmente interessati ad agire, combinandosi con la regola americana che vede ciascuna parte gravata delle proprie spese legali, spinse la giurisprudenza a intravedere in tali patti uno strumento utile a **favorire l'accesso alla giustizia** anche per coloro che, pur titolari di una legittima pretesa, non avessero tuttavia i mezzi per patrocinarla (D'ALESSANDRO).

Oltre Manica, invece, si è dovuto attendere fino all'inizio del nuovo millennio per una piena legittimazione – nell'ambito di una più ampia revisione dei sistemi di *legal aid* – dei **Conditional Fee Agreement** (in forma di *Success Fee* o di vero e proprio patto di quota lite) e dei **Litigation Funding Agreement**, ai quali può prendere parte anche lo stesso difensore e che spesso prevedono l'impegno del soggetto finanziato alla parallela sottoscrizione di una polizza di tutela legale *After the Event* (DE NOVA).

Come anticipato, però, le preoccupazioni non si arrestano sul piano della titolarità del diritto controverso, involgendo anche il profilo della **difesa tecnica**. Infatti, dato il preponderante rilievo assunto (nella prospettiva del finanziatore) dalla selezione del difensore o del collegio difensivo della parte sovvenzionata, non di rado il finanziatore richiede alla controparte negoziale (talvolta a ciò condizionando la propria disponibi-

lità al finanziamento) di **partecipare alla costruzione del *team difensivo***, nominandone tutti i componenti ovvero inserendovi professionisti di propria fiducia. Di particolare interesse si rivela la figura dei ***Nominated Lawyers***, quale segno tangibile del controllo del *Funder* sulla strategia difensiva, in combinato con il dovere – presente nei modelli contrattuali (BERNARDINI) – del finanziato di cooperare con il **finanziatore**, tenendolo costantemente e pienamente **informato** sugli sviluppi della controversia. Più nello specifico, nel contesto degli **arbitrati internazionali**, il *Funder* può riservarsi il diritto di ingerirsi nella nomina dell'arbitro di parte, di nominare un membro del team difensivo dotato di particolari poteri di indirizzo della strategia difensiva, di approvare gli atti, le nomine dei legali, le spese e gli accordi transattivi, nonché di accedere alle informazioni e ai documenti confidenziali dell'arbitrato.

Si tratta di una prassi idonea a incidere significativamente sullo spazio di autonomia della parte nella definizione della propria **strategia difensiva**, rispetto alla quale possono e debbono individuarsi dei **limiti** che impediscano al finanziatore di sviare la difesa tecnica dal primario interesse della parte patrocinata (dal che deriverebbe peraltro, per il professionista, una censura di responsabilità per inadempimento del mandato difensionale conferito) ovvero di assumere direttamente il controllo del caso (si v. i principi rinvenibili nel Code of Conduct for Litigation Funders, 2011, agg. 2018), sebbene sia in astratto possibile una **successione del finanziatore nella titolarità del diritto** ad agire spettante in origine al soggetto finanziato (c.d. ***Claim Assignment***), analogamente a quanto avviene allorché la compagnia assicuratrice si surroghi nei diritti dell'assicurato (SOLAS). In altri termini, a fronte della conclusione di un *Third Party Litigation Funding Agreement*, potrebbe sorgere un **interrogativo circa l'identità della parte in senso sostanziale della controversia** (BERNARDINI).

Alla luce di tali preliminari considerazioni si comprende come la conclusione di un accordo di *Litigation Funding* rechi con sé un **conflitto di interessi latente** tra finanziatore e finanziato, la cui sussistenza emerge con chiarezza allorché si tratti di valutare un'opportunità di **definizione bonaria della vertenza**. Poiché, infatti, a fronte della prospettiva di una rapida definizione della controversia, l'interesse della parte in causa e quello del finanziatore potrebbero non coincidere, è opportuno e sovente praticato l'inserimento nel corpo dell'accordo di *Litigation Funding* di una dettagliata regolamentazione votata alla risoluzione di eventuali con-

troverse insorte tra le parti dell'accordo stesso. Il già citato Code of Conduct for Litigation Funders prevede ad esempio la possibilità di inserire negli accordi una clausola che preveda (in ipotesi di “stallo” sulla proposta di *Settlement*) di demandare a un **consulente esterno** la redazione di un parere circa la convenienza della proposta in rapporto alla prosecuzione del contenzioso.

La questione è rilevante anche in quanto nel *Settlement* – al pari della definizione con esito favorevole della controversia – è individuato il **Trigger Event** che rende dovuto il **compenso** in favore del finanziatore, il quale è determinato applicando vuoi una **percentuale** all'importo riveniente in favore del finanziato per effetto del *Settlement* o della decisione favorevole, vuoi un **moltiplicatore** all'importo del finanziamento erogato (BERNARDINI), vuoi ancora una **combinazione** dei predetti criteri (FORNI). Il compenso, invece, non è dovuto in ipotesi di **soccombenza** della parte finanziata, che determina – per il finanziatore – la **perdita dell'importo erogato** e, qualora l'accordo di *Litigation Funding* lo preveda, l'obbligo di **pagare le spese legali dovute alla controparte** vittoriosa in applicazione del principio della soccombenza. È quanto avviene nel caso del *Third Party Litigation Funding* sia nell'ordinamento tedesco (D'ALESSANDRO), sia nel sistema inglese (SOLAS).

Focalizzando l'attenzione sul corrispettivo, si osserva che i contratti di *Litigation Funding* risultano **particolarmente onerosi**, prevedendo, da un lato, un **limite all'importo finanziabile** in proporzione al *petitum* (nell'ordine di un rapporto di 1:10) e, dall'altro, **percentuali di compartecipazione** del finanziatore **al risultato** conseguito che possono spingersi sino al 50%. Sovente, inoltre, tali accordi prevedono un **Settlement Amount**, ovverosia una somma al di sotto della quale la parte non può transigere senza il consenso del finanziatore, pena la determinazione del compenso in relazione al predetto *Settlement Amount*, a prescindere dall'importo effettivo conseguito dalla parte stessa in sede di transazione (DE NOVA).

La disciplina del compenso del finanziatore è forse quella che più **differenzia** il modello del *Third Party Funding* da un ulteriore strumento a disposizione della parte per affrontare i costi del contenzioso: l'assicurazione a copertura delle spese legali (**Legal Expenses Insurance**). L'assicuratore, infatti, sia che offra la copertura prima che la lite sia instaurata (*Before the Event Insurance*), sia che intervenga a controversia in corso