

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXXV CICLO

IL FINANZIAMENTO DA PARTE DI TERZI
NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE

THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Tutor:
Prof. Giovanni Zarra

Candidata:
Giuliana Lampo

A.A. 2021-2022

GIULIANA LAMPO

IL FINANZIAMENTO DA PARTE DI TERZI
NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXXV CICLO

IL FINANZIAMENTO DA PARTE DI TERZI
NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE

THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Tutor:
Prof. Giovanni Zarra

Candidata:
Giuliana Lampo

A.A. 2021-2022

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO I

IL FINANZIAMENTO DA PARTE DI TERZI: PROBLEMI DEFINITORI

1. INTRODUZIONE	8
2. DEFINIZIONI CORRENTEMENTE IN USO DI FINANZIAMENTO	12
2.1. <i>Strumenti nazionali (legislazioni nazionali e strumenti non vincolanti)</i>	12
2.2. <i>Trattati</i>	19
2.3. <i>L'approccio delle istituzioni arbitrali</i>	22
2.4. <i>Le line guida IBA sui conflitti di interessi</i>	27
2.5. <i>Le nuove regole arbitrali ICSID e i lavori UNCITRAL</i>	29
3. I PRINCIPALI PUNTI CONTROVERSI.....	35
3.1. <i>Il finanziamento non a scopo di lucro</i>	35
3.2. <i>Il difensore come finanziatore</i>	38
3.3. <i>L'assicurazione come finanziamento</i>	40
4. CONCLUSIONI	43

CAPITOLO II

L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SULLA GIURISDIZIONE ARBITRALE

1. INTRODUZIONE: IL FINANZIAMENTO COME ESPRESSIONE DELLA TENSIONE TRA LA NATURA CONSENSUALE DELL'ARBITRATO E LA COMPLESSITÀ DELLE MODERNE RELAZIONI COMMERCIALI.....	45
2. L'ARBITRATO CONTRATTUALE	50
2.1. <i>Sostituzione del finanziatore in luogo del soggetto finanziato come parte: cessione, surrogazione e altri meccanismi di trasferimento dei diritti contrattuali</i>	52
2.2. <i>Aggiunta del finanziatore al fianco della parte finanziata</i>	56
2.2.1. <i>Consenso implicito, group of companies e superamento dello schermo della personalità giuridica</i>	56
2.2.2. <i>L'applicabilità di tali teorie alla figura del finanziatore</i>	61

2.2.3. Estoppel	66
2.3. <i>L'arbitrato contrattuale: conclusioni</i>	70
3. L'ARBITRATO IN MATERIA DI INVESTIMENTI FONDATO SU TRATTATO.....	71
3.1. <i>L'irrilevanza dell'assenza di interesse nell'esito della controversia da parte del ricorrente ai fini della determinazione della giurisdizione</i>	72
3.2. <i>La giurisprudenza arbitrale in materia di finanziamento</i>	75
3.3. <i>...Segue: Il trasferimento degli investment treaty claims</i>	80
3.4. <i>L'arbitrato in materia di investimenti fondato su trattato: conclusioni</i>	85
4. CONCLUSIONI	85

CAPITOLO III

L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SUI POTERI E I DOVERI DI UN TRIBUNALE ARBITRALE

1. INTRODUZIONE	88
2. L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SULLA COSTITUZIONE DEL TRIBUNALE ARBITRALE: L'IMPARZIALITÀ E L'INDIPENDENZA DEGLI ARBITRI	90
3. L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SULLA CONCESSIONE DI UNA CAUZIONE PER LE SPESE DI GIUDIZIO.....	98
3.1. <i>Le ragioni del dibattito: la tensione tra il diritto di accesso alla giustizia della parte finanziata e il diritto al recupero delle spese di giudizio della controparte</i>	98
3.2. <i>...Segue: la soluzione offerta dalla giurisprudenza arbitrale</i>	103
3.3. <i>Il finanziamento come mero elemento fattuale del quale tenere conto nella decisione sulla concessione della cauzione</i>	106
4. L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SULL'ALLOCAZIONE DEI COSTI DI UN PROCEDIMENTO ARBITRALE	111
4.1. <i>La recuperabilità dei costi da parte del soggetto finanziato da un terzo</i>	113
4.2. <i>La recuperabilità del costo del finanziamento</i>	116
5. LA DISCLOSURE DEGLI ACCORDI DI FINANZIAMENTO.....	120
5.1. <i>La disclosure come un obbligo della parte finanziata di cooperare al mantenimento dell'integrità del procedimento arbitrale</i>	125
5.2. <i>Il potere inerente del tribunale arbitrale di disporre la disclosure di ogni elemento rilevante dell'accordo</i>	130
6. CONCLUSIONI	135

CAPITOLO IV

L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SULL'ESEGUIBILITÀ DEI LODI ARBITRALI

1. INTRODUZIONE	137
2. L'ANNULLAMENTO DEI LODI ICSID	141
2.1. “[T]he Tribunal has manifestly exceeded its powers”	142
2.2. “[T]he Tribunal was not properly constituted” o “there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure”	145
3. L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE ARBITRALI STRANIERE AI SENSI DELLA CONVENZIONE DI NEW YORK DEL 1958	150
3.1. Non esecuzione del lodo per impropria estensione della giurisdizione del tribunale arbitrale al finanziatore	151
3.2. Non esecuzione per violazione delle norme sul giusto processo arbitrale.....	153
3.3. Non esecuzione per violazione dell'ordine pubblico dello Stato nel quale essa è richiesta	157
4. CONCLUSIONI	159

CONCLUSIONI	161
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	169
--------------------	-----

INTRODUZIONE

“[J]ustice [...] is only for those who can afford to throw away one fortune for the chance of recovering another”¹

La possibilità di agire e resistere in giudizio per far valere i propri diritti è essenziale al loro godimento, al punto da essere il diritto di accesso alla giustizia dinanzi alle corti interne riconosciuto da tutti i principali strumenti internazionali a tutela dei diritti umani²; addirittura, entro certi limiti, ne è stata riconosciuta la natura di norma consuetudinaria³.

Eppure, il diritto di accesso alla giustizia può essere limitato, in concreto, da circostanze di fatto che ne rendono difficile, se non impossibile, l'esercizio: l'attivazione di un procedimento giudiziario ha un costo, al pari del difendersi nello stesso. Non a caso, la quasi totalità degli ordinamenti interni prevede dei meccanismi di assistenza volti a garantire tutela legale a chi non abbia sufficienti risorse⁴. Finanche alcune giurisdizioni internazionali prevedono dei meccanismi di *legal aid*, come la Corte internazionale di giustizia⁵ e il Tribunale internazionale per il diritto del mare⁶; ancora, la Corte permanente di arbitrato (*Permanent Court of Arbitration* – PCA) dispone di un fondo per l'assistenza agli Stati in via di sviluppo⁷.

¹ J. BENTHAM, “A Defense of Usury; Shewing the Impolicy of the Present Legal Restraints on the Terms of Pecuniary Bargains”, 1787, ripubblicato da CUP, Cambridge, 2014, p. 156.

² Si vedano: l'Art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; l'Art. 25 della Convenzione americana sui diritti umani; l'Art. 7 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; l'Art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (UE). Si veda anche, in tal senso, l'Art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

³ Si veda F. FRANCIONI, *The Right of Access to Justice under Customary International Law*, in F. FRANCIONI (a cura di), “Access to Justice as a Human Right”, Oxford, OUP, 2007, p. 1 ss.

⁴ Si veda, ad esempio, lo studio condotto nel 2016 dall'Ufficio delle Nazioni unite sulla droga e il crimine: UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Global Study on Legal Aid: Country Profiles*, 2016, disponibile all'indirizzo https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/LegalAid/GSLA_-_Country_Profiles.pdf. Nel contesto dell'UE, ad esempio, l'Art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dispone che “[a] coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”.

⁵ <https://www.icj-cij.org/en/financial-assistance-to-parties>.

⁶ <https://www.un.org/oceancapacity/itlos>.

⁷ <https://pca-cpa.org/en/about/faf/>.

Nel contesto dell'arbitrato internazionale commerciale⁸ e in materia di investimenti, nonostante la riconosciuta importanza del diritto di accesso alla giustizia⁹, simili meccanismi sono spesso non disponibili¹⁰. Se a ciò si aggiunge la pressoché totale assenza di meccanismi di *legal aid* a livello internazionale¹¹, non stupisce che la dottrina si sia interrogata circa gli effetti dell'insolubilità sulle clausole arbitrali¹² e la sostenibilità di un simile stato di cose¹³, soprattutto laddove si consideri che una delle critiche tradizionalmente mosse all'arbitrato internazionale è relativa ai costi eccessivi per ricorrervi¹⁴.

⁸ Ossia “a means by which international business disputes can be definitively resolved, pursuant to the parties’ agreement, by independent, non-governmental decision-makers, selected by or for the parties, applying neutral adjudicative procedures that provide the parties an opportunity to be heard” (G. BORN, “International Commercial Arbitration”, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, III ed., 2021, p. 67).

⁹ Basti pensare che, nel 2011, la Corte d’appello di Parigi ha annullato un lodo arbitrale sulla base della circostanza che il collegio non aveva esaminato le domande riconvenzionali del convenuto per non avere lo stesso ottemperato al deposito delle somme previste dal regolamento arbitrale. Secondo la Corte, infatti, ciò rappresentava una violazione del diritto di accesso alla giustizia e del principio di eguaglianza delle parti (Corte d’appello di Parigi, *Société Pirelli & C. v. Société Licensing Projects*, 17 novembre 2011, No. 09/24158). La decisione è stata annullata dalla Corte di cassazione francese, ma esclusivamente in quanto la Corte d’appello aveva ommesso di valutare se le domande riconvenzionali fossero effettivamente collegate alla domanda principale; solo in quel caso, infatti, si sarebbe avuta una violazione del diritto di accesso alla giustizia (v. Corte di cassazione, I sez. civile, *Société Pirelli & C. v. Société Licensing Projects*, 28 marzo 2013, No. 11-27770). Quanto all’arbitrato in materia di investimenti, però, una precisazione è necessaria: il diritto degli investitori stranieri di agire in arbitrato contro uno Stato ospite deriva dal consenso di quest’ultimo, spesso contenuto in un trattato in materia di investimenti. L’accesso alla giustizia arbitrale, quindi, è dipendente dalla volontà dello Stato di garantirlo, così la nozione di “accesso alla giustizia” elaborata negli ordinamenti interni non può automaticamente trasporsi in questo contesto. Ad ogni modo, il concetto ricorre spesso nella giurisprudenza arbitrale e viene valorizzato dalla stessa, così che la dottrina ha notato che in ogni caso “the generic notion of ‘access to justice’ has some rhetorical force in arbitral proceedings” (XUAN SHAO, *Disrupt the Gambler’s Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third-Party Funding*, in “Journal of International Dispute Settlement”, 2021, p. 427 ss., p. 437).

¹⁰ B. W. DALY e S. MELIKIAN, *Access to Justice in Dispute Resolution. Financial Assistance in International Arbitration*, in K. N. SCHEFER (a cura di), “Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World’s Poor”, Cambridge, CUP, 2013, p. 211 ss.

¹¹ Un’eccezione è rappresentata, ad esempio, dal meccanismo di assistenza del Tribunale arbitrale dello sport.

¹² P. ZIVKOVIC, *Impecunious Parties in Arbitration: An Overview of European National Courts’ Practice*, in “Croatian Arbitration Yearbook”, 2016, p. 33 ss.; G. VON SEGESSER e M. GROSZ, *Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds? Revisiting Legal Aid in International Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 17 gennaio 2015, disponibile all’indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/>; D. KÜHNER, *The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany*, in “Journal of International Arbitration”, 2014, p. 807 ss.

¹³ Si veda, ad esempio: R. T. TREVES, *Equality of Arms and Inequality of Resources*, in A. SARVARIAN, F. FONTANELLI, R. BAKER e V. TZEVELEKOS, “Procedural Fairness in International Courts and Tribunals”, Londra, British Institute of International and Comparative Law, 2015, p. 153 ss. Nell’arbitrato in materia di investimenti, la questione è spesso analizzata dal punto di vista degli Stati ospiti in via di sviluppo convenuti in procedimenti arbitrali: si veda K. P. SAUVANT e F. ORTINO, *Extending International Legal Aid from Trade to Investment: An Advisory Centre on International Investment Law*, in “Global Trade and Customs Journal”, 2021, p. 548 ss.

¹⁴ “[T]he perception is undoubtedly that it [...] costs more than it should to pursue an arbitration to a final award” (QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON AND PINSENT MASONS, *International Arbitration Survey* –

Tuttavia, proprio tali circostanze hanno probabilmente costituito terreno fertile per la germinazione di un fiorente mercato di servizi di finanziamento del contenzioso arbitrale da parte di soggetti privati, giacché alcuni hanno scorto nella altrui necessità di disporre di fondi per accedere alla giustizia arbitrale un'opportunità di investimento. A tali servizi ci si può complessivamente riferire mediante l'espressione "finanziamento da parte di terzi" (*Third-Party Funding* – TPF), con la quale si denotano le ipotesi di accordo attraverso cui un soggetto non parte di una controversia (il finanziatore) si impegna a sostenerne i costi in luogo di una delle parti.

Il mercato del finanziamento del contenzioso (non soltanto arbitrale) ha in effetti subito una crescita notevole negli ultimi anni, al punto che forme di TPF sono utilizzate anche e in buona parte da soggetti in perfetta salute economica, per le più svariate esigenze commerciali legate alla gestione della liquidità e del rischio naturalmente connesso ad un procedimento arbitrale¹⁵. Così, la dottrina, le istituzioni arbitrali, gli Stati e le organizzazioni internazionali hanno iniziato ad interrogarsi circa la desiderabilità del fenomeno, il suo concreto impatto sullo svolgimento di un procedimento arbitrale e, conseguentemente, le strategie di regolamentazione dello stesso¹⁶. Non pochi, infatti, hanno mostrato una forma di scetticismo nei confronti dell'attività di finanziamento di una lite altrui. Nelle parole di Catherine Rogers nella sua opera "Ethics in International Arbitration",

"[e]ven committed, modern capitalists seem ill-at-ease with third-party funding. As one reporter from *Forbes* magazine wrote: 'Dress it up as you like, there's something about all this secret meddling in other people's bitterest disputes and profiting from them that doesn't sit well.' There is, in the words of one commentator, something 'fishy', an 'ick factor', to third-party funding that does not fit with our conventional views about justice and adjudication. For these reasons, third-party funders are often described in unflattering terms, such as 'vulture investors', 'Oz-like' controllers of the arbitral process 'from behind a curtain', gamblers, or loan sharks"¹⁷.

Driving Efficiency in International Construction Disputes, 2019, disponibile all'indirizzo <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2019/>, p. 3).

¹⁵ Si veda, ad esempio, FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, *International Arbitration: 10 Trends in 2016*, disponibile all'indirizzo <https://www.freshfields.com/globalassets/campaign-landing/international-arbitration/arbitration-insights-2016.pdf>, p. 8: "Alternative funding is here to stay, and not just for small or cash-strapped claimants [...]. This reflects our own experience of handling funded claims – even large corporations are looking to third-party funding as a form of cash flow management".

¹⁶ Per due esempi recenti si vedano: UK LAW COMMISSION, *Review of the Arbitration Act 1996. A Consultation Paper*, 2022, disponibile all'indirizzo <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2022/09/Arbitration-Consultation-Paper.pdf>, p. 113, par. 11.13 ss.; *Responsible Private Funding of Litigation*, European Parliament Resolution of 13 September 2022 with Recommendations to the Commission on Responsible Private Funding of Litigation, per un commento alla quale si veda J. BALLANTYNE, *EU Parliament Calls for Regulation of Third-Party Funding*, *Global Arbitration Review*, 23 settembre 2022, disponibile all'indirizzo <https://globalarbitrationreview.com/article/eu-parliament-calls-regulation-of-third-party-funding>.

¹⁷ C. A. ROGERS, "Ethics in International Arbitration", Oxford, OUP, 2014, pp. 177-178.

Altri, al contrario, hanno accolto con estremo favore il crescente ricorso al finanziamento, valorizzandone gli indubbi vantaggi in termini di accesso alla giustizia¹⁸; eppure, tutti, anche questi ultimi, hanno riconosciuto la possibilità che l'uso di forme di finanziamento da parte di terzi nel corso di un procedimento arbitrale incida su alcuni momenti chiave dello stesso, quali la determinazione dell'ambito di estensione della giurisdizione arbitrale, la costituzione del tribunale, la concessione di misure cautelari e l'allocazione dei costi del procedimento.

Del resto, sebbene sia evidente che gli accordi di finanziamento possano essere utilizzati anche per supportare domande presentate dinanzi alle corti interne, è altrettanto evidente come il loro impiego nell'ambito di procedimenti arbitrali internazionali ponga problemi del tutto peculiari, essenzialmente in ragione del fondamento consensualistico dell'arbitrato. Il TPF, infatti, determina il coinvolgimento di un terzo nella relazione tra le parti di una convenzione arbitrale; questi non è vincolato dal rapporto consensuale che lega le parti in lite e, pertanto, non è in linea di principio soggetto all'autorità che ne deriva in capo al tribunale arbitrale. Ciò nonostante, il finanziatore esercita spesso un controllo pervasivo su alcuni aspetti fondamentali del procedimento (come, ad esempio, la scelta dei consulenti e dell'arbitro designati dalla parte finanziata e la valutazione delle proposte di definizione transattiva della controversia), suscettibile di incidere sulla regolare conduzione dello stesso.

Come si diceva, quindi, la dottrina si è interrogata sul TPF, tanto in termini di opportunità del suo uso quanto di gestione concreta dei suoi effetti. Tuttavia, la crescita del mercato del finanziamento è un fenomeno relativamente recente e ancora in corso. Così, l'analisi finora condotta appare per lo più frammentaria: numerosi studi sono stati dedicati all'incidenza del finanziamento su specifici aspetti e momenti di un procedimento arbitrale come, lo si è anticipato, l'indipendenza e l'imparzialità di un collegio arbitrale, la decisione sulla concessione di una cauzione per le spese di giudizio o quella sulla allocazione dei costi del procedimento. Ben pochi hanno invece provato a condurre una analisi complessiva del fenomeno, per valutare in termini più generali: *i*) in che misura il finanziamento impatti concretamente sul regolare svolgimento di ciascuna delle fasi di un procedimento arbitrale commerciale e in materia di investimenti; e *ii*) quali siano gli strumenti a disposizione di un collegio arbitrale per gestire questo impatto.

Le pagine che seguono sono dedicate esattamente a fornire una risposta a tali domande, al fine di valutare se, al suo stato attuale, l'arbitrato internazionale – tanto commerciale quanto in materia di investimenti – disponga degli strumenti necessari a gestire la crescita del mercato del finanziamento e la relazione asimmetrica tra un collegio arbitrale, la parte finanziata e il finanziatore.

La risposta a tali domande verrà ricercata scomponendo l'oggetto dell'indagine in quattro distinte problematiche, la prima di carattere definitorio e le restanti tre articolate

¹⁸ Y. DERAIS, *Foreword*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), "Third-party Funding in International Arbitration", ICC Dossier X, ICC, 2013, pp. 5-6: "All this merits little concern given that there is no doubt that third-party funding allows easier access to arbitration for impecunious claimants with meritorious claims and, as such, represents progress" (p. 6).

seguendo idealmente l'ordine nel quale esse si presentano durante lo svolgimento di un procedimento arbitrale.

In primo luogo, quindi, come appena accennato, la ricerca offrirà – nel Capitolo I – una definizione di TPF. È evidente, infatti, che il fenomeno presenta dimensioni tali da poter ricomprendere un'enorme varietà di strumenti finanziari e contrattuali attraverso i quali realizzare concretamente l'obiettivo del finanziamento dei costi di giudizio altrui, la cui esistenza precede la concettualizzazione del TPF quale istituto autonomo. Si avrà quindi modo di notare come uno dei primi ostacoli alla trattazione coerente del tema del TPF sia l'assenza di una definizione condivisa dello stesso. Essendo evidente che qualunque proposta di ricostruzione e analisi del fenomeno necessiti di una sua chiara definizione, si risponderà preliminarmente a tale esigenza, prendendo in esame le varie definizioni correntemente in uso di finanziamento (contenute in legislazioni nazionali, trattati, regolamenti arbitrali e strumenti di *soft law*) e isolando le sue forme maggiormente controverse, al fine di fornire una definizione che tenga conto di tutte le possibili variabili.

Individuata una definizione operativa di TPF, nel Capitolo II si passerà a valutarne l'incidenza sulla giurisdizione di un tribunale arbitrale. In effetti, la segretezza che talvolta avvolge gli accordi di finanziamento può rendere complessa la ricostruzione della misura del controllo sul procedimento esercitato dal finanziatore, e tuttavia è intuitivo che un soggetto che esercita tale forma di investimento condizioni il proprio intervento a precise garanzie sulla conduzione dello stesso: così, al finanziatore può essere attribuito il potere di scelta dei difensori della parte finanziata o degli arbitri da essa nominati; ancora, al finanziatore può essere attribuito il potere di porre il veto su ogni proposta di definizione transattiva della controversia; inoltre, pur se tali poteri non dovessero essere formalmente previsti nell'accordo di finanziamento, al finanziatore può essere altresì attribuito il diritto di recesso unilaterale dallo stesso, che di fatto gli conferirebbe un potente strumento di controllo della condotta della parte finanziata. Questo controllo può assumere proporzioni a tal punto rilevanti da determinare una discrepanza tra il soggetto formalmente parte del giudizio e colui che lo gestisce e ne beneficia sul piano economico, così da rendere necessario comprendere se vi sia merito nelle tesi di chi ha talvolta sostenuto – tanto in dottrina quanto dinanzi a tribunali internazionali – che il finanziatore possa, a certe condizioni, considerarsi la parte effettiva del procedimento finanziato, con conseguente alterazione dei confini della giurisdizione di un tribunale arbitrale e possibilità, per quest'ultimo, di esercitare la propria autorità sul finanziatore.

Sul punto, l'analisi non potrà che essere condotta distinguendo le ipotesi di arbitrato derivante da un rapporto contrattuale da quelle di arbitrato (in materia di investimenti) nel quale il consenso sia prestato da uno Stato con trattato. Nel primo caso, infatti, il dibattito si connette a quello più ampio sui poteri di un tribunale arbitrale rispetto ai soggetti terzi non firmatari dell'accordo di arbitrato. Il principio che sottintende tale dibattito è quello della natura consensuale dell'arbitrato; la complessità delle dinamiche tipiche del finanziamento, tuttavia, pone notevoli sfide all'assolutezza di tale principio, giacché la parte non finanziata potrebbe avere interesse a includere il finanziatore nel

procedimento e ad assicurarsi la diretta eseguibilità del lodo nei suoi confronti in quanto presuntamente dotato di maggiore solvibilità rispetto alla parte finanziata. Partendo quindi dal presupposto che il finanziatore è un terzo rispetto all'accordo di arbitrato, il lavoro mira a ricostruire il dibattito esistente sul coinvolgimento nel procedimento dei terzi non firmatari del compromesso arbitrale e a valutare l'eventuale applicabilità delle teorie a tal fine messe a punto dalla dottrina e dalla giurisprudenza alla figura del finanziatore.

Quanto alle ipotesi di arbitrato in materia di investimenti non fondato su un rapporto contrattuale, le caratteristiche peculiari di tale forma di arbitrato giustificano una sua trattazione separata. Ciò in quanto, come è noto, i requisiti giurisdizionali di un tribunale arbitrale costituito sulla base di un trattato in materia di investimenti sono diversi da quelli necessari in un procedimento arbitrale sorto sulla base di un contratto, vale a dire: *i*) la qualificazione dell'attore quale investitore; e *ii*) il possesso, da parte di questi, di una specifica nazionalità, quella dello Stato con il quale lo Stato ospitante l'investimento ha concluso il trattato; requisiti dei quali, di norma, un finanziatore difetta. Alla luce di tali specificità, si esaminerà se l'esistenza di un accordo di finanziamento del procedimento possa incidere sulle regole che tradizionalmente reggono l'accertamento della giurisdizione nel contesto dell'arbitrato in materia di investimenti fondato su trattato.

Chiarita la natura del coinvolgimento del finanziatore in un procedimento arbitrale, il Capitolo III sarà dedicato all'esame dell'incidenza del TPF sulla conduzione dello stesso e, di conseguenza, sui poteri e i doveri di un tribunale. Si analizzeranno quindi i tre momenti di un procedimento arbitrale sui quali il finanziamento è maggiormente in grado di incidere, ossia: *i*) la costituzione del tribunale arbitrale, in ragione dei possibili conflitti di interessi e dei problemi in termini di imparzialità e indipendenza del collegio arbitrale che il finanziamento è in grado di generare; *ii*) la disposizione del pagamento di una garanzia del recupero delle spese di giudizio da parte del soggetto non finanziato, per l'ipotesi di soccombenza della parte finanziata (c.d. cauzione per le spese di giudizio); e *iii*) l'allocazione dei costi del procedimento. Si passerà poi a valutare la più discussa delle questioni, tanto in dottrina quanto da parte delle istituzioni arbitrali, vale a dire quella della previsione di un obbligo di *disclosure* degli accordi di finanziamento, la cui analisi verrà quindi svolta alla luce delle conclusioni raggiunte sull'effettivo grado di incidenza del finanziamento sulla conduzione del procedimento.

Da ultimo, il Capitolo IV si occuperà dell'impatto del finanziamento sull'eseguibilità dei lodi emessi al termine di un procedimento finanziato, impatto che può derivare principalmente da due circostanze: in primo luogo, dal fatto che, come già menzionato, la presenza di un terzo potrebbe pregiudicare il regolare svolgimento del procedimento arbitrale; in secondo luogo, dalla potenziale violazione di norme imperative nazionali poste a divieto di determinate forme di finanziamento. In quest'ottica, pertanto, la prima parte dell'analisi sarà dedicata ai lodi resi da tribunali amministrati dal Centro internazionale per la risoluzione delle controversie tra Stati e investitori stranieri (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID) i quali, come è noto, sono sì sottratti all'impugnazione dinanzi alle corti degli Stati parte della Convenzione

istitutiva del Centro e devono essere dagli stessi eseguiti alla stregua di decisioni interne definitive, ma sono altresì soggetti ad un peculiare meccanismo di annullamento di cui all'Art. 52 della medesima Convenzione. Si valuterà quindi se ed in che modo l'esistenza di un accordo di finanziamento possa essere fatta valere quale motivo di annullamento ai sensi di detta previsione. La seconda e ultima parte della ricerca sarà infine dedicata ai lodi non ICSID, la cui esecuzione è regolata dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, al fine di accertare se – e in che misura – il TPF sia suscettibile di incidere sull'esecuzione degli obblighi gravanti sugli Stati in forza di tale Convenzione.

CAPITOLO I

IL FINANZIAMENTO DA PARTE DI TERZI: PROBLEMI DEFINITORI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Definizioni correntemente in uso di finanziamento. – 2.1. Strumenti nazionali (legislazioni nazionali e strumenti non vincolanti). – 2.2. Trattati. – 2.3. L’approccio delle istituzioni arbitrali. – 2.4. Le linee guida IBA sui conflitti di interessi. – 2.5. Le nuove regole arbitrali ICSID e i lavori UNCITRAL. – 3. I principali punti controversi. – 3.1. Il finanziamento non a scopo di lucro. – 3.2. Il difensore come finanziatore – 3.3. L’assicurazione come finanziamento. – 4. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

Il crescente ricorso all’arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie¹ e gli elevati costi dello stesso² hanno determinato, negli ultimi anni, un notevole incremento della domanda di servizi grazie ai quali soggetti non adeguatamente dotati delle risorse a tal fine necessarie possono iniziare un procedimento arbitrale.

¹ Pochi sono, ad oggi, i dati disponibili sul ricorso all’arbitrato nell’anno 2022, non ancora terminato. Ad ogni modo, i dati rilasciati annualmente dalle maggiori istituzioni arbitrali del mondo hanno dimostrato come, nel 2021, il ricorso all’arbitrato si sia mantenuto sostanzialmente stabile rispetto al 2020, anno nel quale si è invece avuto un significativo aumento del numero di casi registrati. Per una analisi complessiva dei dati relativi al 2020 si veda M. ALTENKIRCH e E. KLODT, *Arbitration Statistics 2020 – In Full Sail Through the COVID Storm*, Global Arbitration News, 12 ottobre 2021, disponibile all’indirizzo <https://globalarbitrationnews.com/arbitration-statistics-2020/>. I dati finora disponibili per l’anno 2021 dimostrano come, sebbene per talune istituzioni vi sia stato un lieve calo di nuovi casi registrati, il numero si mantenga sostanzialmente stabile. La Camera di commercio internazionale (*International Chamber of Commerce* – ICC) ha registrato, dal 1° gennaio al 31 ottobre 2021, un totale di 853 nuovi casi, rispetto ai 946 del 2020 (per le statistiche preliminari del 2021, si veda <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-unveils-preliminary-dispute-resolution-figures-for-2021/>; per le statistiche del 2020, si veda <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>). I dati pubblicati dall’ICSID riferiscono invece di 66 nuovi casi nel 2021 (in confronto ai 58 del 2020: per i dati del 2021, si veda https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf; per i dati del 2020, si veda <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20ENG.pdf>). La Camera di commercio di Stoccolma (*Stockholm Chamber of Commerce* – SCC) ha registrato, nel 2021, 165 nuovi casi (rispetto ai 213 del 2020: <https://sccinstitute.com/statistics/>; <https://sccinstitute.com/media/1820876/statistics-scc-2020.pdf>). Il Centro di arbitrato internazionale di Hong Kong (*Hong Kong International Arbitration Centre* – HKIAC) riporta, per il 2021, 277 nuovi casi, rispetto ai 318 del 2020 (<https://www.hkiac.org/about-us/statistics>). La *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) ha registrato 636 nuovi casi nel 2021, in confronto ai 739 del 2020 (<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=40&l=en>).

² Per informazioni sui costi dei procedimenti amministrati dalle principali istituzioni arbitrali, si veda <https://globalarbitrationnews.com/comparative-chart/>.

Stimare la portata effettiva del fenomeno del TPF di procedimenti arbitrali è cosa non semplice: la segretezza che spesso avvolge la conclusione di accordi di finanziamento e la enorme varietà di strumenti a disposizione di chi intenda finanziare una lite (o ottenere un finanziamento) sono fattori che incidono negativamente sulla possibilità di determinare concretamente il grado di diffusione della pratica in discussione. Ad ogni modo, diverse fonti riportano una crescita notevole nella richiesta di servizi di finanziamento avvenuta negli ultimi anni; è stato ad esempio stimato che il finanziamento ad opera di terzi dei costi del procedimento arbitrale abbia avuto un fortissimo sviluppo a partire dal 2012: nei successivi quattro anni si sarebbe infatti registrato un incremento del 500% in termini di accordi di finanziamento conclusi e di finanziatori operanti sul mercato³. Ancora, il Report redatto dalla *task force* dell'*International Council for Commercial Arbitration* e della *Queen Mary University of London* nel 2018 (Report ICCA-QMUL) stimava il valore del mercato del finanziamento del contenzioso (non soltanto arbitrale) in più di 10 miliardi di US\$⁴. A ciò si aggiunga anche il presumibile e in parte già avvertito incremento dell'uso di strumenti di finanziamento dovuto alla crisi economica globale conseguente alla pandemia di Covid-19⁵.

Un ulteriore ostacolo alla realizzazione di una corretta stima della diffusione del fenomeno contribuisce anche, e in maniera significativa, la difficoltà di definire quest'ultimo. In effetti, l'obiettivo del finanziamento delle spese di lite può essere concretamente raggiunto attraverso l'impiego di una enorme varietà di strumenti economici e contrattuali, la cui esistenza, del resto, può precedere la stessa concettualizzazione del finanziamento quale istituto autonomo. Le variabili possono essere molteplici: nella sua forma più semplice, il TPF può realizzarsi mediante un accordo di finanziamento c.d. *non-recourse*, vale a dire un accordo in forza del quale il finanziatore ha diritto ad esigere il credito vantato nei confronti del soggetto finanziato soltanto in caso di esito vittorioso della controversia. Ancora, ad esempio, il finanziamento – che può riguardare la totalità o soltanto una parte delle spese di lite – può consistere: *i*) nella concessione di un mutuo il cui capitale, maggiorato degli interessi, dovrà essere restituito al finanziatore in caso di vittoria della lite; *ii*) in un accollo delle

³ J. DELANEY, *Mistakes to Avoid When Approaching Third-Party Funders*, Global Arbitration Review, 15 aprile 2014, disponibile all'indirizzo <https://globalarbitrationreview.com/article/1033321/mistakes-to-avoid-when-approaching-third-party-funders>.

⁴ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, L'Aja, International Council for Commercial Arbitration, 2018, disponibile all'indirizzo https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf, p. 17. Stime più recenti possono rinvenirsi in uno studio condotto dall'Unità per il valore aggiunto europeo del Parlamento dell'UE (J. SAULNIER, K. MÜLLER e I. KORONTHALYOV, *Responsible Private Funding of Litigation. European Added Value Assessment*, 2021, disponibile all'indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU\(2021\)662612_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf), p. 4 ss.).

⁵ M. BETTS e E. KASIORA, *The Impact of the Covid-19 Pandemic on Third Party Funding and Security for Costs in International Commercial Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 30 luglio 2020, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/30/the-impact-of-the-covid-19-pandemic-on-third-party-funding-and-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration/>; BLOOMBERG LAW, *Litigation Finance Survey 2021*, disponibile all'indirizzo <https://aboutblaw.com/0hh>.

spese di lite che ha come corrispettivo una percentuale dell'esito vittorioso; *iii*) in un'assicurazione contro il rischio di soccombenza e di conseguente condanna al pagamento delle spese legali della controparte; *iv*) una forma di finanziamento può realizzarsi anche attraverso un patto di quota lite, vale a dire attraverso quell'accordo mediante il quale l'onorario del difensore viene a dipendere in tutto o in parte dall'esito della controversia e ad essere parametrato a questo; *v*) ancora, fondi per l'istituzione di o la difesa in un procedimento possono essere concessi non a scopo di lucro, senza altro fine che quello di supportare l'attore o il convenuto nel perseguimento dei propri obiettivi⁶. Un finanziamento, infine, può essere concesso da una molteplicità di soggetti: da un terzo persona giuridica che svolga professionalmente questa attività, una banca, un assicuratore, una persona fisica, una impresa concorrente della controparte del soggetto finanziato nonché, in linea teorica, da uno Stato⁷.

Il primo ostacolo a una trattazione coerente del TPF, quindi, è quello di definirlo propriamente. Non a caso, emerge da una ricognizione di strumenti nazionali ed internazionali, dai regolamenti arbitrali e dalla dottrina una certa disomogeneità nell'approccio al fenomeno. Tale disomogeneità dipende a sua volta da diversi fattori. In primo luogo, le regole domestiche sulla possibilità di finanziare una controversia possono variare considerevolmente da una giurisdizione all'altra. A titolo meramente esemplificativo, si può rammentare come in alcuni ordinamenti – prevalentemente di *common law* – alcune forme di finanziamento da parte di terzi possano essere precluse da dottrine quali *champerty*, *maintenance* e *barratry*, le quali fanno divieto di istigare un'azione o supportare in altro modo una delle parti in giudizio. Nelle parole della Corte Suprema degli Stati Uniti, “*maintenance is helping another prosecute a suit; champerty is maintaining a suit in return for a financial interest in the outcome; and barratry is a continuing practice of maintenance or champerty*”⁸. Alcuni ordinamenti di *common law* prevedevano addirittura che il finanziamento fosse un reato; sebbene oggi ciò non sia più

⁶ In generale, si vedano: INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 17 ss.; M. SMITH e A. WESOLOWSKI, *Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder's Perspective*, in “BCDR International Arbitration Review”, 2018, p. 225 ss.; M. DE MORPURGO, *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, in “Cardozo Journal of International and Comparative Law”, 2011, p. 343 ss.; C. CARRARA, *Il third-party funding: evoluzione storica e ruolo nell'arbitrato internazionale*, in D. MANTUCCI (a cura di), “Trattato di diritto dell'arbitrato. Vol. XII. L'arbitrato nei rapporti commerciali internazionali”, Napoli, ESI, 2021, p. 925 ss.; J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, Capitolo II, p. 11 ss. L. BENCH NIEUWVELD e V. SHANNON SAHANI, “Third-Party Funding in International Arbitration”, L'Aja, Kluwer Law International, II ed., 2017, pp. 3-7 e pp. 21-42.

⁷ Chi scrive non ha rinvenuto, allo stato, esempi concreti di finanziamento dei costi di lite ad opera di uno Stato; tuttavia, ne è fatta menzione in INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 48.

⁸ US Supreme Court, *In Re Primus*, 30 maggio 1978. Su *champerty*, *maintenance* e *barratry*, in generale, si vedano: G. M. SOLAS, “Third Party Funding. Law, Economics, and Policy”, Cambridge, CUP, 2019, p. 24 ss.; N. ROWLES-DAVIS, “Third-Party Litigation Funding”, Oxford, OUP, 2014, p. 23 ss.; R. L. COHEN e R. M. SCHWARTZ, *Champerty and Claims Trading*, in “American Bankruptcy Institute Law Review”, 2003, p. 197 ss.; M. RADIN, *Maintenance by Champerty*, in “California Law Review”, 1935, p. 48 ss.

vero⁹, in molti di questi ordinamenti *champerty* e *maintenance* operano ancora come principi di ordine pubblico che possono determinare la non eseguibilità di un contratto di finanziamento¹⁰. Ancora, anche gli ordinamenti ai quali gli istituti in discorso sono estranei possono contemplare specifiche norme in grado di incidere sulle forme di finanziamento (e di finanziatore) consentite. Si pensi, in proposito, al divieto, presente in alcuni sistemi domestici, di determinazione dell'onorario del difensore subordinandolo all'esito vittorioso della controversia¹¹, divieto che incide sulla possibilità che un difensore possa assumere contestualmente il ruolo di finanziatore.

In tale contesto, è evidente che qualsiasi proposta di ricostruzione e analisi del fenomeno del finanziamento necessiti preliminarmente di una sua chiara definizione. Il Capitolo intende quindi rispondere a tale esigenza, cercando di fornire una definizione che tenga conto di tutte le possibili variabili. A tal fine, si procederà come segue: in primo luogo, si effettuerà una panoramica delle definizioni utilizzate da quanti abbiano già tentato uno sforzo di studio e regolamentazione dell'istituto del TPF (Sezione 2). In particolare, si prenderanno in esame strumenti nazionali (Sezione 2.1), trattati (Sezione 2.2), regolamenti arbitrali e altri atti promananti da istituzioni arbitrali (Sezione 2.3), nonché strumenti di *soft law* correntemente utilizzati nella conduzione dei procedimenti (come le linee guida della *International Bar Association* – IBA sui conflitti d'interessi nell'arbitrato internazionale¹², Sezione 2.4). Si guarderà infine alle definizioni adottate nell'ambito dei lavori di modifica delle regole arbitrali ICSID, in vigore dal luglio 2022, e del gruppo di lavoro della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio

⁹ Al punto che, nel 2013, a meno di 50 anni dall'abolizione dei reati di *champerty* e *maintenance*, l'ex Presidente della Corte Suprema del Regno Unito Lord Neuberger ha definito la pratica di finanziamento del contenzioso come “the life-blood of the justice system [... which] helps maintain our society as an inclusive one”: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-130508.pdf>.

¹⁰ Si vedano, per alcuni esempi recenti, England and Wales Court of Appeal (Civil Decision) on Appeal from the High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales, *Peter Farrar and Candey Limited v. David Miller*, 11 marzo 2022, [2021] EWHC 1950 (Ch); Ireland Supreme Court, *Persona Digital Telephony Ltd v. Minister for Public Enterprise*, 23 maggio 2017, [2017] IESC 27, 54 (iv); United States District Court for the Southern District of New York, *Phoenix Light SF Limited, et al. v. U.S. Bank National Association and Bank of America, NA*, No. 14-CV-10116 (VSB), 2020 WL 1285783 (S.D.N.Y. Mar. 18, 2020).

¹¹ Ad esempio, ai sensi dell'Art. 13, co. 4, della Legge 31 dicembre 2012, n. 247, “[s]ono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa”. In Germania, la Sezione 4a della legge federale sui compensi degli avvocati (*Rechtsanwaltsvergütungsgesetz* – RVG) prevede che il patto possa essere stipulato soltanto in determinate ipotesi, ad esempio quando il cliente, per mancanza di mezzi, senza tale patto si vedrebbe costretto a rinunciare al perseguimento dell'azione. L'accordo, inoltre, deve indicare i motivi che hanno indotto le parti alla pattuizione, in mancanza dei quali l'avvocato può esigere soltanto l'onorario che gli spetterebbe in base alle tariffe professionali. Si veda E. D'ALESSANDRO, “Contratto di finanziamento della lite”: mera operazione finanziaria finalizzata a trarre profitto dal processo civile ovvero strumento che agevola l'accesso alla tutela giurisdizionale?, in “Int'l Lis”, 2016, p. 142 ss. Si vedano inoltre, sebbene aggiornati rispettivamente al 2015 e al 2013: ICC, *ICC Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration*, disponibile all'indirizzo <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>, Appendix B, *Summary of National Reports*, p. 43 ss.; C. KAPLAN, *Third-Party Funding in International Arbitration. Issues for Counsel*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), “Third-party Funding in International Arbitration”, cit., p. 70 ss.

¹² *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, 23 ottobre 2014, disponibili all'indirizzo <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>.

internazionale (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*) per la riforma dei meccanismi di risoluzione delle controversie tra Stati e investitori stranieri (*Investor-State Dispute Settlement – ISDS*, Sezione 2.5). Tale panoramica permetterà di enucleare, da un lato, i fenomeni pacificamente e unanimemente ricondotti nell’ambito della definizione di TPF e, contestualmente, di esaminare singolarmente i principali punti controversi sui quali le definizioni esaminate divergono sensibilmente (Sezione 3). Nello specifico, ci si soffermerà su tre forme di supporto economico delle parti in giudizio sulla cui inclusione nella definizione di finanziamento anche la dottrina ha espresso i maggiori dubbi: *i*) il finanziamento non a scopo di lucro (vale a dire, quello al quale non corrisponde alcuna remunerazione del finanziatore, Sezione 3.1); *ii*) il finanziamento ottenuto per il tramite di un accordo sul compenso del difensore dipendente in tutto o in parte dall’esito della controversia (Sezione 3.2); e *iii*) il finanziamento derivante dalla stipula di una polizza assicurativa contro l’eventualità di incorrere in spese necessarie alla tutela in giudizio dei propri diritti o di dover pagare le spese legali della controparte (Sezione 3.3). Ciò consentirà, da ultimo (Sezione 4), di individuare la definizione di finanziamento da parte di terzi utilizzata nell’ambito della trattazione che seguirà; questa, come si avrà modo di vedere, deve essere intesa – in linea con la maggior parte degli strumenti normativi adottati sul piano internazionale – in senso ampio, atto a ricomprendere tutte le ipotesi nelle quali il rischio economico di esito sfavorevole della controversia non gravi (interamente) su una parte.

2. DEFINIZIONI CORRENTEMENTE IN USO DI FINANZIAMENTO

2.1. Strumenti nazionali (legislazioni nazionali e strumenti non vincolanti)

A dispetto di quanto il recente interesse dottrinale e giurisprudenziale sul tema possa far pensare, la pratica del finanziamento dei costi di lite da parte di un soggetto formalmente estraneo ad una controversia non è affatto moderna. Secondo alcuna dottrina, istituti in vario modo riconducibili a tale fenomeno erano già in uso nell’antica Grecia e nell’antica Roma¹³. Ancora, risale all’Inghilterra medievale il divieto di finanziare o anche solo di istigare una lite nella quale non si aveva un diretto interesse, attuato attraverso i già menzionati istituti di *champerty* e *maintenance*, previsti come illeciti penali dagli ordinamenti di *common law* fino a tempi relativamente recenti¹⁴ e, in alcuni di questi, ancora oggi vigenti¹⁵.

¹³ V. *supra*, nota 8.

¹⁴ Si veda, ad esempio, Regno Unito, *Criminal Law Act 1967*, disponibile all’indirizzo <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/contents>. (“Section 13. Abolition of certain offences, and consequential repeals: (1) The following offences are hereby abolished, that is to say (a) any distinct offence under the common law in England and Wales of maintenance (including champerty, but not embracery) [...]”; “Section 14. Civil rights in respect of maintenance and champerty: (1) No person shall, under the law of England and Wales, be liable in tort for any conduct on account of its being maintenance or champerty as known to the common law, except in the case of a cause of action accruing before this section has effect. [...]”).

¹⁵ V. *supra*, nota 10.

In effetti, l'eventualità che un soggetto non parte di una controversia possa sostenere le spese di una delle parti al fine di consentire a quest'ultima di stare in giudizio per far valere i propri diritti è oggetto di regolamentazioni anche significativamente diverse tra di loro nei vari ordinamenti, giacché essa incide su questioni di importanza fondamentale per qualunque Stato e per qualunque sistema di amministrazione della giustizia: corretto svolgimento dei procedimenti, imparzialità e indipendenza dei soggetti giudicanti, necessità di non incentivare azioni frivole per garantire la tenuta del sistema giudiziario.

Per tali ragioni, appare opportuno che l'analisi che qui ci si propone di condurre prenda le mosse dalla definizione di TPF adottata negli ordinamenti interni che di una tale definizione dispongano. Allo stato attuale, pochi sono gli Stati che risultano essersi dotati di strumenti normativi *ad hoc* per la regolamentazione del finanziamento. Nel 2018, il Report ICCA-QMUL identificava soltanto due ordinamenti con una regolamentazione specifica dell'istituto, vale a dire Singapore e Hong Kong¹⁶. Ciò non sorprende: in quanto ordinamenti di *common law*, fino agli interventi legislativi di cui si dirà a breve, le dottrine di *champerty* e *maintenance* erano (o potevano essere) comunemente utilizzate dai giudici per sancire la non eseguibilità di accordi di finanziamento¹⁷. In tali Stati, quindi, la regolamentazione del TPF risultava necessaria più che altrove, per consentire un adeguamento al già menzionato incremento del suo uso.

Singapore ha ammesso l'uso del TPF soltanto nel 2017, attraverso una modifica del *Civil Law Act* recante l'espresso riconoscimento della possibilità di utilizzare il finanziamento¹⁸, sebbene solo per determinate categorie di meccanismi di risoluzione

¹⁶ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 56. Ai due Stati menzionati potrebbe a breve aggiungersene un terzo, vale a dire la Nigeria, in procinto di adottare definitivamente il nuovo *Arbitration and Mediation Act 2022* (allo stato in attesa dell'assenso presidenziale), il quale prevederebbe che "[t]he torts of Maintenance and Champerty [...] do not apply in relation to third-party funding of arbitration" (Sezione 61). La Sezione 91 definisce un accordo di TPF come "a contract between the Third-Party Funder and a disputing party, an affiliate of that party, or a law firm representing that party, in order to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a selected range of cases, and such financing is provided either through a donation or grant or in return for reimbursement dependent on the outcome of the dispute or in return for a premium payment". Si tratta di una definizione molto più ampia di quelle adottate in Hong Kong e Singapore, come si vedrà nelle pagine immediatamente seguenti. Per un commento al disegno di legge si veda T. FISHER, *Nigeria Passes New Arbitration Law and Allows Funding*, *Global Arbitration Review*, 16 maggio 2022, disponibile all'indirizzo <https://globalarbitrationreview.com/article/nigeria-passes-new-arbitration-law-and-allows-funding>.

¹⁷ "In principle and on authority, the law of champerty ought to apply, in my judgment, to arbitration proceedings as it applies to proceedings in court. If it is contrary to public policy to traffic in causes of action without a sufficient interest to sustain the transaction, what does it matter if the cause of action is to be prosecuted in court or in an arbitration?" (Supreme Court of Singapore – Court of Appeal, *Otech Pakistan Pvt Ltd v. Clough Engineering Ltd and Another*, 27 dicembre 2006, [2006] SGCA 46, par. 37).

¹⁸ "Abolition of tort of maintenance and champerty: 5A. (1) It is declared that no person is, under the law of Singapore, liable in tort for any conduct on account of its being maintenance or champerty as known to the common law. (2) Subject to section 5B, the abolition of civil liability under the law of Singapore for maintenance and champerty does 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" (*Civil Law (Amendment) Act 2017*, Section 2 "New Sections 5A and 5B"). Tuttavia, "Validity of certain contracts for funding of claims: 5B: [...] (2) A contract under which a qualifying Third-Party Funder provides funds to any party for the purpose of funding all or part of the costs of that party in prescribed dispute resolution proceedings is not contrary to public policy or otherwise illegal by reason that it is a contract for maintenance or champerty".

delle controversie¹⁹. Così, la nuova Sezione 5B introdotta nella legge prevede quanto segue:

“‘third-party funding contract’ means a contract or agreement by a party or potential party to dispute resolution proceedings with a Third-Party Funder for the funding of all or part of the costs of the proceedings in return for a share or other interest in the proceeds or potential proceeds of the proceedings to which the party or potential party may become entitled”.

In aggiunta, sono prescritte delle condizioni per l’esercizio dell’attività di finanziamento. Infatti,

“4. (1) For the purposes of the definition of “qualifying Third-Party Funder” [...], the qualifications and other requirements that a qualifying Third-Party Funder must satisfy and continue to satisfy are the following:

(a) the Third-Party Funder carries on the principal business, in Singapore or elsewhere, of the funding of the costs of dispute resolution proceedings to which the Third-Party Funder is not a party;

(b) the Third-Party Funder has a paid-up share capital of not less than \$5 million or the equivalent amount in foreign currency or not less than \$5 million or the equivalent amount in foreign currency in managed assets.

[...]”²⁰.

Da tali previsioni possono ricavarsi almeno due considerazioni. In primo luogo, la normativa “di favore” per il finanziamento risulta applicabile soltanto laddove il finanziatore rispetti determinati requisiti e, in particolare, svolga l’attività di finanziamento in maniera professionale e continua. Essa, infatti, è volta ad assicurare che chiunque fornisca servizi di finanziamento in Singapore sia un soggetto affidabile e solvibile. Di talché, la possibilità di stipulare un accordo di finanziamento che non incorra nei limiti di eseguibilità dati da *champerty* e *maintenance* sembra preclusa a soggetti che non abbiano tali requisiti quali, ad esempio, le persone fisiche o le società appartenenti al medesimo gruppo di quella parte della lite finanziata²¹. In secondo luogo, dalla definizione poc’anzi citata può farsi derivare che un elemento caratterizzante il contratto

¹⁹ Di cui alle *Civil Law (Third-Party Funding) Regulations*, Regulation 3, come modificata dalle *Civil Law (Third-Party Funding) (Amendment) Regulations 2021*.

²⁰ *Civil Law (Third-Party Funding) Regulations*, Regulation 4, (rubricata “*Qualifications for ‘qualifying Third-Party Funder’*”).

²¹ Si veda l’*Explanatory Statement of the Civil Law (Amendment) Bill of 2016*, disponibile all’indirizzo <https://sso.agc.gov.sg/Bills-Supp/38-2016/Published/20161107?DocDate=20161107&ProvIds=xn-#xn->: “The Bill seeks to achieve the following objectives: [...] (d) to provide that a Third-Party Funder that fails to comply with any prescribed qualification or other prescribed requirement cannot enforce its rights arising from or under the third-party funding contract [...]”. Il che, come notato da INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 57, determinerebbe che “such funding agreements would apparently be unenforceable under Singapore law, but such agreements may still be enforceable if the parties select other law and another jurisdiction for enforcement of the agreement”.

di finanziamento è la previsione di un ritorno economico per il finanziatore parametrato al valore della controversia finanziata. Resterebbe quindi escluso, da una simile definizione, un finanziamento concesso non a scopo di lucro nonché ogni forma di finanziamento nel quale il compenso spettante al finanziatore sia determinato in misura fissa²².

Una simile evoluzione legislativa ha interessato anche Hong Kong²³, dove soltanto nel 2017 la *Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance*²⁴ ha statuito che *champerty* e *maintenance* non sono applicabili agli accordi di finanziamento di un procedimento arbitrale²⁵. Lo stesso strumento definisce il “third party funding of arbitration” come

“the provision of arbitration funding for an arbitration (a) under a funding agreement; (b) to a funded party; (c) by a third party funder; and (d) in return for the third party funder receiving a financial benefit only if the arbitration is successful within the meaning of the funding agreement”²⁶.

Anche in questo caso, quindi, il finanziamento si configura soltanto laddove il finanziatore goda di un ritorno economico dipendente dall'esito della controversia, rimanendo esclusi i casi di finanziamento *pro bono* e a remunerazione fissa. Quanto ai soggetti autorizzati a fornire servizi di finanziamento, invece, non sembrano essere prescritti particolari requisiti: il finanziatore è infatti definito come un soggetto parte di un accordo di finanziamento che non abbia altro interesse nella controversia che l'accordo di finanziamento stesso²⁷. Sono esclusi, tuttavia, i difensori, i quali non possono

²² INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 57. Le modifiche legislative intervenute in Singapore con riferimento all'istituto del TPF hanno portato diverse istituzioni ad emanare varie linee guida per la gestione dello stesso. Si vedano: THE LAW SOCIETY OF SINGAPORE, *Guidance Note 10.1.1, Third Party Funding*, 25 aprile 2017 disponibile all'indirizzo https://www.mlaw.gov.sg/files/Council_GN_Third_Party_Funding.pdf; SINGAPORE INSTITUTE OF ARBITRATORS, *SIArb Guidelines for Third Party Funders*, 18 maggio 2017, disponibile all'indirizzo https://www.siarb.org.sg/images/SIArb-TPF-Guidelines-2017_final18-May-2017.pdf; SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC), *Practice Note PN – 01/17 on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding*, disponibile all'indirizzo <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>.

²³ Sulla disciplina del TPF di Singapore e Hong Kong si vedano, in generale, C. BAO, *Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter*, in “Journal of International Arbitration”, 2017, p. 387 ss.; C. EKEN, *A Detailed Comparison of Third-Party Funding Regulations in Hong Kong and Singapore*, in “Asia Pacific Law Review”, 2022, p. 5 ss.

²⁴ Disponibile all'indirizzo <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>.

²⁵ Part 2, Section 3, Division 1, Purposes, 98E, “Purposes”.

²⁶ Part 2, Section 3, Division 2, Interpretation, 98G, “Meaning of Third Party Funding of Arbitration”.

²⁷ Part 2, Section 3, Division 2, Interpretation, 98J, “Meaning of Third Party Funder”.

contestualmente assumere le vesti di finanziatori²⁸, confermando quindi la vigenza, nell'ordinamento in esame, di un divieto di patti di quota lite²⁹.

Un altro esempio di regolamentazione del TPF è quello del Centro finanziario internazionale di Dubai (*Dubai International Finance Centre – DIFC*), una zona economica speciale negli Emirati Arabi Uniti istituita nel 2004 con un ordinamento giuridico ed un sistema giudiziario indipendenti. Il 14 marzo 2017, il DIFC ha adottato la *Practice Direction No. 2 of 2017 on Third Party Funding in the DIFC Courts*³⁰, ai sensi della quale:

“d. A ‘Funder’ means a person or entity independent from the Funded Party and the Associated Law Firm, including a parent entity, subsidiary entity or group of entities, that provides Funding towards the Proceedings.

e. ‘Funding’ means any form of financial assistance *which potentially confers to the Funder an economic benefit which is linked to the outcome of the Proceedings, including but not limited to receiving a share of the Proceeds*”³¹.

La definizione appena riportata appare problematica, nella misura in cui richiede che, per aversi un finanziamento, il finanziatore goda di un potenziale beneficio economico connesso all'esito della controversia finanziata, *interesse che però non corrisponde necessariamente al percepimento di una quota di quanto eventualmente attribuito alla parte finanziata in caso di esito vittorioso*. La nozione di “economic benefit”, quindi, appare così vaga da determinare dubbi sull'inclusione nella definizione dei finanziamenti non a scopo di lucro: se, da un lato, appaiono sicuramente escluse le ipotesi di TPF *pro bono* “puro” (vale a dire, quelle nelle quali il finanziatore non ha altro interesse che il supporto delle ragioni del soggetto finanziato, ipotesi che possono verificarsi ad esempio nel caso di finanziamenti concessi da organizzazioni filantropiche)³², la situazione appare più incerta con riferimento alle ipotesi in cui l'interesse del finanziatore sia presente ma

²⁸ Part 2, Section 3, Division 3, 98O, “Third Party Funding of Arbitration Not Prohibited by Particular Common Law Offences or Tort”.

²⁹ Sezione 64 della *Legal Practitioners Ordinance*. Il divieto, peraltro, sembra essere in via di superamento, quantomeno per l'arbitrato. E. TAYLOR, *Hong Kong's Law Reform Commission Green-Light Outcome Related Fee Structures for Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 3 febbraio 2021, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/03/hong-kongs-law-reform-commission-green-lights-outcome-related-fee-structures-for-arbitration/>.

³⁰ Disponibile all'indirizzo <https://www.difccourts.ae/rules-decisions/practice-directions/practice-direction-no-2-of-2017-on-third-party-funding-in-the-difc-courts>.

³¹ Par. 2 (corsivo aggiunto). Si veda anche *DIFC Courts' Order No. 4 of 2019 Mandatory Code of Conduct for Legal Practitioners in the DIFC Courts*, disponibile all'indirizzo https://www.difccourts.ae/wp-content/uploads/2019/09/DIFC_Courts_Order_No._4_of_2019_Mandatory_Code_of_Conduct_for_Legal_Practitioners_in_the_DIFC%20Courts.pdf, Sezione 12(E), Sezione 18(D).

³² Ipotesi verificate, ad esempio, nell'ambito dell'arbitrato in materia di investimenti. Significativo in questo senso è il caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, nel quale lo Stato convenuto era finanziato dall'*Anti-Tobacco Trade Litigation Fund*, creato per aiutare i paesi a basso e medio reddito nelle controversie contro i produttori di tabacco. Sul punto, si veda la Sezione 3.1.

indiretto (ad esempio, nel caso di finanziamento ad opera di una società concorrente della controparte)³³.

In aggiunta, la necessità che il beneficio economico potenzialmente spettante al finanziatore dipenda (“*is linked to*”) dall’esito della controversia rende incerta la possibilità di includere nell’ambito applicativo della definizione le polizze assicurative a copertura delle spese legali, a seconda che il premio pagato dall’assicurato sia o meno parametrato all’esito della controversia stessa. Come si avrà modo di approfondire in seguito, infatti³⁴, l’assicurazione può distinguersi in *after the event* (ATE) o *before the event* (BTE), a seconda che la polizza venga stipulata dopo (ATE) o prima (BTE) dell’insorgenza di una controversia. La distinzione rileva in ragione del fatto che nell’assicurazione di tipo ATE il premio viene spesso calcolato come percentuale di quanto l’assicurato può ottenere dal procedimento ed è dovuto soltanto in caso di vittoria dello stesso (c.d. premio *no win no fee*). Nelle polizze BTE, invece, il premio è spesso determinato in misura fissa da corrispondere, normalmente, periodicamente all’assicuratore. È quindi dubbio che in tale ultima ipotesi il premio – da intendersi come remunerazione del finanziatore – possa dirsi strettamente dipendente dall’esito della controversia.

Definizione ancora differente è quella adottata nella zona economica speciale dell’*Abu Dhabi Global Market* (ADGM)³⁵. Le *ADGM Courts, Civil Evidence, Judgments, Enforcement and Judicial Appointments Regulations 2015*³⁶ prevedono infatti, all’Art. 225, par. 2, che:

“For the purposes of this section a litigation funding agreement is an agreement under which

(a) a person (‘the funder’) agrees to fund (in whole or in part) the provision of advocacy or litigation services (by someone other than the funder) to another person (‘the litigant’); and

(b) the litigant agrees to pay a sum to the funder in specified circumstances”.

Tale definizione, per quanto peculiare, appare meno problematica di quella precedentemente richiamata. Infatti, se da un lato la previsione di cui alla lett. b)

³³ Il caso più emblematico in questo senso può rinvenirsi, ancora una volta, nell’ambito dell’arbitrato in materia di investimenti. Nel caso *Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. The Russian Federation*, SCC Arbitration No. 24/2007, gli investitori ricorrenti erano finanziati – in virtù di un accordo che non prevedeva alcun compenso – dall’azionista di maggioranza della società Yukos, successivamente coinvolta in una controversia con la Russia ai sensi del Trattato sulla carta dell’energia. È stato sostenuto dalla dottrina che l’accordo di finanziamento servisse il proposito di aiutare la società finanziatrice ad ottenere un precedente favorevole spendibile in tale ultima controversia: V. S. SAHANI, *Revealing Not-for-Profit Third-Party Funding in Investment Arbitration*, disponibile all’indirizzo <https://oxia.oupplaw.com/page/565>. Sul punto, si veda la Sezione 3.1.

³⁴ Sui diversi modelli di assicurazione delle spese legali si veda *infra*, Sezione 3.3.

³⁵ Zona economica speciale con ordinamento giuridico distinto istituita all’interno della capitale degli Emirati Arabi Uniti.

³⁶ Disponibili all’indirizzo https://www.adgm.com/documents/courts/legislation-and-procedures/legislation/regulations/adgm_courts_regulations_2015_amended_18_december_2018.pdf.

determina la sicura esclusione dalle ipotesi di finanziamento di quello *pro bono*, dall'altro l'assenza del requisito del collegamento tra la somma spettante al finanziatore e l'esito della controversia determina la possibilità di includere tutte le forme concepibili di finanziamento a scopo di lucro comprese, ad esempio, le polizze assicurative con premio fisso. Un'eccezione, tuttavia, è rappresentata dai patti di quota lite, i quali non rientrano nella definizione di "litigation funding agreement" in ragione della disposizione di cui alla lett. a), in forza della quale il soggetto che assume la difesa della parte deve essere diverso dal finanziatore ("the provision of advocacy or litigation services (*by someone other than the funder*)")³⁷.

Un ultimo esempio di regolamentazione interna del TPF è quella adottata dalla *Association of Litigation Funders of England and Wales*, una associazione di categoria che, nel 2011, ha volontariamente adottato un codice di condotta per i propri membri, da ultimo aggiornato nel 2018³⁸. La pratica del finanziamento viene descritta dall'associazione nei termini che seguono:

"Litigation funding is where a third party provides the financial resources to enable costly litigation or arbitration cases to proceed. The litigant obtains all or part of the financing to cover its legal costs from a private commercial litigation funder, who has no direct interest in the proceedings. In return, if the case is won, the funder receives an agreed share of the proceeds of the claim. If the case is unsuccessful, the funder loses its money and nothing is owed by the litigant"³⁹.

In modo simile a quanto previsto dalle già esaminate legislazioni di Singapore e Hong Kong, la definizione copre esclusivamente il finanziamento a scopo di lucro; ciò appare confermato anche dalla definizione di finanziatore di cui alla Sezione 2.5 del codice di condotta⁴⁰. Ciò non sorprende, trattandosi di un codice di condotta adottato da una associazione i cui membri sono esclusivamente professionisti che operano in maniera stabile nel settore del finanziamento del contenzioso⁴¹.

Si ricava dalla panoramica delle (poche) definizioni di TPF adottate su base nazionale come queste ultime si riferiscano quasi esclusivamente a forme di finanziamento *a scopo di lucro* e come, in alcuni casi, esse prevedano addirittura dei requisiti per l'esercizio dell'attività di finanziamento. In aggiunta, quasi tutte le definizioni esaminate – ad eccezione di quella dell'ADGM – concepiscono, essenzialmente, il ritorno economico del

³⁷ A conferma di ciò, le *Regulations* prevedono una autonoma definizione, alla Sezione 224, par. 2, di "damage-based agreements", vale a dire "an agreement between a person providing advocacy or litigation services and the recipient of those services which provides that – (a) the recipient is to make a payment to the person providing the services if the recipient obtains a specified financial benefit in connection with the matter in relation to which the services are provided; and (b) the amount of that payment is to be determined by reference to the amount of the financial benefit obtained".

³⁸ Disponibile all'indirizzo <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>.

³⁹ <https://associationoflitigationfunders.com/about-us/litigation-finance/>.

⁴⁰ "A litigation funder [...] receives a share of the proceeds if the claim is successful (as defined in the LFA)".

⁴¹ <https://associationoflitigationfunders.com/membership/membership-directory/>.

finanziatore come parametrato all'esito della controversia finanziata o comunque dipendente dallo stesso.

Ciò sembra, in effetti, in linea con la natura e lo scopo di simili definizioni: come già detto, esse si occupano per lo più del TPF nella misura in cui ciò sia necessario ad adeguare gli ordinamenti di riferimento all'incremento del fenomeno⁴² o, come nel caso del codice di condotta della *Association of Litigation Funders of England and Wales*, promanano da associazioni di categoria composte da professionisti del finanziamento del contenzioso, che necessariamente definiscono il finanziamento come l'oggetto della propria attività *professionale*.

2.2. Trattati

Spostando il *focus* dell'analisi sugli strumenti internazionali, si può notare come le definizioni di TPF tendano ad essere più ampie e a ricomprendere espressamente nel loro campo di applicazione anche un finanziamento non concesso in previsione di un possibile ritorno economico per il finanziatore.

Definizioni di TPF sono state adottate, ad esempio, all'interno di trattati in materia di investimenti. Da una mappatura del contenuto di questi ultimi⁴³, emerge come – allo stato – soltanto sei di essi menzionino espressamente il finanziamento da parte di terzi; di questi, quattro contengono una sua definizione: i) l'accordo economico e commerciale globale UE-Canada del 2016 (*Comprehensive Trade and Economic Agreement between Canada and the European Union* – CETA)⁴⁴; ii) il trattato sulla protezione degli investimenti concluso dall'UE e da Singapore nel 2018⁴⁵; iii) il trattato sulla protezione degli investimenti concluso tra UE e Vietnam nel 2019⁴⁶; e iv) il trattato di libero scambio concluso tra Singapore e l'Alleanza del Pacifico nel 2022⁴⁷.

⁴² Così, ad esempio, è stato suggerito che la possibile esclusione dalla definizione di TPF di Singapore di forme di assicurazione BTE o ATE (sulle quali si veda *infra*, Sezione 3.3), “is likely related to the fact that the starting point for the legislative effort was to abolish the tort of maintenance and champerty, and these types of funding historically have not been regarded as implicating that tort”. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 57, nota 106.

⁴³ Condotta attraverso il database *Investment Policy Hub*, <https://investmentpolicy.unctad.org/>.

⁴⁴ Concluso il 30 ottobre 2016, non ancora in vigore, disponibile all'indirizzo <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3593/download>.

⁴⁵ Concluso il 15 ottobre 2018, non ancora in vigore, disponibile all'indirizzo <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3545/eu---singapore-investment-protection-agreement-2018->.

⁴⁶ Concluso il 30 giugno 2019, non ancora in vigore, disponibile all'indirizzo <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3616/eu---viet-nam-investment-protection-agreement-2019->.

⁴⁷ Concluso il 26 gennaio 2022, non ancora in vigore. Il Capitolo sugli investimenti è disponibile all'indirizzo <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6439/download>. Gli altri due trattati internazionali che menzionano il TPF, pur non prevedendone una definizione, sono: i) l'accordo di partnership economica Australia-Indonesia (*Comprehensive Economic Partnership Agreement* – CEPA), concluso il 4 marzo 2019, in vigore dal 5 luglio 2020, il cui capitolo sugli investimenti è disponibile all'indirizzo <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5991/download>, contenente una norma sulla *disclosure* degli accordi di finanziamento (Art. 14.32); e ii) il trattato bilaterale d'investimento (*Bilateral Investment Treaty* – BIT) tra Argentina ed Emirati Arabi Uniti, concluso il 16 aprile 2018, non ancora entrato in vigore, disponibile

Tutte e quattro le convenzioni appena richiamate contengono una definizione ampia di TPF, comprensiva, in particolare, delle donazioni.

L'Art. 8.1 del CETA (rubricato "Definitions"), recita infatti come segue:

"third party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings *either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute*" (corsivo aggiunto).

Formulazioni simili sono adottate dall'accordo UE-Singapore e da quello UE-Vietnam. Essi prevedono, rispettivamente:

"'third party funding' means any funding provided by a natural or juridical person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings *in return for a share or other interest in the proceeds or potential proceeds of the proceedings to which the disputing party may become entitled, or in the form of a donation or grant*"⁴⁸

e

"'third party funding' means any funding provided by a natural or juridical person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings *in return for a remuneration dependent on the outcome of the dispute, or any funding provided by a natural or juridical person who is not a party to the dispute in the form of a donation or grant*"⁴⁹.

all'indirizzo <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5761/download>, il cui Art. 24 prevede che "Third party funding is not permitted". Una definizione è rinvenibile anche nella proposta del mai siglato accord sul partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* – TTIP) tra UE e Stati Uniti, il cui Capitolo sugli investimenti (disponibile all'indirizzo https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf), all'Art. 1, prevedeva che: "'Third Party funding' means any funding provided by a natural or legal person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings in return for a remuneration dependent on the outcome of the dispute or in the form of a donation or grant". Il Report ICCA-QMUL riporta inoltre della presenza di definizioni anche in due bozze di modello di trattato bilaterale di investimento (Model *Bilateral Investment Treaty* – BIT) adottate da Francia e Slovacchia (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 62 ss.). Quanto alla prima, la versione definitiva dell'ultimo Model BIT, risalente al 2006, non reca menzione del TPF. Quanto alla seconda, l'ultima versione del Model BIT, adottata nel 2019, contiene solo una previsione sulla *disclosure* dell'accordo di finanziamento, senza definirlo.

⁴⁸ Chapter 3, Art. 3.1 ("Scope and Definitions") (corsivo aggiunto).

⁴⁹ Art. 3.28(i) ("Definitions") (corsivo aggiunto).

Da ultimo, l'Art. 8.1 (rubricato "Definitions") dell'accordo tra Singapore e Alleanza del Pacifico definisce il TPF come

"any funding that is provided by a person or enterprise who is not a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings including through a donation or a grant, or in return for a share or other interest in the proceeds or potential proceeds of the proceedings to which the disputing party may become entitled, including such remuneration that may be dependent on the outcome of the dispute".

Emerge, dalle definizioni appena riportate, come l'approccio degli Stati alla regolamentazione del TPF in strumenti internazionali sia opposto a quello adottato dagli stessi sul piano interno. Se infatti le legislazioni nazionali tendono ad utilizzare definizioni "ristrette" di finanziamento, limitando quest'ultimo alle ipotesi in cui il finanziatore risulti, in virtù dell'accordo di finanziamento, titolare di un interesse *economico* generalmente consistente in una percentuale della somma assegnata alla parte finanziata all'esito del giudizio, le definizioni contenute nei trattati internazionali tendono ad essere più ampie e a ricomprendere espressamente nel loro campo di applicazione anche un finanziamento non concesso in previsione di un ritorno economico per il finanziatore⁵⁰.

Una simile differenza non sembra affatto casuale e anzi riflette, verosimilmente, il più ampio contesto normativo nel quale tali definizioni sono inserite. Come è noto, infatti, l'arbitrato in materia di investimenti è da tempo oggetto di critiche per la sua struttura asimmetrica percepita dagli Stati come eccessivamente vantaggiosa per gli investitori⁵¹. Attraverso l'inserimento nei trattati in materia di investimenti di definizioni ampie di TPF, quindi, gli Stati mirano a regolamentarlo in maniera quanto più stringente possibile e, in ultima analisi, a scoraggiarne l'uso da parte degli investitori, i soggetti che, in quanto ricorrenti, statisticamente se ne avvalgono maggiormente⁵².

⁵⁰ Ad ogni modo, va notato che in due delle definizioni menzionate (CETA e accordo UE-Vietnam) la remunerazione, quando prevista, è concepita come dipendente dall'esito della controversia. Secondo alcuni, questo significherebbe che i finanziamenti prestati attraverso contratti di assicurazione delle spese legali stipulati prima dell'eventuale insorgenza di una controversia il cui corrispettivo è un premio fisso (assicurazioni BTE), sulle quali si veda la Sezione 3.3) non potrebbero essere considerate, ai sensi delle norme in discussione, TPF. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 62 (sul CETA, la cui definizione, però, per quanto qui rileva, è identica a quella dell'accordo UE-Vietnam).

⁵¹ Sul punto si veda, in generale: INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Report on the Equality of Parties before International Investment Tribunals (Rapporteur: Campbell McLachlan)*, 2019, disponibile all'indirizzo <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/06/Commission-18-Equality-of-parties-before-international-investment-tribunals-McLachlan-Travaux-La-Haye-2019.pdf>; C. N. BROWER e S. W. SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in "Chicago Journal of International Law", 2009, p. 471 ss.; M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K-H. CHUNG e C. BALCHIN (a cura di), "The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010. G. KAHALÉ III, *Is Investor-State Arbitration Broken?*, in "Transnational Dispute Management", 7/2012.

⁵² Lo scetticismo degli Stati nei confronti dell'uso del TPF nell'arbitrato in materia di investimenti è visibile nei commenti avanzati dagli stessi durante i lavori di ammodernamento delle regole arbitrali ICSID e

2.3. L'approccio delle istituzioni arbitrali

Dopo una prima fase nella quale, in ragione della novità del fenomeno del finanziamento, la dottrina ha dibattuto sull'esistenza o meno di una necessità di emendare le regole delle principali istituzioni arbitrali al fine di regolamentare l'istituto in discussione⁵³, la risposta affermativa sembra aver prevalso nella prassi. Ad oggi, infatti, specifiche regole sul TPF sono state adottate da quasi tutte le maggiori istituzioni arbitrali del mondo⁵⁴.

Tuttavia, se con riferimento alle definizioni analizzate nelle precedenti Sezioni si è potuta notare una certa nettezza nella diversità dell'approccio al TPF, con le legislazioni

durante i lavori UNCITRAL, sui quali si veda più diffusamente la Sezione 2.5. Nel corso dei lavori UNCITRAL, del resto, questo approccio è stato profondamente criticato da alcuni finanziatori. Si vedano, su tutti, i commenti di Therium Capital: "Regrettably, the Draft Provisions belie their true purpose, which is not to address legitimate concerns that arise from the use of third-party funding in ISDS based on empirical data, but to support an agenda, driven by States, academics and NGOs, whose goal is to prevent claimant investors using third-party funding at all in the ISDS context" (disponibili all'indirizzo https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_of_comments_tpf_1.pdf, p. 131 ss., p. 132).

⁵³ G. J. SHAW, *Third-party Funding in Investment Arbitration: How Non-disclosure Can Cause Harm for the Sake of Profit*, in "Arbitration International", 2017, p. 109 ss.; L. BARRINGTON, *Third-Party Funding and the International Arbitrator*, in P. L. SHAUGHNESSY e S. TUNG (a cura di), "The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2017, p. 15 ss.; P. BERNARDINI, *Third Party Funding in International Arbitration*, in "Rivista dell'Arbitrato", 2017, p. 1 ss.; V. FRIGNATI, *Ethical Implications of Third-party Funding in International Arbitration*, in "Arbitration International", 2016, p. 505 ss.; C. KESSEDIAN, *Good Governance of Third Party Funding*, in "Columbia FDI Perspectives", 2014; L. LÉVY e R. BONNAN, *Third-party Funding. Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), "Third-party Funding in International Arbitration", cit., p. 78 ss.; M. SCHERER, *Third-party Funding in International Arbitration: Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), "Third-party Funding in International Arbitration", cit., p. 95 ss.; A. CRIVELLARO, *Third-party Funding and "Mass" Claims in Investment Arbitrations*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), "Third-party Funding in International Arbitration", cit., p. 137 ss.; M. SCHERER, A. GOLDSMITH e C. FLÉCHET, *Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders Perspectives*, in "Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal", 2012, p. 207 ss.; A. GOLDSMITH e L. MELCHIONDA, *Third Party Funding in International Arbitration: Everything you Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)*, in "Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal", 2012, p. 53 ss.; E. DE BRABANDERE e J. LEPELTAK, *Third Party Funding in International Investment Arbitration*, in "ICSID Review – Foreign Investment Law Journal", 2012, p. 379 ss.; S. KHOURI, K. HURFORD e C. BOWMAN, *Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration – A Panacea or a Plague? A Discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding*, in "Transnational Dispute Management", 4/2011.

⁵⁴ Una tendenza, questa, del tutto recente. Il Report ICCA-QMUL, infatti, soltanto nel 2018 sottolineava come "[m]ostly institutional rules do not include any provisions explicitly defining or addressing third-party funding, with only a few exceptions" (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 64). V. anche S. BREKOULAKIS, *The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Report*, Kluwer Arbitration Blog, 18 febbraio 2016, disponibile all'indirizzo http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/?_ga=2.62058021.88012943.1647854244-1204868998.1570972334. V. anche <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>.

nazionali tendenzialmente orientate verso definizioni più restrittive di finanziamento e i trattati internazionali più sbilanciati in favore di definizioni ampie e comprensive anche di forme di finanziamento non a scopo di lucro, l'approccio delle istituzioni arbitrali appare invece più variegato.

In primo luogo, alcuni dei regolamenti arbitrali ad oggi in vigore, pur contenendo delle previsioni sulla *disclosure* degli accordi di finanziamento, non contengono una espressa definizione di questi⁵⁵.

Al di là di simili ipotesi, le definizioni fornite dalle istituzioni arbitrali possono essere raggruppate, per semplicità di analisi, in tre macrocategorie: nella prima rientrano le definizioni che considerano come finanziamento solo quello prestato a scopo di lucro; nella seconda, invece, rientrano le definizioni più ampie che contemplano espressamente forme di finanziamento *pro bono*. Da ultimo, vi è una categoria residuale nella quale possono essere inserite le previsioni che, definendo il finanziamento in maniera estremamente generica, non sono in grado di fornire indicazioni significative in un senso o nell'altro, in assenza di una loro prassi applicativa.

Quanto alla prima categoria, un esempio è offerto dal Centro per l'arbitrato e la mediazione della camera di commercio Brasile-Canada (*Center for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada – CAM-CCBC*), una delle prime istituzioni arbitrali ad essersi dotata di una definizione di finanziamento da parte di terzi. Essa, con la Risoluzione amministrativa 18/2016⁵⁶, ha adottato raccomandazioni dirette agli arbitri e alle parti per la corretta gestione di un procedimento finanziato. Ai sensi dell'Art. 1 della Risoluzione

⁵⁵ Regolamento della Camera arbitrale di Milano (CAM), Art. 43 (rubricato "Finanziamento da parte di terzi"): "1. La parte che riceve da un terzo un finanziamento relativo al procedimento arbitrale e al suo esito deve dichiarare l'esistenza del finanziamento e l'identità del finanziatore. 2. Tale dichiarazione deve essere ripetuta nel corso del procedimento, fino alla sua conclusione, se si rende necessario per fatti sopravvenuti o su richiesta del Tribunale Arbitrale o della Segreteria Generale" (il regolamento è disponibile all'indirizzo <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/Regolamento%20arbitrale%20CAM-luglio2020.pdf>; una previsione sulla *disclosure* dell'accordo di TPF era stata introdotta, per la prima volta, con il regolamento del 2019, disponibile all'indirizzo <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/2019%20regolamento%20arbitrale.pdf>, per un commento al quale si veda G. MINERVINI, *Highlights from the 2019 Rules of the Milan Chamber of Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 23 gennaio 2020, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/23/highlights-from-the-2019-rules-of-the-milan-chamber-of-arbitration/>). Regolamento arbitrale HKIAC, Art. 44.1: "If a funding agreement is made, the funded party shall communicate a written notice to all other parties, the arbitral tribunal, any emergency arbitrator and HKIAC of: (a) the fact that a funding agreement has been made; and (b) the identity of the third party funder". Regolamento per le controversie in materia di investimenti SIAC, Art. 24: "[...]the Tribunal shall have the power to: [...] (1) order the disclosure of the existence of a Party's third-party funding arrangement and/or the identity of the third-party funder and, where appropriate, details of the third-party funder's interest in the outcome of the proceedings, and/or whether or not the third-party funder has committed to undertake adverse costs liability". Il SIAC, però, ha adottato una definizione di "External Funding" con una *Practice Note* del 2017, per la quale si veda *infra*, nota 57.

⁵⁶ Disponibile all'indirizzo <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ar-18-2016-recommendations-regarding-the-existence-of-third-party-funding-in-arbitrations-administered-by-cam-ccbc/>.

“[i]t is considered third-party funding when a natural or legal person who is not party to the arbitration proceedings provides full or partial resources to one party so as to enable or assist the payment of the arbitration costs, receiving in return a portion or percentage of any profits earned from the award or from the agreement”.

L’Art. 2 chiarisce poi che:

“‘Arbitration costs’ are considered any amount spent with the proceedings, encompassing, but not limited to, administrative costs, arbitrators’ fees, experts’ fees, attorneys’ fees, costs and defeat fees and conviction values”.

Altra istituzione che si è dotata di una simile definizione di TPF è il SIAC il quale, poco dopo l’adozione, da parte di Singapore, della nuova legislazione sul finanziamento, ha pubblicato la *Practice Note PN 01/17 (31 March 2017) on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding*⁵⁷, i cui parr. 3(c) e 3(a) prevedono, rispettivamente, come segue:

“‘External Funder’ means any person, either legal or natural, who has a Direct Economic Interest in the outcome of the arbitration proceedings”.

“‘Direct Economic Interest’ means an interest in the arbitration proceedings resulting from the provision by a non-Disputant Party to a Disputant Party of funding for or indemnity against the award to be rendered in the arbitration proceedings”.

La previsione dell’esistenza di un interesse economico *diretto* del finanziatore, vale a dire l’interesse che deriva dalla semplice fornitura di fondi o, in alternativa, dall’assunzione dell’obbligo di indennizzare la parte in caso di decisione ad essa avversa, sembra rendere possibile l’inclusione, in siffatta definizione, del solo finanziamento prestatato dietro la previsione di una remunerazione (anche eventuale) del finanziatore⁵⁸.

Nel settembre 2019, anche la SCC ha adottato la *SCC Policy: Disclosure of Third Parties with an Interest in the Outcome of the Dispute*⁵⁹, incoraggiando le parti ad effettuare la *disclosure* dell’identità di ogni soggetto terzo con un interesse significativo nell’esito della controversia, *inclusi* i finanziatori. In particolare, il documento specifica che:

⁵⁷ Disponibile all’indirizzo <https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>.

⁵⁸ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 65. Nel contesto SIAC, questa risulta essere l’unica definizione. Le regole per l’arbitrato commerciale non fanno menzione del TPF, mentre le Investment Rules contengono esclusivamente una norma sulla *disclosure* (Art. 24, lett. 1), che tuttavia non contiene una definizione. *Supra*, nota 55.

⁵⁹ Disponibile all’indirizzo <https://sccinstitute.com/media/1035074/scc-policy-re-third-party-interests-adopted.pdf>.

“Third parties with a significant interest in the outcome of the dispute may include, among others, (a) ultimate beneficial owners; (b) persons obligated to pay an award under an indemnification or other agreement; (c) *persons entitled to receive proceeds of an award under a third-party-funding or other agreement*; and (d) ultimate parent companies of a party” (corsivo aggiunto)⁶⁰.

Da una tale formulazione, sembrerebbe possibile dedurre che sia considerato un accordo di TPF soltanto quello in virtù del quale il finanziatore percepisce parte di quanto ottenuto all'esito di una controversia finanziata (essenzialmente, il finanziamento *non-recourse*).

Alla seconda categoria individuata in apertura sembra invece appartenere la definizione di cui alle regole per l'arbitrato e la mediazione del Centro arbitrale internazionale di Vienna (*Vienna International Arbitral Centre – VIAC*), il cui Art. 6 (rubricato “Definitions”) si riferisce a

“any agreement entered into with a natural or legal person who is not a party to the proceedings or a party representative [...], to fund or provide any other material support to a party, directly or indirectly financing part or all of the costs of the proceedings either through a donation or a grant, or in exchange for remuneration or reimbursement that is wholly or partially dependent upon the outcome of the proceedings⁶¹;

Ancora, l'Art. 54 delle regole arbitrali del Centro australiano per l'arbitrato commerciale internazionale (*Australian International Arbitration Centre – ACICA*), adottate nel 2021, definisce il finanziamento come ogni accordo attraverso il quale una persona fisica o giuridica che non sia parte di un procedimento arbitrale fornisca ad una parte, ad un soggetto affiliato a o al difensore di questa, fondi o altro supporto materiale per sopportare i costi dell'arbitrato, tanto dietro il pagamento di un premio o di una remunerazione dipendente dall'esito della controversia quanto attraverso una donazione⁶².

Infine, come accennato, vi sono definizioni che – in mancanza di prassi applicativa delle stesse – non forniscono elementi conclusivi in un senso o nell'altro.

Un esempio è quello di cui alle regole CIETAC per la conduzione di procedimenti in materia di investimenti⁶³. Queste sono state modificate nel 2017, con l'adozione – tra l'altro – di una disposizione in tema di *disclosure* dell'accordo di finanziamento (Art. 27), la quale specifica, al par. 1, che:

⁶⁰ Sezione B(3).

⁶¹ Art. 6, par. 1, 1.9. Le regole sono disponibili all'indirizzo <https://www.viac.eu/en/arbitration/content/vienna-rules-2021-online>. Formulazione identica è adottata nelle regole per l'arbitrato e la mediazione in materia di investimenti, all'Art. 6, par. 1, 1.11, disponibili all'indirizzo <https://www.viac.eu/en/investment-arbitration/content/vienna-rules-investment-2021-online>.

⁶² Art. 54. Il regolamento è disponibile all'indirizzo <https://acica.org.au/acica-rules-2021/>.

⁶³ Le regole arbitrali CIETAC, invece, non fanno menzione del TPF. Ciò non sorprende, risalendo la loro adozione al 2014.

“In these Rules, a ‘third party funding’ means the situation where a natural person or an entity, who is not a party to the dispute, provides funds to a party to the arbitration to cover all or part of that party’s costs for the arbitral proceedings, through an agreement with the party accepting the funding”.

Similmente, le nuove regole arbitrali ICC, in vigore dal 1° gennaio 2021⁶⁴, all’Art. 11, par. 7, nel regolare la *disclosure* dell’accordo di finanziamento, definiscono quest’ultimo come

“an arrangement for the funding of claims or defences and under which [any non-party] has an economic interest in the outcome of the arbitration”.

Da ultimo, può considerarsi la definizione di cui alle regole del Centro di arbitrato internazionale di Dubai (*Dubai International Arbitration Centre – DIAC*), di recentissima adozione e in vigore dal 21 marzo 2022⁶⁵, le quali definiscono l’accordo di TPF come

“an arrangement between an independent third party (whether an individual or body corporate) and one of the parties to the arbitration which confers on that third party an economic benefit which is linked to the outcome of the arbitration and may involve the receipt of a share of the proceeds of any award”⁶⁶.

Come anticipato in apertura della presente Sezione, è possibile notare come le definizioni di TPF adottate dalle istituzioni arbitrali siano più variegata di quelle di cui

⁶⁴ Disponibili all’indirizzo <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Le regole sono state precedute da diversi strumenti che menzionavano il finanziamento: ICC, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration*, 22 febbraio 2016, disponibile all’indirizzo <https://www.ohada.com/uploads/actualite/2922/February-22-2016-ICC-Guidance-Note.pdf> (per un commento, si veda A. GOLDSMITH e L. MELCHIONDA, *The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction*, Kluwer Arbitration Blog, 14 marzo 2016, disponibile all’indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>); la nota è stata poi modificata più volte, nel 2019 (<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>) e nel 2021 (<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>). Nei documenti, il finanziamento viene preso in considerazione nel contesto del dovere degli arbitri di effettuare una *disclosure* di ogni circostanza rilevante che possa incidere sulla loro imparzialità o indipendenza (si veda il par. 24 di tutti e tre i documenti). È interessante notare come la versione del 2016 della nota prevedeva che “[r]elationships between arbitrators, as well as relationships with any entity having a direct economic interest in the dispute or an obligation to indemnify a party for the award, should also be considered in the circumstances of each case”; nelle versioni successive, tuttavia, scompare il riferimento ad un interesse “economico”, prevedendosi generalmente che “[i]n assessing whether a disclosure should be made, an arbitrator or prospective arbitrator should consider relationships with non-parties having an interest in the outcome of the arbitration”.

⁶⁵ Disponibili all’indirizzo <http://www.diac.ae/idias/resource/Rules2022.pdf>. V. S. CORM-BAKHOS, *DIAC 2022 Rules of Arbitration: A Modernised Set of Rules for a New Era*, Kluwer Arbitration Blog, 21 marzo 2022, disponibile all’indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/03/21/diac-2022-rules-of-arbitration-a-modernised-set-of-rules-for-a-new-era/>.

⁶⁶ Art. 1.1.

alle legislazioni nazionali e ai trattati in materia di investimenti. Se le prime, come si è già avuto modo di notare, tendono a contenere definizioni di TPF restrittive e limitate ad accordi di finanziamento a scopo di lucro in forza dei quali il finanziatore è titolare di un interesse generalmente identificato con il diritto a ricevere una quota parte di quanto spettante al soggetto finanziato in caso di esito ad esso favorevole del giudizio, i secondi contengono invece definizioni più ampie e comprensive di fenomeni di finanziamento *pro bono*. L'approccio delle istituzioni arbitrali, tuttavia, non sembra poter essere inserito in alcuna di tali tendenze, rendendo quantomai evidente l'assenza, sul piano internazionale, di un orientamento consolidato in merito ai fenomeni da includere nella definizione di TPF.

2.4. Le linee guida IBA sui conflitti di interessi

Il potenziale impatto della presenza di un terzo finanziatore, non parte della convenzione arbitrale ma con un interesse nella controversia, sull'indipendenza e l'imparzialità di un tribunale arbitrale, ha fatto sì che l'istituto del TPF fosse preso in considerazione dall'IBA in fase di revisione ed aggiornamento delle proprie linee guida sui conflitti di interessi nell'arbitrato internazionale. Le linee guida, adottate per la prima volta nel 2004, sono state quindi emendate nel 2014⁶⁷ con l'inserimento, tra l'altro, di un espresso riferimento all'istituto del finanziamento.

Così, l'attuale Standard 6(b) recita come segue:

“If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party”.

La definizione in questione ha sollevato non poche perplessità in dottrina⁶⁸. Essa, in particolare, distingue tra le ipotesi in cui il terzo abbia: *i*) un interesse economico diretto nella controversia; e *ii*) un obbligo di indennizzare una parte in caso di lodo ad essa sfavorevole. Da un lato, infatti, la titolarità di un interesse economico diretto nella controversia è tipica degli accordi di finanziamento *non-recourse*. Dall'altro lato, l'obbligo di indennizzare una parte in caso di lodo ad essa sfavorevole è una caratteristica

⁶⁷ Ed ulteriormente aggiornate nel 2015. Le linee guida sono disponibili all'indirizzo <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>.

⁶⁸ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., pp. 63-64; R. TEITELBAUM, *The Third-Party Funding Debate: A Misguided Focus on Definitions at the Expense of Policy Considerations*, in “BCDR International Arbitration Review”, 2018, p. 209 ss.; T. ALONSO, *Third-Party Funding's Older Sibling: Legal Costs Insurance and the Issue of Regulation*, Kluwer Arbitration Blog, 31 agosto 2017, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/31/third-party-fundings-older-sibling-legal-costs-insurance-issue-regulation/>; T. ALONSO, *Third-Party Funding or a Tale of Two Siblings*, in “Arbitraje”, 2017, p. 929 ss.

tipica di alcune forme di assicurazione, come l'assicurazione a copertura delle spese legali stipulata dopo l'insorgere di una controversia⁶⁹.

Esistono, tuttavia, altri tipi di accordi attraverso i quali vengono conferiti fondi per l'instaurazione di o la difesa in un giudizio che difettano di tali requisiti. Si pensi, in proposito, alle polizze assicurative a copertura delle spese legali stipulate prima della controversia e nelle quali, quindi, il premio assicurativo non è parametrato all'esito della stessa ma è fisso e viene corrisposto periodicamente e regolarmente all'assicuratore⁷⁰.

È stato quindi notato come una simile formulazione abbia l'effetto di non regolamentare la *disclosure* di simili fenomeni, determinando una esclusione ingiustificata dall'ambito applicativo della definizione di alcune forme di assistenza economica alla parte che pure meriterebbero una regolamentazione analoga⁷¹.

Ulteriore confusione deriva poi dalla spiegazione allo Standard 6(b), la quale chiarisce che

“[t]hird-party funders and insurers in relation to the dispute may have a direct economic interest in the award, and as such may be considered to be the equivalent of the party. For these purposes, the terms ‘third-party funder’ and ‘insurer’ refer to any person or entity that is contributing funds, or other material support, to the prosecution or defence of the case and that has a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration”.

⁶⁹ Le assicurazioni c.dd. *after the event* (ATE), come si è avuto modo di anticipare, sono quei contratti assicurativi conclusi dopo l'instaurazione di una controversia. Tale tipo di polizza copre, in genere, l'eventualità che all'assicurato venga imposto il pagamento dei costi legali della controparte (sebbene esistano anche forme di assicurazione ATE a copertura delle proprie spese legali, c.dd. *ATE own costs*). V. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., pp. 33-34. M. KANTOR, *Risk Management Tools for Respondents – Here be Dragons*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), “Third-party Funding in International Arbitration”, cit., p. 57 ss.; J. CLANCHY, *Third Party Funding in Arbitration: Breaking down Barriers and Building Bridges*, in “Croatian Arbitration Yearbook”, 2016, p. 53 ss.; B. M. CREMADES, JR., *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, in “Transnational Dispute Management”, 4/2011. Si veda più diffusamente la Sezione 3.3.

⁷⁰ L'assicurazione c.d. BTE, lo si è detto, è quella conclusa prima del verificarsi dell'evento che determina l'insorgenza della responsabilità per l'eventualità di coinvolgimento in un procedimento e può coprire sia i costi di lite dell'assicurato sia quelli della controparte, nel caso in cui l'assicurato sia condannato a pagarli. In quanto stipulate prima dell'evento, nelle polizze di questo tipo il premio è fisso e corrisposto periodicamente. M. DE MORPURGO, *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, cit., p. 353. Ad ogni modo, è stato sottolineato da alcuna dottrina come queste forme di assicurazione si avvicinino molto al finanziamento *non-recourse*, dal momento che esse prevedono il pagamento, da parte dell'assicuratore, dei costi del procedimento durante lo svolgimento dello stesso. V. J. CLANCHY, *Third Party Funding in Arbitration: Breaking down Barriers and Building Bridges*, cit.; T. ALONSO, *Third-Party Funding's Older Sibling: Legal Costs Insurance and the Issue of Regulation*, cit.; T. ALONSO, *Third-Party Funding or a Tale of Two Siblings*, cit. Si veda, per una più dettagliata analisi, la Sezione 3.3.

⁷¹ Sull'assimilazione tra BTE e TPF si vedano: J. CLANCHY, *Third Party Funding in Arbitration: Breaking down Barriers and Building Bridges*, cit.; T. ALONSO, *Third-Party Funding's Older Sibling: Legal Costs Insurance and the Issue of Regulation*, cit.; T. ALONSO, *Third-Party Funding or a Tale of Two Siblings*, cit. Sull'assimilazione tra “liability insurance” e TPF v. C. SILVER, *Litigation Funding versus Liability Insurance: What's the Difference?*, in “DePaul Law Review”, 2014, p. 617 ss.

A ben vedere, tale spiegazione introduce un ulteriore requisito non presente nella parte “operativa” dello Standard, richiedendo infatti che finanziatore e assicuratore, oltre ad avere un interesse economico diretto nella controversia o un obbligo di indennizzare una parte in caso di lodo ad essa sfavorevole, contribuiscano con “fondi o altro supporto materiale”. Non è tuttavia infrequente che venga stipulato un accordo con il quale un soggetto terzo (generalmente un assicuratore) si fa carico del rischio di un lodo sfavorevole ad una parte e assuma l'obbligo di pagarlo (o di indennizzare suddetta parte dopo il pagamento), senza però contribuire direttamente con la concessione di fondi o altro tipo di supporto per lo svolgimento del procedimento⁷². Risulta quindi poco chiaro se questi soggetti siano o meno ricompresi nell'obbligo di *disclosure* di cui allo Standard 6(b), pur versando in una delle due situazioni che lo standard stesso considera come rilevanti.

2.5. Le nuove regole arbitrali ICSID e i lavori UNCITRAL

Lo sviluppo del fenomeno del TPF nel contesto (anche) dell'arbitrato in materia di investimenti ha determinato l'insorgenza di un dibattito sulla necessità di una sua regolamentazione specifica in questo settore⁷³. Lo sforzo più significativo, in questo senso, è certamente quello portato avanti dall'ICSID i cui Stati membri, in data 21 marzo 2022, hanno approvato le modifiche apportate alle regole arbitrali, in vigore dal successivo 1° luglio⁷⁴.

⁷² V. *supra*, nota 69. Non è infrequente che una polizza ATE concorra con la presenza di un finanziatore dei costi del procedimento. V. *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Procedural Order No. 3, 12 aprile 2017.

⁷³ M. STEINITZ, *Third-Party Funding: Investment Arbitration*, in “Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law”, ed. online, 2021; B. S. GÜVEN, K. M. F. LOCKHART e M. R. GARCIA, *Regulating Third-Party Funding in Investor-State Arbitration Through Reform of ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules: Holding Global Institutions to Their Development Mandates*, in A. M. ANDERSON e B. BEAUMONT (a cura di), “The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?”, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020, p. 287 ss.; B. S. GÜVEN e L. JOHNSON, *The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement*, Columbia Center on Sustainable Investment Working Paper 2019, disponibile all'indirizzo https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/8; F. J. GARCIA, *Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System*, in “Boston College Law Review”, 2018, p. 2911 ss.; ID., *The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration*, IISD Investment Treaty News, 30 luglio 2018, disponibile all'indirizzo <https://www.iisd.org/itn/en/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/>; R. TEITELBAUM, *The Third-Party Funding Debate: A Misguided Focus on Definitions at the Expense of Policy Considerations*, cit., in particolare p. 220 ss.; P. EBERHARDT e C. OLIVET, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, 2012, disponibile all'indirizzo <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>, p. 56 ss.; v. anche INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Draft Text Providing for Transparency and Prohibiting Certain Forms of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement*, 15 luglio 2019, disponibile all'indirizzo <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/our%20focus/extractive%20industries/UNCITRAL-submission-Third-Party-Funding.pdf>.

⁷⁴ <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>.

Tra le principali novità vi è appunto l’inserimento della *Rule 14* sulla *disclosure* degli accordi di finanziamento, la quale, al par. 1, prevede che

“[a] party shall file a written notice disclosing the name and address of any non-party from which the party, directly or indirectly, has received funds for the pursuit or defense of the proceeding through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding (‘third-party funding’)”.

La definizione in esame colpisce per la sua ampiezza: in primo luogo, essa si preoccupa di esplicitare che il finanziamento può essere concesso tanto in favore dell’attore quanto del convenuto (“*for the pursuit or defense*”); in secondo luogo, prevede che il finanziamento possa essere concesso “direttamente o indirettamente”, così ricomprendendo le ipotesi nelle quali la parte in giudizio non è formalmente parte dell’accordo di finanziamento ma ne è comunque beneficiaria; da ultimo, la definizione prevede che il finanziamento possa essere concesso tanto *pro bono* quanto dietro il pagamento di un corrispettivo dipendente dall’esito del procedimento (“through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding”).

Da una lettura dei lavori di modifica e ammodernamento delle regole ICSID emerge come l’adozione di una definizione così ampia sia stata una scelta precisa, essenzialmente dettata da un diffuso scetticismo degli Stati rispetto all’uso di strumenti di finanziamento del contenzioso. Così, alcuni Stati hanno finanche proposto che il TPF fosse vietato⁷⁵.

Più consistente è stato invece il numero di Stati che non si è espresso nel senso di proibire l’uso di accordi di TPF, riconoscendone anche i vantaggi in termini di accesso

⁷⁵ “ICSID received two categories of comment on TPF in its rules amendment consultations. The first category consisted of suggestions from a few States that TPF be prohibited entirely; these States argue that TPF promotes frivolous claims and is inapt for dispute settlement involving a State. The second category of comments received by ICSID related to disclosure of information concerning TPF in individual cases”. ICSID, *Proposals for Amendment of the ICSID Rules — Working Paper # 1*, disponibile all’indirizzo https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18.pdf, p. 131. Tra gli Stati che si sono espressi in favore di un divieto di TPF nel regolamento ICSID ci sono, ad esempio, l’Argentina e l’Armenia: “The Argentine Republic is opposed to third-party funding. However, if a majority of two thirds of the members of the Administrative Council decides not to prohibit third-party funding, it should be strictly limited and penalties should be expressly provided for, as proposed above” (ICSID, *Rule Amendment Project – Member State & Public Comments on Working Paper # 1 of August 3, 2018*, disponibile all’indirizzo https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Compendium_Comments_Rule_Amendment_3.15.19.pdf, p. 154); “On the issue of ‘third party funding’, Armenia supports in principle a complete ban on such funding, whether in the form of financing by a speculator (that is, one acquiring a stake in the dispute settlement process, in contrast to a donor) or by counsel in the form of a contingency funding arrangement. This is due to the various systemic risks, such as party autonomy and conflicts of interest, which such funding arrangements bring to the dispute settlement process. However, we acknowledge that such a complete ban would be impractical in the absence of a trust fund to support indigent claimants” (ICSID, *Rule Amendment Project – Member State & Public Comments on Working Paper # 3*, disponibile all’indirizzo https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_3_Comment_Compendium.pdf, p. 19).

alla giustizia, ma ha comunque proposto l'introduzione di obblighi di *disclosure* molto puntuali e numerosi⁷⁶.

L'approccio adottato dall'ICSID è stato sin da subito il secondo, evidenziando come la volontà fosse quella di fornire una definizione di finanziamento ampia e in grado di ricomprendere in sé diversi fenomeni⁷⁷.

Due, in particolare, le questioni che sono state dibattute nel corso dei lavori: in primo luogo, l'inclusione nella definizione degli accordi che attribuiscono un compenso ai difensori dipendente dall'esito della controversia; in secondo luogo, l'inclusione nella definizione delle polizze assicurative. Quanto alla prima, si era inizialmente escluso che l'espressione "non-party providing funding" di cui alla norma in esame potesse riferirsi anche ai difensori attraverso l'inserimento di un paragrafo in forza del quale "[a] non-party referred to in paragraph (1) does not include a representative of a party"⁷⁸. Ciò in quanto l'obiettivo dichiarato della previsione era quello di evitare conflitti di interessi; essendo l'identità dei difensori nota, assoggettare gli stessi alla disciplina prevista per i finanziatori sarebbe stato superfluo⁷⁹. Sulla spinta dei commenti degli Stati, tuttavia, questo approccio è stato modificato. È stato infatti fatto notare come il TPF non influisca esclusivamente sui conflitti di interessi, imparzialità ed indipendenza, ma sia in grado di incidere anche su altre questioni, e principalmente sulla determinazione della capacità della parte finanziata di eseguire una decisione sui costi (e, conseguentemente, sulla concessione al soggetto non finanziato di una cauzione per le spese di giudizio)⁸⁰. In quest'ottica, quindi, è la mera eventualità che la parte non sostenga autonomamente – in tutto o in parte – i costi del procedimento ad essere rilevante, essendo invece irrilevante

⁷⁶ Si vedano, ad esempio, le posizioni di Israele e della Somalia: ICSID, *Rule Amendment Project – Member State & Public Comments on Working Paper # 1 of August 3, 2018*, cit., rispettivamente pp. 162-163 e 167.

⁷⁷ ICSID, *WP#1*, cit. p. 131 ss., in particolare p. 135.

⁷⁸ ICSID, *Working Paper # 2*, marzo 2019, disponibile all'indirizzo https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Vol_1.pdf, pp. 118-119.

⁷⁹ *Ivi*, p. 121, par. 131: "Contingency Fees: As the purpose of disclosure in proposed AR 13 is to avoid conflicts of interest, contingency fee arrangements are not required to be disclosed; the identity of counsel is known by all parties and any potential conflict with the parties' representatives would be identifiable by virtue of counsel being identified on the record. Hence, there is an explicit carve-out for party representatives in proposed AR 13(2)".

⁸⁰ Si vedano, ad esempio, i commenti di Canada, Indonesia e Corea del Sud al *WP#2*, cit. (rispettivamente alle pp. 64, 68 e 70). Si vedano inoltre i commenti di un gruppo di 9 Stati tra i quali Australia, Canada e Cile, e i commenti del Costa Rica al *Working Paper # 3*, disponibili all'indirizzo https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_3_Comment_Compendium.pdf, pp. 18-21 (il *WP#3* è disponibile all'indirizzo https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf). Ancora nel *Working Paper # 4* (disponibile all'indirizzo https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_1_En.pdf) viene rilevato che "[s]ome States proposed to delete AR 14(2), but there was no consensus on such a change. As the focus of AR 14 remains prevention of conflict of interest, and the names of counsel are already known to the parties and arbitrators, this paragraph is retained in WP # 4" (p. 295, par. 55). Contro un simile approccio si sono espressi, nei commenti al *WP#4* (disponibili all'indirizzo <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Compendium%20of%20State%20Comments%20on%20Proposed%20Amendments%20to%20the%20ICSID%20Rules%20-WP%20%23%204%20-%20As%20of%202021.03.23.pdf>), Australia, Canada, Cile, Colombia, Costa Rica, l'UE e tutti i suoi Stati membri, Israele, Corea del Sud, Messico, Perù, Singapore, Indonesia.

il soggetto che concede il supporto economico. Così, nella versione definitivamente approvata del regolamento, il paragrafo di cui sopra non compare⁸¹.

Quanto all'inclusione, nella definizione di TPF, delle polizze assicurative, si può notare come la prima versione della definizione proposta dal Segretariato ICSID espressamente includesse anche il finanziamento prestato in cambio del pagamento di un premio⁸². Tale inclusione non ha mancato di sollevare reazioni: alcuni *stakeholders* hanno criticato il riferimento espresso al concetto di “premio”⁸³; altri, di contro, hanno approvato l'assoggettamento delle polizze assicurative ai medesimi obblighi di *disclosure* previsti per altre forme di finanziamento, ritenendo tuttavia che gli strumenti assicurativi dovessero essere definiti separatamente al fine di una maggiore chiarezza⁸⁴.

Già la seconda versione del regolamento non reca più menzione del finanziamento concesso dietro pagamento di un premio, adottando una definizione molto meno dettagliata e onnicomprensiva, in forza della quale alla parte in un procedimento arbitrale è fatto obbligo di divulgare il nome di ogni soggetto non parte dal quale la parte stessa, un soggetto affiliato o un suo rappresentante ha ricevuto “funds or other equivalent support for the pursuit or defense of the proceedings”⁸⁵. Ad ogni modo, nell'apportare tale modifica, il Segretariato ha ritenuto di precisare che:

“Insurance: Some commentators noted that the proposed rule would include funding through insurance and asked whether this was intended. The revised proposal focuses on disclosure of any non-party financing that ought to be disclosed to ensure potential arbitrators can provide an informed arbitrator declaration”⁸⁶.

Tale precisazione sembrerebbe significare che l'eliminazione del termine “premium” dalla definizione non sia stata dettata dalla volontà di escludere le polizze assicurative dal campo di applicazione della previsione; tale considerazione è rafforzata anche dalla circostanza che, nel *Working Paper # 2*, ad essere eliminati furono *tutti* i riferimenti ai tipi di compenso spettante al finanziatore⁸⁷.

⁸¹ Il paragrafo in questione è stato eliminato dalla disposizione con il *Working Paper # 5* del giugno 2021, disponibile all'indirizzo <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP%205-VOLUME1-ENG-FINAL.pdf>, p. 277 ss., in particolare p. 279, par. 41.

⁸² ICSID, *WP#1*, cit., p. 129.

⁸³ Si vedano, ad esempio, i commenti del Centro studi TPF al *WP#1* (ICSID, *Rule Amendment Project – Member State & Public Comments on Working Paper # 1 of August 3, 2018*, cit., p. 179 ss. e, in particolare, pp. 180-181): “The ICSID Secretariat should consider [...] whether the proposed extension of the definition of Art. 21 of the Draft to insurance, implicit in ‘premium’, might be too broad from what’s concerned” (p. 181). Si vedano anche le osservazioni di J. Clanchy al *WP#1*, a p. 184.

⁸⁴ Ad esempio, i commenti di Y. Chen al *WP#1* (ICSID, *Rule Amendment Project – Member State & Public Comments on Working Paper # 1 of August 3, 2018*, cit., p. 181 ss.).

⁸⁵ ICSID, *WP#2*, cit., p. 118.

⁸⁶ *Ivi*, p. 121, par. 132.

⁸⁷ “(1) For purposes of completing the arbitrator declaration required by Rule 18(3)(b), a party shall file a written notice disclosing the name of any non-party from which the party, its affiliate or its representative has received funds or equivalent support for the pursuit or defense of the proceeding (‘third-party funding’).”

Ad ogni modo, già nella successiva versione del regolamento di cui al *Working Paper* # 3, il riferimento alla (eventuale) remunerazione spettante al finanziatore è stato reintrodotto, con la esplicita espunzione del termine “premium”: la formulazione adottata, infatti, è stata quella poi definitivamente approvata in virtù della quale il finanziamento viene concesso “through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding”⁸⁸. Se ciò, da un lato, potrebbe far pensare ad una esclusione cosciente delle polizze assicurative, non può non notarsi come, in concreto, non sia necessariamente questo l’effetto ottenuto attraverso la rimozione del riferimento al pagamento di un premio, ed anzi come tale formulazione finisca per aumentare l’incertezza circa la concreta estensione del campo applicativo della definizione e, conseguentemente, del relativo obbligo di *disclosure*. Possono infatti valere in questa sede le considerazioni più su svolte con riguardo alle linee guida IBA sui conflitti di interessi: in primo luogo, esistono polizze assicurative nelle quali il premio è in concreto parametrato all’esito della controversia ma con le quali l’assicuratore non si impegna a fornire fondi nel corso del procedimento; la loro inclusione nella definizione appare quindi dubbia. In secondo luogo, l’approccio in questione può determinare una esclusione non adeguatamente giustificata di alcune forme di assistenza economica alla parte che pure meriterebbero una regolamentazione analoga, come, ad esempio, le polizze assicurative a copertura delle spese legali stipulate prima dell’insorgenza della controversia e nelle quali, quindi, il premio assicurativo è fisso⁸⁹.

È opportuno a questo punto menzionare brevemente, in ragione della rilevanza che riveste nel contesto della regolamentazione del TPF nell’arbitrato in materia di investimenti, la definizione di finanziamento adottata nell’ambito dei lavori UNCITRAL di riforma del sistema di risoluzione delle controversie tra Stati e investitori stranieri⁹⁰. Come è noto, infatti, il *Working Group III* ha inserito il TPF tra i temi che necessitano di un approfondimento, al fine di evitare che il suo impiego acuisca la percepita asimmetria tra Stati e investitori⁹¹. Così, è stata preparata una bozza iniziale di regolamentazione del TPF, diffusa il 6 maggio 2021 e sottoposta alle osservazioni di Stati e altri *stakeholders*, la quale identifica possibili opzioni regolatorie⁹².

La definizione di finanziamento di cui alla bozza recita come segue:

⁸⁸ ICSID, *WP#3*, cit., p. 294.

⁸⁹ V. *supra*, nota 70.

⁹⁰ L’UNCITRAL ha istituito sei gruppi di lavoro per lo svolgimento dei lavori preparatori sui temi di cui all’agenda della Commissione. Ciascuno dei gruppi è composto da tutti gli Stati membri dell’UNCITRAL. Del tema della riforma dei meccanismi di ISDS si occupa il *Working Group III*: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state.

⁹¹ V. UNCITRAL, *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-seventh session (New York, 1–5 April 2019)*, UN Doc. A/CN.9/970, disponibile all’indirizzo <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V19/024/04/PDF/V1902404.pdf?OpenElement>, parr. 17-25. V. anche UNCITRAL, *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session (Vienna, 14–18 October 2019)*, UN Doc. A/C.9/1004, disponibile all’indirizzo <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V19/104/76/PDF/V1910476.pdf?OpenElement>, par. 80 ss.

⁹² Sia la bozza che i commenti sono consultabili all’indirizzo <https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfunding>.

“2. ‘Third-party funder’ is any natural or legal person who is not a party to the proceeding but enters into an agreement to provide, or otherwise provides funding for the proceeding.

3. ‘Funded party’ is a party to a dispute that benefits from third-party funding by entering into a funding agreement on its own or through its affiliate or its representative.

4. ‘Third-party funding’ is any provision of direct or indirect funding or equivalent support to a party to a dispute by a natural or legal person who is not a party to the dispute through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding”.

Osservando la definizione, si può notare come essa sia molto simile a quella fornita dal regolamento ICSID e come le due definizioni si siano reciprocamente influenzate⁹³. Anche qui, infatti, vengono prese in considerazione le ipotesi nelle quali la parte in giudizio non è anche parte dell’accordo di finanziamento ma ne è comunque il soggetto beneficiario (par. 3: “by entering into a funding agreement *on its own or through its affiliate or its representative*” e par. 4: “*direct or indirect funding*”)⁹⁴. In aggiunta, anche la definizione in esame contempla tanto il finanziamento non a scopo di lucro quanto forme di finanziamento nelle quali il compenso del difensore sia dipendente dall’esito della controversia, con formulazione identica alla *Rule 14 ICSID* (par. 4: “through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding”). Ne consegue che le osservazioni più su svolte con riferimento alla definizione adottata dall’ICSID – in particolare quelle relative all’inclusione nella definizione delle polizze assicurative – risulterebbero anche qui applicabili.

Va tuttavia segnalato che nel corso del 2022, in occasione della quarantatreesima sessione dei lavori del *Working Group*, tenutasi a Vienna, il Segretariato UNCITRAL ha adottato le *Draft Provisions on Procedural Reform*, ossia un documento che combina le opzioni regolatorie discusse e relative a ciascuno dei temi rientranti nel mandato del gruppo di lavoro sulla riforma dei meccanismi di ISDS⁹⁵. La definizione di TPF adottata nel documento in discorso sembra essere significativamente diversa da quella poc’anzi menzionata, poiché esclude il finanziamento non a scopo di lucro attraverso l’espunzione della frase “through a donation or grant”⁹⁶; eppure, nel documento si precisa che: “The

⁹³ V. UN Doc. A/C.9/1004, cit., parr. 96-98.

⁹⁴ È opportuno notare che su questo specifico aspetto le definizioni ICSID e UNCITRAL in parte divergono, giacché la prima, per riferirsi alle ipotesi nelle quali la parte in giudizio non è anche formalmente parte dell’accordo di finanziamento, utilizza la categoria del finanziamento ottenuto “directly or indirectly”. Una formulazione analoga a quella UNCITRAL era utilizzata nelle versioni precedenti del regolamento ICSID e, in particolare, fino al *WP#3*, cit. Nel *WP#4*, cit., tuttavia, è stata modificata: “A few States suggested replacing ‘its affiliate or its representative’ with ‘directly and indirectly.’ WP # 4 adopts the phrase ‘directly and indirectly’ in AR 14(1), which would capture funding provided to the party through affiliates or representatives as well as the ultimate beneficial owner” (p. 295, par. 53). Ad ogni modo, questa sottile discrepanza sembra essere ricomposta dal riferimento, nel par. 4 della definizione UNCITRAL, a “direct or indirect funding”.

⁹⁵ UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.219, parr. 7-8.

⁹⁶ *Ivi*, Draft Provision E-1, par. 3: “‘Third-party funding’ means any provision of direct or indirect funding or equivalent support to a party to the IID proceeding (‘funded party’) by a natural or legal person who is

Working Group may wish to consider whether funding or equivalent support for non-profit purposes, usually in the form of a donation or grant, should also be covered by the definition of third-party funding [...]. This is because non-profit funding and funding by development organizations might not present the same concerns as commercial funding”⁹⁷. Anche il Report dei lavori del *Working Group*, in effetti, rende evidente che l’esclusione dalla definizione del finanziamento *pro bono* non fosse da tutti condivisa⁹⁸. I lavori UNCITRAL sulla riforma dei meccanismi di ISDS, quindi, sono la manifestazione plastica della difficoltà di definire il fenomeno del finanziamento; di fronte ad una simile situazione, ci si può limitare ad osservare che, dal momento che la definizione UNCITRAL è adottata nell’ottica di una sua inclusione in trattati in materia di investimenti, il netto scostamento dalla definizione di TPF data dall’ICSID – derivante dall’esclusione degli accordi di finanziamento non a scopo di lucro – appare potenzialmente problematico, nella misura in cui sembra in grado di creare una sovrapposizione di normative applicabili non del tutto coincidenti.

3. I PRINCIPALI PUNTI CONTROVERSI

Dalle definizioni analizzate nelle Sezioni precedenti emerge come siano tre i punti sui quali le definizioni tendono a divergere e sulla cui inclusione nel concetto di finanziamento anche la dottrina ha espresso dubbi: *i*) il finanziamento non a scopo di lucro; *ii*) il finanziamento fornito dal difensore attraverso la pattuizione di un compenso dipendente in tutto o in parte dall’esito della controversia; *iii*) l’inclusione nella definizione di finanziamento di quello ottenuto per il tramite di un contratto di assicurazione.

3.1. Il finanziamento non a scopo di lucro

Come si è già avuto modo di osservare, alcune delle definizioni precedentemente analizzate – in particolare quelle di cui alle legislazioni nazionali e alcune di quelle adottate dalle istituzioni arbitrali – escludono dal proprio ambito di applicazione il finanziamento non a scopo di lucro. Laddove si guardi agli strumenti internazionali, e soprattutto quelli rilevanti nell’ambito dell’arbitrato in materia di investimenti (vale a dire i trattati, le regole arbitrali ICSID e i lavori UNCITRAL), invece, si può notare come anche il finanziamento *pro bono* sia comunemente incluso nelle definizioni di TPF. Ciò non sorprende: è proprio il contesto dell’arbitrato in materia di investimenti, infatti, a

not a party to the proceeding (‘third-party funder’) in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding”.

⁹⁷ *Ivi*, par. 58.

⁹⁸ UN Doc. A/CN.9/1124, par. 128: “It was suggested that the scope of the definition should be broadened, so that all types of third-party funding, including non-profit funding, would be subject to disclosure. Accordingly, a suggestion was made to delete the phrase ‘in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding’. On the other hand, it was mentioned that a clear distinction should be made between commercial and non-profit funding and support was expressed for retaining that phrase in the definition”.

rappresentare il terreno più fertile per l'uso di tali forme di finanziamento⁹⁹ e dimostra quindi come anche questo necessiti di regolamentazione per il profondo impatto che esso può avere sullo svolgimento dei procedimenti arbitrali. A ben vedere, infatti, è possibile in primo luogo precisare che la circostanza che il finanziatore non abbia diritto – in forza dell'accordo di finanziamento – ad una remunerazione non implica in alcun modo che lo stesso non abbia un interesse nella controversia finanziata. Il caso *Quasar de Valores v. Russia*¹⁰⁰ appare quantomai esemplificativo di ciò. Nello stesso, gli investitori ricorrenti avevano ottenuto un finanziamento dal gruppo Menatep, a sua volta azionista di maggioranza della compagnia petrolifera Yukos. È stato osservato dalla dottrina come in realtà l'accordo di finanziamento – che non attribuiva alla Menatep alcun ritorno economico in caso di esito vittorioso della controversia – servisse il proposito di aiutare la società finanziatrice ad ottenere un precedente favorevole nella controversia di elevatissimo valore che avrebbe più tardi coinvolto la stessa Yukos e la Russia ai sensi del Trattato sulla carta dell'energia¹⁰¹.

Del resto, l'esistenza di un accordo di finanziamento *pro bono* può incidere sull'andamento del procedimento pur quando il finanziatore non sia animato da altro interesse che quello di supportare le ragioni della parte finanziata, come avvenuto, ad esempio, nel caso *Philip Morris v. Uruguay*¹⁰², nel quale lo Stato convenuto era finanziato dall'*Anti-Tobacco Trade Litigation Fund*, fondo creato dalla fondazione Bloomberg e dalla fondazione Bill e Melinda Gates per aiutare i paesi a basso e medio reddito nelle controversie contro i produttori di tabacco. Anche un caso del genere, è evidente, può determinare i medesimi problemi di forme più classiche di TPF a scopo di lucro con riferimento all'esistenza di un controllo del finanziatore sul procedimento, nonché all'indipendenza e all'imparzialità di un tribunale arbitrale¹⁰³. Il finanziatore, infatti, – anche laddove non riceva alcuna remunerazione – gestisce le spese del procedimento ed è, per questo, un soggetto che può significativamente influire sulla conduzione dello stesso in termini di scelta dei legali (o della strategia difensiva), nomina degli arbitri o, ancora, possibilità di transigere la controversia.

Sul punto preme infine un'ulteriore considerazione. Come sottolineato anche da molti Stati nel corso del procedimento di modifica del regolamento ICSID¹⁰⁴, appare errato valutare la rilevanza dell'esistenza di un finanziamento soltanto in base al grado di controllo che il finanziatore esercita o può esercitare sul procedimento. Il finanziamento, infatti, quale che sia la sua forma, è suscettibile di incidere sulle determinazioni di un tribunale arbitrale in materia di costi del procedimento. La circostanza che una parte non

⁹⁹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., pp. 109-110.

¹⁰⁰ Cit.

¹⁰¹ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227. V. S. SAHANI, *Revealing Not-for-Profit Third-Party Funding in Investment Arbitration*, cit.

¹⁰² Cit.

¹⁰³ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 52. V. S. SAHANI, *Revealing Not-for-Profit Third-Party Funding in Investment Arbitration*, cit.

¹⁰⁴ V. *supra*, nota 80.

disponga dei mezzi per agire o difendersi in giudizio è, ad esempio, un fattore fondamentale che un tribunale arbitrale deve prendere in considerazione nella decisione sulla concessione di una cauzione per le spese di giudizio, vale a dire la decisione attraverso la quale viene imposto ad una parte di prestare una cauzione per il rimborso delle spese, quando vi è fondato timore che l'eventuale condanna al pagamento delle stesse resti ineseguita¹⁰⁵. In aggiunta, l'esistenza di un finanziamento e la sua natura *pro bono* possono essere determinanti in fase di allocazione dei costi. Ancora una volta, il caso *Quasar de Valores v. Russia* appare emblematico. Nello stesso, la circostanza che l'investitore fosse finanziato da un soggetto al quale non spettava alcuna remunerazione per il supporto prestato è stata presa in considerazione dal Tribunale arbitrale nella allocazione dei costi del procedimento: il Tribunale, infatti, ha rifiutato la richiesta degli investitori ricorrenti di recuperare i costi del procedimento in ragione del fatto che essi, sebbene risultati vittoriosi, non avessero effettivamente sostenuto alcuna spesa per la prosecuzione del giudizio¹⁰⁶. Nelle parole del Tribunale:

“224. The Respondent’s position is this: ‘[The Claimants] have incurred no costs in this case. Stipulation from counsel: they don’t have to pay a penny of any recovery to counsel or to Menatep. It is a total free ride’. [...] This straightforward proposition must be right. On the one hand, the Claimants have neither expended money nor incurred obligations on account of the costs of pursuing their claims. On the other, Menatep, the Claimants’ Good Samaritan (as it were), has no standing before this Tribunal or indeed more generally under the BIT.

225. [...] Seeking to maintain consistency, as far as possible, with the conclusion reached in Paragraph 224 [...], the arbitrators have decided [...] not to order payment by the Respondent of the shortfall of its contribution”¹⁰⁷.

Consegue da quanto detto che l'esclusione del finanziamento non a scopo di lucro dalla definizione di TPF non appare ragionevole, in virtù del fatto che anche simile forma di finanziamento sembra in grado di incidere sulla conduzione di un procedimento arbitrale. In primo luogo, che il finanziatore non abbia diritto a remunerazione non è di per sé sufficiente ad escludere che esso abbia un interesse rilevante nell'esito del giudizio. Il finanziatore, inoltre, in quanto soggetto che sostiene le spese del procedimento, può influire sulla conduzione dello stesso. Da ultimo, l'esistenza stessa di un finanziamento – quale che ne sia la forma – può essere di per sé un fattore rilevante nell'assunzione, da parte di un tribunale arbitrale, di decisioni in merito ai costi del procedimento quali la concessione di una cauzione per le spese di giudizio e quelle sull'allocazione dei costi stessi al termine del procedimento.

¹⁰⁵ V., ad es., Art. 53, par. 3, delle nuove regole arbitrali ICSID; Art. 38 delle regole arbitrali della SCC.

¹⁰⁶ *Quasar de Valores v. Russia*, cit., Award, 20 luglio 2012, par. 220 ss.

¹⁰⁷ *Ivi*, parr. 224-225.

3.2. Il difensore come finanziatore

Un ulteriore aspetto da esaminare, nel tentativo di fornire una definizione di TPF, riguarda la possibilità di includere in quest'ultima le forme di finanziamento del contenzioso nelle quali la parte non sostiene o non sostiene interamente il rischio di esito sfavorevole della controversia in quanto usufruisce di rappresentanza legale *pro bono* o, in alternativa, in virtù di una pattuizione che subordina la misura dell'onorario del difensore all'esito di questa. Come si è avuto modo di osservare nelle pagine che precedono, infatti, alcune delle definizioni analizzate (per lo più quelle nazionali) escludono tali accordi dal loro ambito applicativo, laddove altre (e segnatamente quelle di matrice internazionale) li includono. Occorre quindi interrogarsi sulle ragioni di tale differenza nell'approccio e chiedersi se l'esclusione sia giustificata.

Al di là della rappresentanza legale *pro bono*, i possibili accordi possono essere principalmente di due tipi, definiti, secondo la terminologia inglese, *contingency* e *conditional fees agreements*. I primi sono quegli accordi nei quali il compenso del difensore viene a dipendere dall'esito della controversia nella misura in cui laddove l'assistito non ottenga alcun tipo di ristoro al termine del giudizio il difensore non ha diritto al percepimento dell'onorario. Nei secondi, invece, il difensore ha comunque diritto al pagamento di un compenso per l'attività svolta, sebbene inferiore alla tariffa ordinaria, al quale si aggiunge una somma ulteriore per l'eventualità che l'assistito prevalga in giudizio (c.d. *success fee*)¹⁰⁸.

Le ragioni per le quali non sempre queste forme di pattuizione del compenso vengono inserite nelle definizioni di TPF sono diverse. In primo luogo, il difensore – per quanto non sia parte della controversia – è un soggetto il cui coinvolgimento in un procedimento è noto, di talché risulterebbe neutralizzato il rischio di conflitti di interessi non emersi insiti nello scenario nel quale il finanziatore è un soggetto terzo la cui stessa esistenza è ignota¹⁰⁹. In aggiunta, se il TPF è per lo più non regolamentato, non lo è la condotta dei difensori, ai quali numerose norme deontologiche impongono obblighi di condotta e di perseguimento degli interessi dell'assistito i quali, in ultima analisi, eliminerebbero molte delle ragioni di scetticismo verso il finanziamento¹¹⁰.

¹⁰⁸ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., pp. 36-37; L. BENCH NIEUWVELD e V. SHANNON SAHANI, "Third-Party Funding in International Arbitration", cit., pp. 4-6; J. A. TRUSZ, *Full Disclosure: Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, in "Georgetown Law Journal", 2013, p. 1649 ss., p. 1655. Si noti, però, che talvolta viene usata indifferentemente l'espressione *contingency fees* per definire entrambi i tipi di accordi.

¹⁰⁹ Si veda, ad esempio, la posizione espressa dal Segretariato ICSID nel WP#2, *supra*, nota 79.

¹¹⁰ L. BENCH NIEUWVELD e V. SHANNON SAHANI, "Third-Party Funding in International Arbitration", cit., p. 5: qui le autrici, sebbene notino che "the practical effect of the attorney representing the client without requiring payment could certainly be viewed as a form of 'financing', because the financial burden of legal representation has been shifted from the client to the attorney", precisano quanto segue: "With [...] attorney financing, the client retains direct control over the management of his or her case, despite the fact that the attorney is assuming most or all of the risk of the client losing the case. [...] The primary reason [...] is that the code of conduct and professional ethics that binds attorneys requires them to zealously pursue their client's case and act in their client's best interest regardless of the likelihood of success. Thus, the attorney would be violating the rules of professional conduct if he or she reduced the effort with which he or she pursued the client's claim in order to reduce costs, even if the case began to seem unwinnable".

Tali osservazioni, tuttavia, non convincono del tutto. In primo luogo, esse sembrano basarsi sulla già criticata impostazione che tende a valutare la rilevanza dei fenomeni di finanziamento soltanto in base al grado di controllo che il finanziatore esercita o può esercitare sul procedimento. Come già ricordato, la indisponibilità di mezzi per agire o difendersi in giudizio di una delle parti è di per sé una circostanza rilevante. A conferma di ciò, può notarsi che anche alcuna dottrina che pure ha riconosciuto la scarsa incidenza del finanziamento ad opera del difensore sul concreto controllo e sulla gestione della controversia lo definisce comunque come TPF¹¹¹.

In secondo luogo, per quanto sia vero che la condotta del difensore è regolata da più e più puntuali obblighi di quanti non ne siano previsti in capo ai finanziatori esterni al procedimento, ciò non implica necessariamente la irrilevanza del rischio di conflitti di interessi¹¹². Basti pensare, in proposito, al conflitto che può sorgere tra il difensore e l'assistito relativo alla opportunità di una conclusione della controversia attraverso un accordo transattivo¹¹³. È precisamente questo, del resto, il motivo per il quale molti ordinamenti domestici vietano o pongono stringenti limiti alla possibilità di stipulare simili pattuizioni sul compenso: per evitare che l'interesse del difensore nelle sorti della lite riduca la sua obiettività nella esplicazione del mandato¹¹⁴. La preoccupazione non appare meno fondata nell'ambito dell'arbitrato internazionale, dove anzi sono assenti norme deontologiche comuni e certe, al punto da generare un acceso dibattito in dottrina sulla necessità di una regolamentazione specifica¹¹⁵.

Si tenga anche conto del fatto che gli accordi c.dd. *success-based* sul compenso dei difensori possono essere una parte di strutture di finanziamento ben più articolate. In primo luogo, può accadere che, in cambio di una percentuale considerevole dei proventi di un procedimento, i difensori assumano anche l'obbligo di anticipare le spese del procedimento¹¹⁶. In secondo luogo, non è infrequente che la stipulazione di *success-based*

¹¹¹ *Ibid.* Si veda inoltre la definizione di TPF fornita dal Report ICCA-QMUL (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 50 ss.). Nello stesso, viene adottata una prima definizione molto ampia ai fini dell'analisi del fenomeno del finanziamento. Tuttavia, la *Task Force* precisa anche che: "Despite adopting these broad definitions for the purposes of the Task Force's analysis and discussions, later chapters generally adopt narrower definitions that are more tailored to specific recommendations or guidance on particular issues. For example, [...] contingency fee arrangements are generally regulated through national attorney regulation, and potential conflicts with law firms providing contingency fee funding are governed by other sources aimed at the conduct of lawyers, such as the IBA Guidelines on Conflicts' provisions regarding conflicts with attorneys and law firms, and the IBA Guidelines on Party Representatives in International Arbitration" (p. 52).

¹¹² Si veda, in generale, C. KAPLAN, *Third-Party Funding in International Arbitration. Issues for Counsel*, cit.

¹¹³ C. A. ROGERS, "Ethics in International Arbitration", cit., pp. 194-196. Si veda anche D. LUBAN, *Speculating on Justice: The Ethics and Jurisprudence of Contingency Fees*, in S. PARKER e C. SAMPFORD (a cura di), "Legal Ethics and Legal Practice: Contemporary Issues", Oxford, OUP, 1996, p. 89 ss., p. 116 ss.

¹¹⁴ In proposito si veda, ad esempio, *supra*, note 11 e 29.

¹¹⁵ Si veda, in generale, C. A. ROGERS, "Ethics in International Arbitration", cit., p. 103 ss.

¹¹⁶ Come avvenuto nel caso *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15. *V. King & Spalding LLP v. Waguih Elie George Siag, Mona Elie George Siag, Rami Elie George Siag, Touristic Investment & Hotels Management (SIAG) S.A.E., and SIAG-TABA*

agreements concorra con la presenza di altri finanziatori terzi; e anzi, accade spesso che questi ultimi richiedano che i difensori della parte finanziata siano retribuiti in questo modo, al fine di condividere con gli stessi il rischio economico dell'operazione e di "allineare" gli interessi del difensore a quelli del finanziatore¹¹⁷. In un caso del genere, è evidente, il rischio di conflitti con la parte finanziata appare ancora più concreto, anche tenendo conto del fatto che spesso l'accordo di finanziamento è accompagnato da un c.d. *priorities agreement*, vale a dire un accordo attraverso il quale i soggetti coinvolti nell'operazione di finanziamento predeterminano l'ammontare spettante a ciascuno in caso di esito positivo, nonché l'ordine nel quale essi verranno pagati. Tipicamente, il difensore parte di un simile accordo ha diritto al pagamento in via subordinata rispetto al finanziatore¹¹⁸.

Deriva dalle ragioni appena esposte che una aprioristica esclusione del finanziamento ad opera del difensore da una analisi del fenomeno del TPF non appare opportuna. Se può concedersi che tale forma di finanziamento sia peculiare e di gran lunga meno problematica del finanziamento fornito da soggetti totalmente esterni al procedimento, cionondimeno essa presenta similitudini con questo, giacché determina in ogni caso uno spostamento totale o parziale del rischio economico di esito sfavorevole della controversia in capo ad un soggetto diverso dalla parte.

3.3 *L'assicurazione come finanziamento*

Uno dei principali punti controversi nel dibattito intorno alle forme di finanziamento del contenzioso riguarda la necessità o meno di ricomprendere, nel tentativo di regolamentazione del fenomeno, anche le polizze assicurative, vale a dire quei contratti attraverso i quali un assicuratore tutela il patrimonio dell'assicurato dall'eventualità di incorrere in spese necessarie alla tutela in giudizio dei propri diritti o, in alcuni casi, dall'eventualità di dover pagare le spese legali della controparte¹¹⁹.

È stato da alcuni sostenuto che l'uso di strumenti assicurativi al fine di minimizzare i rischi connessi alla partecipazione in un giudizio sia un fenomeno tutt'altro che nuovo, la brama di regolamentare il quale sarebbe stata stimolata dal dibattito – questo sì, recente

Co., London Court of International Arbitration (LCIA) Case No. 91491, Request for Arbitration and for Expedited Formation of the Tribunal for the Purpose of Granting Urgent Interim Measures and Conservatory Relief Pursuant to Articles 9 and 25 of the LCIA Arbitration Rules, 10 dicembre 2009, in particolare par. 18.

¹¹⁷ J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 34; M. SMITH e A. WESOŁOWSKI, *Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder's Perspective*, cit., pp. 222-223.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Sul punto, in generale, e in aggiunta ai lavori citati *supra*, note 69, 70 e 71, si vedano: W. H. VAN BOOM, *Insuring v. Investing in Litigation: A Comparative History of Litigation Insurance and Claim Investment*, in "Comparative Legal History", 2020, p. 2 ss.; C. SILVER, *Litigation Funding versus Liability Insurance: What's the Difference?*, cit.; M. BOARDMAN, *Insurers Defend and Third-Parties Fund: A Comparison of Litigation Participation*, in "Journal of Law, Economics & Policy", 2012, p. 673 ss.; L. BENCH NIEUWVELD, *Third Party Funding: Why the Fuss? The Insurance Industry Holds the Answer*, in "Transnational Dispute Management", 7/2012; S. DLUZNIAK, *Litigation Funding and Insurance*, 2009, disponibile all'indirizzo <https://portal.omnibridgeway.com/docs/default-source/site-documents/paper---dluzniak>.

– sul TPF; tale desiderio regolatorio, tuttavia, non troverebbe fondamento in un significativo impatto negativo sui procedimenti arbitrali¹²⁰.

L'assicurazione delle spese legali è generalmente attuata mediante polizze c.dd. *after the event* (ATE) o *before the event* (BTE). Le prime sono quei contratti assicurativi conclusi dopo che una controversia sia già sorta. Tale tipo di polizza copre, in genere, l'eventualità che all'assicurato venga imposto il pagamento dei costi legali della controparte (sebbene esistano anche forme di assicurazione ATE a copertura delle proprie spese legali, c.dd. *ATE own costs*). Generalmente, essendo le polizze ATE stipulate dopo l'insorgenza della controversia, il premio viene pagato secondo una formula c.d. *no win no fee*: con ciò si intende che il premio viene pagato soltanto in caso di vittoria dell'assicurato ed è in genere determinato come percentuale di ciò che lo stesso ottiene dal procedimento¹²¹.

L'assicurazione c.d. BTE è invece quella conclusa prima dell'instaurazione della controversia, per l'eventualità di coinvolgimento in un procedimento e può coprire sia i costi di lite dell'assicurato sia quelli della controparte, nel caso in cui l'assicurato sia condannato a pagarli. In quanto stipulate prima dell'evento, nelle polizze di questo tipo il premio è fisso e corrisposto periodicamente¹²².

Entrambe queste forme di assicurazione presentano similitudini e differenze con le tradizionali ipotesi di finanziamento *non-recourse*. Nel caso di polizze ATE, ad esempio, come già detto, l'assicuratore ha diritto al percepimento di un premio che, generalmente, viene determinato come quota parte di quanto ottenuto dall'assicurato in caso di esito favorevole della controversia. In aggiunta, trattandosi di contratti assicurativi stipulati dopo l'instaurazione della controversia e quindi del verificarsi dell'evento che ne ha determinato l'insorgenza, prima della conclusione degli stessi l'assicuratore ha modo di condurre una attenta valutazione delle possibilità di successo dell'assicurato, in maniera molto simile a quanto viene fatto da un qualsiasi finanziatore *non-recourse*. Tuttavia, a differenza di quest'ultimo, un assicuratore che abbia concluso una polizza ATE non contribuisce, di regola, allo svolgimento del procedimento con la fornitura di fondi o altro supporto, e il suo obbligo di pagare sorge generalmente soltanto a procedimento concluso, così che la parte debba sostenere autonomamente i costi del procedimento mentre questo è in corso (o, in alternativa, ricorrere ad altro finanziatore)¹²³.

Al contrario, l'assicuratore che abbia concluso una polizza BTE ha diritto ad una remunerazione costituita da un premio fisso e non dipendente dall'esito della

¹²⁰ Si veda, ad esempio, J. CLANCHY, *Comments on ICSID Rules Amendments: Proposed AR 21 - Disclosure of Third-Party Funding*, disponibile all'indirizzo https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/public-input/Clanchy_James_9.3.18.pdf, pp. 2-3.

¹²¹ V. *supra*, nota 69.

¹²² INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 33 ss.; M. DE MORPURGO, *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, cit., p. 353; J. CLANCHY, *Third Party Funding in Arbitration: Breaking down Barriers and Building Bridges*, cit.; T. ALONSO, *Third-Party Funding's Older Sibling: Legal Costs Insurance and the Issue of Regulation*, cit.

¹²³ V., ad esempio, il già citato caso *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*.

controversia. In aggiunta, dal momento che l'assicuratore assume l'obbligo di finanziare i costi del procedimento prima dell'evento che determina la sua instaurazione, esso non effettua alcuna valutazione della meritevolezza della posizione dell'assicurato (salva la possibilità, concordata nel contratto, che l'assicuratore rifiuti di azionare la copertura assicurativa quando l'assicurato intraprenda una lite manifestamente temeraria). Cionondimeno, un assicuratore che abbia stipulato una polizza BTE è simile ad un finanziatore *non-recourse* nella misura in cui fornisce materialmente fondi per lo svolgimento concreto del procedimento e sostiene quindi un esborso economico durante lo svolgimento dello stesso.

Proprio in ragione del fatto che – contrariamente a quanto avviene nel caso di ATE – nel caso di BTE l'assicuratore sostiene direttamente i costi del procedimento mentre lo stesso è in corso, è stato suggerito che le polizze ATE non necessiterebbero di regolamentazione, più giustificata per quelle BTE:

“Issues such as confidentiality, conflicts, and control of a claim affect arbitrations in which a party's costs are funded by a ‘Before the Event’ (BTE) insurer or a liability insurer. Indeed, being obliged to pay costs during the course of the arbitration, these insurers may be more likely than ATE insurers are to take an interest in the proceedings as they develop”¹²⁴.

A ben vedere, tuttavia, a noi sembra che entrambe le ipotesi presentino caratteristiche tali da necessitare di una regolamentazione (o, quantomeno, caratteristiche tali da non giustificare una regolamentazione diversa dal finanziamento *non-recourse*). Quanto alle assicurazioni c.dd. BTE, è chiaro che l'assicuratore potrebbe avere un interesse nella gestione del procedimento tale da determinare i medesimi rischi del finanziamento *non-recourse* in termini di controllo dello stesso. Sostenendo direttamente le spese del procedimento *mentre lo stesso è in corso*, infatti, l'assicuratore ha il medesimo interesse di un qualsiasi altro finanziatore alla minimizzazione delle spese nelle quali incorre; in altre parole, “in terms of risk of abuse, there may be no difference between a litigation funder with an eye to maximising profits and an insurance company with an eye to minimising losses”¹²⁵. Anzi, si potrebbe dire che tale interesse può essere addirittura più pressante in tutte le ipotesi nelle quali l'assicuratore non ha la possibilità di svolgere una valutazione della meritevolezza della posizione dell'assicurato, al contrario di quanto fa, di norma, un *non-recourse funder*. Quanto alle polizze ATE, risulta altrettanto evidente che nelle stesse l'assicuratore ha un interesse minore al controllo della gestione diretta del procedimento, essendo i costi di quest'ultimo sostenuti direttamente dalla parte. Cionondimeno, l'assicuratore ha un interesse a che l'assicurato esca vittorioso,

¹²⁴ J. CLANCHY, *Third Party Funding in Arbitration: Breaking down Barriers and Building Bridges*, cit., p. 59.

¹²⁵ Supreme Court of Western Australia, *Clairs Keeley (a Firm) v. Treacy and ors.*, 3 dicembre 2003, par. 72.

dipendendo da ciò il suo margine di guadagno¹²⁶. In aggiunta, come già si è avuto modo di notare nel trattare del finanziamento *pro bono*, è opportuno tenere presente che anche nelle ipotesi in cui il finanziamento viene prestato per il tramite di un contratto di assicurazione sussiste il medesimo interesse di un tribunale arbitrale e della parte non finanziata a conoscere della indisponibilità di risorse economiche del soggetto che beneficia del finanziamento, data la rilevanza che una simile circostanza può assumere in sede di assunzione di decisioni sui costi del procedimento.

Deriva da tali considerazioni che un'esclusione delle polizze assicurative, tanto ATE quanto BTE, dalla definizione di finanziamento non consentirebbe di valutare adeguatamente l'incidenza che pure questi fenomeni hanno sullo svolgimento dei procedimenti arbitrali.

4. CONCLUSIONI

Come si è avuto modo di osservare nel presente Capitolo, uno dei primi ostacoli ad uno studio del fenomeno del finanziamento da parte di terzi e delle implicazioni del suo uso in un procedimento arbitrale internazionale è rappresentato dalla assenza di una definizione condivisa di TPF. Come si è detto, infatti, l'obiettivo del finanziamento delle spese di lite può essere concretamente raggiunto attraverso l'impiego di una enorme varietà di strumenti economici e contrattuali, sul cui inserimento nella definizione di finanziamento la prassi e la dottrina non sembrano aver trovato un pieno accordo.

Ciò si riflette sulle definizioni correntemente in uso di TPF, ciascuna con un ambito applicativo parzialmente differente. Si è potuto tuttavia notare come tre fenomeni, in particolare, abbiano generato le maggiori perplessità: i) il finanziamento non a scopo di lucro; ii) il finanziamento ottenuto per il tramite di un accordo sul compenso del difensore dipendente in tutto o in parte dall'esito della controversia; e iii) il finanziamento derivante dalla stipula di polizze assicurative contro l'eventualità di incorrere in spese necessarie alla tutela in giudizio dei propri diritti o di dover pagare le spese legali della controparte.

Si è provato a dimostrare in queste pagine che anche tali fenomeni – nonostante le loro indubbie peculiarità – sono suscettibili di incidere sul regolare svolgimento di un procedimento arbitrale, al pari di forme più classiche di finanziamento, per il solo fatto di determinare uno spostamento (anche solo parziale) del rischio economico di soccombenza in capo ad un soggetto diverso dalla parte in giudizio.

Alla luce di tali considerazioni, ci sembra che la definizione di TPF che meglio ne consente l'analisi sia esattamente questa: *è in atto una forma di finanziamento in tutte le ipotesi nelle quali il rischio economico di esito sfavorevole della controversia non gravi (interamente) su una parte.*

Questa definizione, del resto, è anche quella che appare maggiormente in linea con il carattere del presente lavoro quale lavoro di dottrina: escludere dal suo campo di analisi il finanziamento non a scopo di lucro, le assicurazioni e/o i patti di determinazione del

¹²⁶ Nello stesso senso, INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., pp. 54-55.

compenso dei difensori c.dd. *success-based* avrebbe come effetto di non considerare fenomeni ai quali ormai le istituzioni arbitrali e i trattati si riferiscono sempre più spesso con le loro definizioni.

Ciò non significa, è bene notarlo, che ciascuna delle forme di finanziamento qui considerate incida *in concreto* su ognuna delle singole questioni affrontate più nel dettaglio nei Capitoli che seguono: se è vero, come qui sostenuto, che ogni forma di finanziamento può incidere su alcuni aspetti di un procedimento arbitrale, è pur vero che ciascuna di esse incide in maniera significativamente differente e presenta delle peculiarità che non consentono necessariamente di accomunarla alle altre.

In materia di imparzialità e indipendenza del tribunale arbitrale, ad esempio, appare evidente, come si è notato, che l'esistenza di un accordo *success-based* sulla remunerazione del difensore incida in misura significativamente minore di un tradizionale finanziamento *non-recourse*, dati il minor controllo esercitato dal difensore su un procedimento e l'esistenza di norme che regolamentano la condotta del difensore stesso; lo stesso può dirsi, in verità, per le polizze assicurative: il controllo che un assicuratore può esercitare su un procedimento sarà, in genere, di gran lunga inferiore a quello potenzialmente esercitabile da un tradizionale *non-recourse funder* giacché, per sua natura, un assicuratore normalmente distribuisce il rischio economico di esito sfavorevole dell'operazione su un numero consistente di polizze stipulate; in aggiunta, lo svolgimento dell'attività assicurativa è ad oggi più regolamentato sul piano interno del finanziamento *non-recourse*, essendo un fenomeno meno recente. La legge applicabile al contratto di assicurazione potrebbe quindi prevedere dei limiti alla condotta dell'assicuratore che la legge applicabile al finanziamento *non-recourse* non prevede affatto. Tutti questi fenomeni possono incidere, però, sull'assunzione di decisioni sui costi del procedimento in quanto, come si è visto, potenzialmente sintomi della non solvibilità di una delle parti in giudizio. Anche in questo caso, tuttavia, possono esservi significative differenze tra le varie forme di finanziamento possibili: come si è visto, ad esempio, la circostanza che un finanziatore non sia remunerato può incidere sul tradizionale principio di allocazione dei costi in capo al soccombente laddove la parte finanziata risulti vittoriosa; al contrario, nell'ipotesi in cui la parte finanziata attraverso un finanziamento a scopo di lucro prevalga in giudizio, ci si potrebbe chiedere se il costo del ricorso al finanziamento sia recuperabile e addebitabile alla controparte.

In ragione di quanto appena detto, nelle pagine che seguono si provvederà quindi a mettere opportunamente in luce le differenze, sul piano pratico, di ciascuna forma di finanziamento, laddove ciò sia necessario ai fini della trattazione delle singole questioni specifiche che verranno esaminate.

CAPITOLO II

L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SULLA GIURISDIZIONE ARBITRALE

SOMMARIO: 1. Introduzione: il finanziamento come espressione della tensione tra la natura consensuale dell'arbitrato e la complessità delle moderne relazioni commerciali. – 2. L'arbitrato contrattuale. – 2.1. Sostituzione del finanziatore in luogo del soggetto finanziato come parte: cessione, surrogazione e altri meccanismi di trasferimento dei diritti contrattuali. – 2.2. Aggiunta del finanziatore al fianco della parte finanziata. – 2.2.1. Consenso implicito, *group of companies* e superamento dello schermo della personalità giuridica. – 2.2.2. L'applicabilità di tali teorie alla figura del finanziatore. – 2.2.3. *Estoppel*. – 2.3. L'arbitrato contrattuale: conclusioni. – 3. L'arbitrato in materia di investimenti fondato su trattato. – 3.1. L'irrelevanza dell'assenza di interesse nell'esito della controversia da parte del ricorrente ai fini della determinazione della giurisdizione. – 3.2. La giurisprudenza arbitrale in materia di finanziamento. – 3.3 ...Segue: Il trasferimento degli *investment treaty claims*. – 3.4. L'arbitrato in materia di investimenti fondato su trattato: conclusioni. – 4. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE: IL FINANZIAMENTO COME ESPRESSIONE DELLA TENSIONE TRA LA NATURA CONSENSUALE DELL'ARBITRATO E LA COMPLESSITÀ DELLE MODERNE RELAZIONI COMMERCIALI

La pietra angolare sulla quale si fonda l'arbitrato è rappresentata dal principio consensualistico, in forza del quale possono prendere parte ad un procedimento arbitrale soltanto soggetti che vi abbiano acconsentito¹; nella maggior parte delle ipotesi, un simile consenso viene espresso e provato mediante la sottoscrizione di un compromesso ad arbitrare². Ad ogni modo, già da diversi decenni è avvertita, in dottrina come in

¹ “There can be no doubt that arbitrations, whether international or between subjects of private law, derive their mandate and competence from the consent and agreement of the parties to the arbitral agreement; therefore, it is the parties’ consent that determines the scope, limits and area of certitude of an arbitrator’s authority and jurisdiction”, Tribunale per i reclami Iran – Stati Uniti, *Watkins-Johnson Co. v. Iran*, IUSCT Case No. 429-370-1, Award, 28 luglio 1989, opinione dissenziente di Assadollah Noori, par. 56. G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., in particolare parr. 1.02 e 9.01: “International arbitration agreements are creatures of contract” (p. 1423); J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS e S. M. KRÖLL, “Comparative International Commercial Arbitration”, L’Aja – Londra – New York, Kluwer Law International, 2003, p. 98. La natura consensuale dell’arbitrato è attualmente riconosciuta a livello internazionale soprattutto dall’Art. II, par. 1, della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere (che conta, ad oggi, 170 parti), il quale recita: “Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which *the parties undertake to submit to arbitration* all or any differences which have arisen or which may arise between them [...]” (corsivo aggiunto).

² G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., pp. 1521-1522; D. SCHRAMM, E. GEISINGER e P. PINOLLE, *Article II*, in H. KRONKE, P. NACIMIENTO, D. OTTO e N. C. PORT (a cura di), “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention”, Alphen

giurisprudenza, la non totale adeguatezza del fondamento consensualistico dell'arbitrato a regolare la complessità delle moderne relazioni commerciali: l'esistenza di articolati gruppi societari, la possibilità di cedere i contratti e le annesse clausole arbitrali, la possibilità che di un contratto benefici un terzo non parte dello stesso; sono, queste, ipotesi che in vario modo mettono in discussione l'idea che la partecipazione ad un procedimento arbitrale debba essere subordinata ad una *espressa* volontà in tal senso³. La tensione tra la natura consensuale dell'arbitrato e la complessità delle moderne relazioni commerciali è, come detto, da tempo avvertita, e ha portato all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale di alcuni strumenti – dal diverso grado di successo e di applicazione pratica – volti precisamente alla ricomposizione di tale tensione e a garantire il coinvolgimento nei procedimenti arbitrali di soggetti che, pur non avendo sottoscritto la clausola arbitrale, non possano dirsi completamente disinteressati all'esito del procedimento stesso.

Il TPF non rappresenta un'eccezione. Al pari di tutte le ipotesi di presenza di un soggetto interessato all'esito di un procedimento arbitrale, esso pone notevoli sfide all'assolutezza del principio consensualistico. Basti pensare – come si è avuto modo di osservare nel Capitolo I – che il finanziatore può assumere, nel contratto di finanziamento, l'obbligo di pagamento di una condanna alle spese sostenute dalla controparte del soggetto finanziato, o di indennizzare la parte finanziata che al pagamento di tali spese venga condannata⁴. Il finanziatore, inoltre, è il soggetto che, il più delle volte⁵, sostiene i costi del procedimento. In simili ipotesi, la parte non finanziata che sia a conoscenza dell'impiego di forme di finanziamento in favore della controparte potrebbe avere interesse a che il tribunale arbitrale abbia il potere di coinvolgere il finanziatore nel procedimento affinché ne allochi, ad esempio, i costi in capo ad esso, vincolandolo *direttamente* al lodo (con conseguente possibilità di diretta esecuzione nei suoi confronti). Un tale interesse, è evidente, appare particolarmente significativo e giustificato in tutte

aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, p. 37 ss., p. 62: “[W]ho [the] parties are. In most cases, the answer is clear: arbitration proceedings are conducted between the parties who signed the instrument containing the arbitration agreement”.

³ B. HANOTIAU, “Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue. A Comparative Study”, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, II ed., 2020, p. 1 ss.; ID., *Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law*, in A. J. VAN DEN BERG (a cura di), “International Arbitration 2006: Back to Basics?”, ICCA Congress Series No. 13”, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 341 ss.; S. BREKOULAKIS, “Third Parties in International Commercial Arbitration”, Oxford, OUP, 2010, p. 1 ss.; ID., *Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories*, in “Journal of International Dispute Settlement”, 2017, p. 610 ss.; A. M. STEINGRUBER, “Consent in International Arbitration”, Oxford, OUP, 2012, p. 1 ss.; K. YOUSSEF, “Consent in Context: Fulfilling the Promise of International Arbitration; Multiparty, Multi-contract, and Non-contract Arbitration”, Eagan, MN: Thomson Reuters, 2012: “[A]s all empires rise and fall, the empire of consent in arbitration, believed eternal, is falling” (p. 54); G. KAUFMANN-KOHLER e H. PETER, *Formula 1 Racing and Arbitration: The FIA Tailor-Made System for Fast Track Dispute Resolution*, in “Arbitration International” 2001, p. 173 ss., p. 186.

⁴ V. *supra*, Capitolo I, in particolare Sezione 3.3.

⁵ Come si è avuto modo di vedere nel corso delle pagine che precedono, non sempre il finanziatore sostiene direttamente i costi ordinari di gestione del procedimento. V. *supra*, Capitolo I, in particolare Sezioni 3.2-3.3.

quelle ipotesi nelle quali si ricorra al finanziamento per mancanza di risorse necessarie alla prosecuzione del giudizio. Ancora, l'assunzione di giurisdizione da parte di un tribunale sul soggetto finanziatore potrebbe giovare alla parte non finanziata in quanto vincolerebbe *direttamente* il primo agli obblighi di confidenzialità vigenti tra le parti di un procedimento arbitrale o alle richieste del tribunale di produzione di documenti relativi al finanziamento stesso.

In aggiunta, la parte non finanziata potrebbe sostenere che il controllo esercitato da un finanziatore sulla conduzione del procedimento renda quest'ultimo la parte effettiva della controversia. In effetti, nella più gran parte dei casi, il finanziamento dei costi di lite altrui è un investimento ripagato dal buon esito del procedimento arbitrale; è quindi intuitivo che chiunque realizzi tale forma di investimento condizioni il proprio intervento a precise garanzie sulla conduzione dello stesso. È quindi possibile – e anzi probabile – che il finanziatore eserciti un controllo che può essere particolarmente pervasivo su alcuni aspetti fondamentali del procedimento, come: *i*) la scelta degli arbitri di nomina della parte finanziata o del di essa difensore⁶; *ii*) l'imposizione di una certa modalità di retribuzione del difensore (attraverso un accordo c.d. *success-based*)⁷; *iii*) la possibilità di decidere sulla definizione transattiva della controversia⁸; *iv*) la possibilità di recedere unilateralmente dal contratto di finanziamento⁹.

Tali circostanze denotano tutte una quantomeno parziale perdita del controllo della parte finanziata sul procedimento che spesso si accompagna ad una perdita di interesse economico proporzionale alla misura della remunerazione del finanziatore. Esse sono

⁶ Salvo che la legge applicabile all'accordo di finanziamento, ovviamente, non lo precluda. Ad esempio, nell'ambito dell'UE, le polizze assicurative per la tutela giudiziaria devono prevedere esplicitamente che "ove un avvocato o qualsiasi altra persona in possesso delle qualifiche ammesse dalla legislazione nazionale sia chiamato a difendere, rappresentare o tutelare gli interessi dell'assicurato in qualunque procedimento giudiziario o amministrativo, l'assicurato è libero di scegliere tale avvocato o altra persona" e che "l'assicurato è libero di scegliere un avvocato o, se preferisce e se ciò è consentito dalla legislazione nazionale, altra persona in possesso delle qualifiche necessarie, per tutelare i suoi interessi qualora sorga un conflitto di interessi" (Direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (solvibilità II), Art. 201, rubricato "Libertà di scelta dell'avvocato". L'art. 202 disciplina le possibili deroghe). In merito, si veda anche Corte di Giustizia dell'UE, *Jan Sneller v. DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij NV*, causa C-442/12, 7 novembre 2013; tale decisione è in verità relativa alla precedente Direttiva 87/344/CEE, non più in vigore ma contenente una norma (l'Art. 4) identica all'Art. 201 della Direttiva 2009/138/CE.

⁷ V. *supra*, Capitolo I, Sezione 3.2.

⁸ Ad esempio, previsioni in tal senso sono spesso rinvenibili nei contratti di assicurazione, nei quali può essere previsto che l'assicurato non possa definire transattivamente la controversia senza il benestare della compagnia assicurativa. V. C. SILVER, *Litigation Funding versus Liability Insurance: What's the Difference?*, cit., p. 622: "Insurers [...] control settlement negotiations and decision making".

⁹ Ad esempio, secondo il codice di condotta della *Association of Litigation Funders of England and Wales*, cit., "11. The [Litigation Funding Agreement – LFA] shall state whether (and if so how) the Funder or Funder's Subsidiary or Associated Entity may: [...] 11.2 terminate the LFA in the event that the Funder or Funder's Subsidiary or Associated Entity: 11.2.1 reasonably ceases to be satisfied about the merits of the dispute; 11.2.2 reasonably believes that the dispute is no longer commercially viable; or 11.2.3 reasonably believes that there has been a material breach of the LFA by the Funded Party". Secondo il par. 12, poi, "the LFA shall not establish a discretionary right for a Funder or Funder's Subsidiary or Associated Entity to terminate a LFA in the absence of the circumstances described in clause 11.2".

quindi utili strumenti nelle mani dei soggetti non finanziati che, se convenuti, possono utilizzarle ai fini della contestazione della giurisdizione di un tribunale arbitrale o dell'ammissibilità di un'azione o, ancora, per determinare una modifica o una estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della clausola arbitrale al finanziatore.

Ad oggi, il dibattito sull'impatto dell'esistenza di forme di finanziamento del procedimento sulla giurisdizione dei tribunali arbitrali e sull'ammissibilità dei ricorsi ha interessato per lo più la dottrina; tuttavia, non mancano esempi pratici di quanto appena detto: basti pensare, in proposito, ai procedimenti arbitrali instaurati da numerosi investitori stranieri nei confronti dell'Argentina a seguito delle misure dalla stessa adottate per mitigare gli effetti della crisi economica che colpì lo Stato nel 2001. Così, ad esempio, nel caso *Teinver v. Argentina*¹⁰ – relativo a misure che l'investitore contestava in quanto nazionalizzazioni di un investimento effettuato in due compagnie aeree –, il ricorrente aveva concluso un accordo di TPF con una società operante nel settore del finanziamento del contenzioso, la Burford Capital. In ragione di ciò, l'Argentina contestava l'esistenza della giurisdizione del tribunale arbitrale nei seguenti termini:

“Regarding Claimants’ Funding Agreement with Burford, Respondent asserts that it is Burford, and not Claimants, that is the real party interested in this arbitration. According to Respondent, Burford [...] is [...] the only party that would seem to be potentially benefited in the case of a hypothetical award against Argentina in the instant case”¹¹.

Ancora, nel caso *Ambiente Ufficio v. Argentina*¹², sorto dalle misure di ristrutturazione del debito adottate dallo Stato, un consistente numero di possessori di titoli di Stato aveva ottenuto un finanziamento dalla società NASAM. La posizione dell'Argentina, nel contestare la giurisdizione del tribunale arbitrale, si basò sulle seguenti considerazioni:

“the problem is not NASAM’s funding arrangement as such, but rather the fact that genuine third-party funding deals with the provision of funds by individuals and companies having no other connection with the litigation. NASAM does not fall in this definition, however, as its control goes as far as making NASAM a real party in interest in the present case. In particular, [...] NASAM was the driving force behind the decision to initiate the present arbitration. The lawyers were selected by NASAM and it was NASAM who instructed Claimants’ lawyers accordingly [...]. Furthermore, [...] that NASAM has full control over the present arbitration and that it is its sole beneficiary [...]”¹³.

¹⁰ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, 21 dicembre 2012.

¹¹ *Ivi*, par. 245.

¹² *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9 (precedentemente *Giordano Alpi and others v. Argentine Republic*), Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 febbraio 2013.

¹³ *Ivi*, par. 186. Per altri casi simili, si veda *infra*, Sezione 3.2.

È lecito immaginare, data la crescente diffusione degli accordi di TPF nei procedimenti arbitrali e l'adozione, da parte della maggioranza delle principali istituzioni arbitrali, di norme volte ad imporre la *disclosure*¹⁴, che simili posizioni diventino sempre più frequenti. Sulla base di queste premesse, quindi, questa parte del lavoro analizzerà il possibile impatto degli accordi di TPF sulla giurisdizione dei tribunali arbitrali e sull'ammissibilità dei ricorsi.

È in proposito necessaria una premessa: l'analisi di tale questione non può che essere condotta distinguendo le ipotesi di arbitrato sorto sulla base di un contratto dalle ipotesi di arbitrato (in materia di investimenti) nel quale il consenso sia prestato da uno Stato ospitante un investimento in un trattato in materia di investimenti (*International Investment Agreement* – IIA); vale a dire, le c.dd. ipotesi di *arbitration without privity*¹⁵. Le caratteristiche peculiari di tale forma di arbitrato giustificano infatti una trattazione separata in quanto, come è noto, diversi sono i requisiti giurisdizionali dei quali un tribunale arbitrale costituito sulla base di un IIA deve accertare l'esistenza. Tra di essi vi sono, in particolare: *i*) la qualificazione dell'attore quale investitore; e *ii*) il possesso, da parte di questi, di una specifica nazionalità, quella dello Stato con il quale lo Stato ospitante l'investimento ha concluso il trattato¹⁶.

Alla luce di ciò, l'analisi verrà articolata in due distinte parti. La prima (Sezione 2) sarà dedicata all'arbitrato contrattuale, prendendo in considerazione le principali teorie sul coinvolgimento dei terzi in un procedimento e valutandone l'eventuale applicabilità alla figura del finanziatore. La seconda (Sezione 3) prenderà invece in considerazione l'arbitrato in materia di investimenti fondato su trattato; in essa si avrà modo di esaminare l'approccio dei tribunali arbitrali alla più generale questione della rilevanza dell'esistenza di un interesse economico dell'investitore nell'esito della controversia ai fini della determinazione della giurisdizione (Sezione 3.1), per valutare come tale approccio sia stato effettivamente declinato in procedimenti finanziati (Sezione 3.2). Da ultimo, si guarderà alla peculiare ipotesi di trasferimento degli *investment treaty claims* (Sezione 3.3)¹⁷.

¹⁴ Si veda il Capitolo I, Sezione 2.3 e, più diffusamente, *infra*, Capitolo III.

¹⁵ J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in "ICSID Review – Foreign Investment Law Journal", 1995, p. 232 ss.

¹⁶ Si vedano, in generale: R. DOLZER, U. KRIEBAUM e C. SCHREUER, "Principles of International Investment Law", Oxford, OUP, III ed., 2022, Capitolo XII; M. SORNARAJAH, "The International Law on Foreign Investment", Cambridge, CUP, V ed., 2021, Capitolo 8; C. MCLACHLAN, L. SHORE e M. WEINIGER, "International Investment Arbitration: Substantive Principles", Oxford, OUP, II ed., 2017, Capitoli 5 e 6; Z. DOUGLAS, "The International Law of Investment Claims", Cambridge, CUP, 2009, Capitoli 6 e 7.

¹⁷ La distinzione adottata nel lavoro è quindi quella tra arbitrato contrattuale e *arbitration without privity*; non già quella, utilizzata in altri lavori (J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 207 ss.), tra arbitrato commerciale e arbitrato in materia di investimenti. Ciò in quanto i procedimenti arbitrali in materia di investimenti di origine contrattuale appaiono essenzialmente simili ad un qualsiasi altro arbitrato contrattuale. Tale osservazione, va notato, non vale tuttavia per l'arbitrato ICSID. La Convenzione ICSID, all'Art. 25, par. 1, prevede infatti che "[t]he jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State [...] and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre". Nell'ambito dell'arbitrato ICSID è quindi richiesto, ai fini della giurisdizione, che l'investitore sia di nazionalità di uno Stato parte della Convenzione. Ciò vale tanto nel

Attraverso l'indagine qui condotta, si avrà modo di dimostrare come, di regola, l'esistenza di un accordo di finanziamento non sia in grado di alterare i limiti giurisdizionali del mandato di un tribunale arbitrale, *a meno che l'accordo di finanziamento non determini la cessione del diritto controverso o dell'azione al finanziatore*, il quale, in questi casi, non potrà più definirsi *terzo*. Quanto all'arbitrato contrattuale, infatti, le controverse forme di coinvolgimento di un terzo non firmatario della convenzione arbitrale nel procedimento richiedono comunque che questi abbia prestato il proprio consenso (anche implicito e deducibile da fatti concludenti) o che esso abbia un interesse e un ruolo nell'operazione economica dalla quale sorge la controversia, non essendo sufficiente un mero interesse nel suo esito. Alla stessa conclusione può giungersi con riguardo alle ipotesi di *arbitration without privity*. Come si vedrà, infatti, la prassi dei tribunali arbitrali in materia di investimenti ha sistematicamente optato per l'assoluta irrilevanza dell'esistenza di un concreto interesse economico del ricorrente nell'esito del procedimento ai fini della determinazione della propria giurisdizione o dell'ammissibilità della domanda.

2. L'ARBITRATO CONTRATTUALE

Come poc'anzi accennato, la tensione tra la natura consensuale dell'arbitrato e la complessità delle relazioni commerciali è avvertita da ben prima della diffusione del TPF, arrivando a determinare l'elaborazione – da parte di dottrina e giurisprudenza – di meccanismi volti a garantire la partecipazione al procedimento arbitrale di coloro che, pur non avendovi *espressamente* acconsentito, siano nello stesso in vario modo coinvolti. Si procederà quindi ad una ricostruzione di tali meccanismi, per valutarne l'eventuale idoneità ad assicurare l'autorità di un tribunale arbitrale sulla figura del finanziatore.

Prima di procedere ad un più dettagliato esame delle teorie sul coinvolgimento dei terzi nell'arbitrato contrattuale, alcune premesse appaiono necessarie. In primo luogo, molteplici sono le ricostruzioni teoriche elaborate allo scopo di coinvolgere terzi non firmatari della clausola arbitrale in un procedimento; queste, come già anticipato, rappresentano nella maggior parte delle ipotesi creazioni dottrinali e giurisprudenziali. Di conseguenza, non può individuarsi alcuna classificazione unanimemente condivisa dalla dottrina come dalla giurisprudenza; sarebbe pertanto impossibile un'analisi esaustiva di ciascuna di queste teorie. Nelle pagine che seguono si prenderanno quindi in considerazione le principali e più discusse, vale a dire quelle che hanno trovato maggiore applicazione pratica nella giurisprudenza arbitrale e/o interna, nonché quelle potenzialmente più rilevanti per un finanziatore¹⁸.

caso di arbitrato fondato su trattato (dove tale requisito si aggiunge a quello di nazionalità di uno Stato parte dello specifico IIA) quanto nel caso di arbitrato ICSID concordato a mezzo di un contratto tra lo Stato e l'investitore. In ogni caso, l'Art. 25 prevede che il consenso ad arbitrare sia prestato per iscritto, il che rimuoverebbe alla radice il problema della "estensione" della clausola arbitrale ai non firmatari della stessa.

¹⁸ La dottrina talvolta distingue le diverse teorie sul coinvolgimento dei terzi in un procedimento arbitrale in due categorie: le teorie c.dd. consensuali e quelle c.dd. non consensuali. La differenza, come è intuibile, sta nel fatto che le prime possono essere definite come quelle teorie nelle quali il coinvolgimento del terzo

Una fondamentale distinzione sulla base della quale si procederà nell'analisi è quella tra meccanismi di coinvolgimento del terzo che ne determinano la *sostituzione* in luogo della parte firmataria del compromesso arbitrale e quelli che ne determinano invece l'*aggiunta* al fianco di tale parte. Le ipotesi che ricadono nel primo scenario sono il trasferimento della clausola arbitrale per effetto della cessione o del trasferimento dei diritti contrattuali ai quali la clausola accede e la surrogazione nella stessa; quanto al secondo scenario, invece, le ipotesi che vi ricadono sono quella di consenso implicito prestato dal terzo, l'esistenza di un gruppo societario, l'*estoppel* e l'*alter ego* (o superamento dello schermo della personalità giuridica)¹⁹.

nel procedimento arbitrale viene comunque giustificato sulla base del consenso di questi, consenso che non è però necessariamente esplicitato attraverso la sottoscrizione del compromesso ad arbitrare ma viene ricostruito sulla base di circostanze ulteriori; le seconde, invece, sono quelle teorie nelle quali il consenso del terzo appare del tutto assente, di talché la sua partecipazione al procedimento arbitrale viene giustificata sulla base di fattori diversi. Questa distinzione, ad esempio, viene utilizzata da G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 1531; sebbene usi una terminologia diversa, anche S. BREKOULAKIS, "Third Parties in International Commercial Arbitration", cit., sembra rifarsi a questa classificazione, distinguendo tra "non-signatories" e "third parties *stricto sensu*", dove i primi sono coloro "that have failed to sign an arbitration clause, but are otherwise bound by it" e i secondi "parties that neither have signed nor otherwise consented to an arbitration clause" (p. 2). Nel contesto dell'analisi dell'impatto del TPF sulla giurisdizione di un tribunale arbitrale, la distinzione tra teorie consensuali e non consensuali viene utilizzata da J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 207 ss. Ad ogni modo, nelle pagine che seguono la distinzione non verrà utilizzata in quanto essa appare in buona parte artificiosa e non del tutto chiara nonché, in ultima analisi, non rilevante ai fini della trattazione che qui ci si propone di svolgere. Da un lato, infatti, può dirsi che tutti gli strumenti atti a coinvolgere un non firmatario della clausola arbitrale in un procedimento cerchino in qualche modo di ricostruirne la partecipazione sulla base di circostanze fattuali che, a ben vedere, non sono altro che espressione di una volontà del soggetto di prendere parte al procedimento o, quantomeno, di una sua consapevolezza che ciò potesse ragionevolmente accadere. Così, come si vedrà *infra*, Sezione 2.2.3., anche l'*estoppel*, che viene tradizionalmente qualificato come teoria non consensuale (G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 1531; J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 217 ss.; G. ZARRA, "Parallel Proceedings in Investment Arbitration", Torino – L'Aja, Giappichelli – Eleven Publishing, 2016, pp. 75-77) finisce secondo alcuni per fondarsi su elementi fattuali atti a ricostruire un coinvolgimento sostanziale del non firmatario nel contratto al quale la clausola arbitrale accede. Secondo S. BREKOULAKIS, "Third Parties in International Commercial Arbitration", cit., ad esempio, "arbitral estoppel [has never] developed as a separate and autonomous basis of jurisdiction. The true essence of [this doctrine] has been to *presume or at least facilitate the deduction of consent*" (p. 179, corsivo nell'originale). D'altro canto, anche le teorie c.dd. consensuali non sfuggono alle critiche di chi ritiene inadeguato il consenso ricavato da elementi fattuali di dubbio rilievo: "More and more, the classical concept of arbitration based on consent is being supplemented by other concepts of arbitration which largely ignore this requirement. [...] This is only natural, as arbitration becomes the most common method for settling international disputes. One may choose to cling to the dogma of consent and when no true and meaningful consent exists, rely on a fiction of consent. But if we merely preserve the appearance of consent, this justification for arbitration is no longer compelling. Indeed, it may be more accurate and intellectually honest to simply admit that arbitration without consent exists" (G. KAUFMANN-KOHLER e H. PETER, *Formula 1 Racing and Arbitration: The FIA Tailor-Made System for Fast Track Dispute Resolution*, cit., p. 186). V. anche S. BREKOULAKIS, "Third Parties in International Commercial Arbitration", cit., pp. 179-180, *infra*, nota 40).

¹⁹ Non si prenderà in considerazione, nel presente Capitolo, la teoria elaborata da Stavros Brekoulakis al fine di vincolare soggetti non firmatari alla clausola arbitrale (si vedano, in particolare, S. BREKOULAKIS, "Third Parties in International Commercial Arbitration", cit., p. 201 ss.; ID., *Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories*, cit., p. 629 ss.; ID., *Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality*, in S. BREKOULAKIS, J. D. M. LEW e L. MISTELIS (a cura di), "The Evolution and Future of International Arbitration", Alphen aan den Rijn, Kluwer

2.1. Sostituzione del finanziatore in luogo del soggetto finanziato come parte: cessione, surrogazione e altri meccanismi di trasferimento dei diritti contrattuali

I contratti e i diritti da questi derivanti possono essere trasferiti, determinando così un mutamento dei soggetti parte del rapporto. La circolazione delle posizioni soggettive nascenti da un contratto può essere in concreto attuata mediante numerosi strumenti che gli ordinamenti interni prevedono a tale scopo: solo per menzionarne alcuni, la cessione del credito, la cessione del contratto o la sua novazione. Nell'ipotesi in cui i diritti trasferiti siano contenuti in un contratto contenente altresì una clausola arbitrale, quest'ultima può ben seguire la sorte del diritto sostanziale trasferito²⁰.

È stato in passato sostenuto che la clausola compromissoria non potesse essere trasferita al pari del contratto principale al quale essa accede, data la sua natura di obbligo

Law International, 2016, p. 119 ss.). In forza di tale teoria, l'autore propone di focalizzare l'analisi "on whether the third-party claim is strongly implicated in the dispute before the tribunal, rather than on whether there is enough evidence that the third party has consented to arbitration" (BREKOUKAKIS, "Third Parties in International Commercial Arbitration", cit., p. 206). Tale approccio è stato ampiamente criticato in dottrina (per diverse ragioni. V., ad esempio: G. ZARRA, "Parallel Proceedings in Investment Arbitration", cit., p. 77 ss.; J. FELLAS, *Comments on Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality* by Professor Stavros Brekoulakis, in S. BREKOUKAKIS, J. D. M. LEW e L. MISTELIS (a cura di), "The Evolution and Future of International Arbitration", cit., p. 199 ss.; N. VOSER, *The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: "Traditional Approach With a Twist Regarding Abuse of Rights" or "Consent Theory Plus"*, in S. BREKOUKAKIS, J. D. M. LEW e L. MISTELIS (a cura di), "The Evolution and Future of International Arbitration", cit., p. 161 ss., in particolare p. 178 ss.) e non risulta, infatti, significativamente adottato dalla giurisprudenza arbitrale o domestica. Un solo autore, ad oggi, sembra essersi riferito a tale teoria per supportare la tesi dell'esistenza di giurisdizione arbitrale sui finanziatori (K. MECHANTAF, *Third-Party Funding in International Arbitration: Active Funders as Parties in Arbitration Proceedings*, in "Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management", 2016, p. 371 ss., p. 375 ss.; va notato però che, sebbene l'autore usi un approccio sostanzialmente analogo a quello di Brekoulakis, egli non ne mutua la terminologia e non si riferisce espressamente al lavoro dello stesso). Tuttavia, la teoria non appare idonea ad estendere la giurisdizione di un tribunale arbitrale sulla figura di un finanziatore in ragione del fatto che quest'ultimo, di norma (e come si vedrà meglio), non è affatto legato al soggetto finanziato, non è coinvolto nel contratto principale e non è, pertanto, "strongly implicated" nella controversia che finanzia (J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 219; la tesi di Mechantaf è criticata anche in G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 1599). In proposito, ci sembra altresì non trascurabile che lo stesso Brekoulakis, nell'affrontare il tema delle implicazioni dell'esistenza di un finanziamento in termini di giurisdizione arbitrale, non prenda affatto in considerazione la teoria in discussione (S. BREKOUKAKIS e C. ROGERS, *Third-Party Financing in ISDS. A Framework for Understanding Practice and Policy*, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/13, disponibile all'indirizzo <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/papers/13-rogers-brekoulakis-tpf-isds-af-13-2019-version-2.pdf>, p. 27 ss. Il lavoro si riferisce alla sola giurisdizione di un tribunale arbitrale rispetto all'adozione di determinazioni sui costi; le considerazioni ivi svolte ci sembrano quindi a maggior ragione applicabili alla giurisdizione "generale" sull'intera controversia).

²⁰ G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 1578 ss.; B. HANOTIAU, "Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue. A Comparative Study", cit., p. 31 ss.; S. BREKOUKAKIS, *Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality*, cit., p. 122 ss.; ID., "Third Parties in International Commercial Arbitration", cit., p. 28 ss.; P. MAYER, *Extension of the Arbitration Clause to Non-signatories under French Law*, in PERMANENT COURT OF ARBITRATION (a cura di), "Multiple Party Actions in International Arbitration", Oxford, OUP, 2009, p. 189 ss., p. 194 ss.

strettamente personale²¹. Ad oggi, tale visione – verosimilmente derivante dalla concezione dell'arbitrato quale deroga del tutto eccezionale alla giurisdizione dei giudici ordinari – sembra essere superata, essendo invece l'idea predominante quella dell'automatico trasferimento del compromesso ad arbitrare in seguito al trasferimento del contratto o del diritto sostanziale al quale la clausola arbitrale è connessa, salvo diversa pattuizione delle parti; come sostenuto da un autore, “in most jurisdictions, it is presumed that assignment of the underlying contract entails the assignment of the associated arbitration agreement”²². A titolo esemplificativo, questo è quanto accade negli Stati Uniti²³, nel Regno Unito²⁴, in Svizzera²⁵ e in Francia²⁶.

Ne consegue che, laddove l'ordinamento il cui diritto è applicabile alla questione lo preveda²⁷, l'accordo di arbitrato può essere trasferito congiuntamente ad un diritto sostanziale derivante dal contratto principale al quale esso accede²⁸.

La surrogazione è invece un istituto mediante il quale un terzo subentra nei diritti di un soggetto creditore verso il debitore, per effetto del pagamento del debito da parte del terzo in questione. Il diritto di surrogazione è una caratteristica tipica, ad esempio, dei contratti di assicurazione della responsabilità civile verso terzi, comportando il diritto dell'assicuratore di agire nei confronti del debitore una volta indennizzato il soggetto

²¹ Si veda la dottrina citata *supra*, nota 20.

²² G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1579.

²³ *Andermann v. Sprint Spectrum LP*, 785 F.3d 1157 (7th Cir. 2015).

²⁴ *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v. Kingdom of Spain (the Prestige)* [2020] EWHC 1582 (Comm). Si veda anche Section 8(1), Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.

²⁵ Corte Suprema Federale, *X. Ltd v. Y. and Z. S.p.A. [The Ras Laffan Subcontract]*, BGE/ATF 134 III 565, No. 4A_128/2008.

²⁶ Corte di cassazione, I sez. civile, 27 marzo 2007, 04-20.842. Quanto all'Italia, la posizione sviluppata dalla nostra giurisprudenza sulla circolazione della clausola compromissoria appare del tutto peculiare, giacché il cessionario non può invocare la clausola compromissoria nei confronti del ceduto, il quale può però sollevare eccezione di compromesso arbitrale laddove venga convenuto dinanzi al giudice statale: “il principio implicante l'impossibilità di invocare la clausola in base al connotato di autonomia che la distingue è che ‘il cessionario di credito’, nascente da contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria, non subentra nella titolarità del distinto e autonomo negozio compromissorio e non può pertanto invocare detta clausola nei confronti del debitore ceduto, anche se quest'ultimo può avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del cessionario, atteso che – si dice – il debitore ceduto si vedrebbe altrimenti privato del diritto di far decidere ad arbitri le controversie sul credito in forza di un accordo tra cedente e cessionario al quale egli è rimasto estraneo” (Cassazione civile, Sez. I, 23 marzo 2021, n. 8085).

²⁷ Quale sia la legge in forza della quale valutare se il trasferimento sia avvenuto non è chiaro, avendo la prassi adottato di volta in volta approcci diversi. La questione esula dagli scopi del presente lavoro; ci si può limitare a notare come sia stata utilizzata talvolta la legge dello stato della sede del procedimento, o la legge applicabile al contratto principale. Secondo alcuna dottrina, dovrebbe essere utilizzato il c.d. *validation principle*, in forza del quale il trasferimento è valido se previsto dalla legge applicabile all'accordo di trasferimento o, in alternativa, all'accordo di arbitrato. V. G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1584.

²⁸ Ne consegue che le condizioni previste dalla legge applicabile alla questione del trasferimento dovranno ovviamente essere rispettate; ad esempio, tale legge potrebbe prevedere, in alcuni casi, la necessità del consenso del debitore ceduto. Se però si accede all'idea che l'accordo di arbitrato venga trasferito automaticamente insieme ai diritti contrattuali ai quali accede, non sarà necessario un consenso ulteriore e separato. Si veda, in generale, S. JAGUSCH e A. C. SINCLAIR, *The Impact of Third Parties on International Arbitration – Issues of Assignment*, in L. A. MISTELIS e J. D. M. LEW (a cura di), “Pervasive Problems in International Arbitration”, Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2006, p. 291 ss.

assicurato²⁹. In simili ipotesi, se la legge applicabile all'accordo lo prevede³⁰, il soggetto surrogante può divenire vincolato alla clausola arbitrale contenuta nel contratto principale dal quale deriva il debito che il surrogante ha pagato, nei confronti del soggetto debitore³¹.

Negli scenari qui delineati, un soggetto non firmatario della clausola arbitrale potrebbe comunque essere ritenuto vincolato a questa nelle ipotesi in cui sia avvenuto il trasferimento di diritti sostanziali contenuti nel contratto al quale la clausola arbitrale è acclusa, nonché nelle ipotesi in cui il contratto principale preveda la surrogazione del terzo nei diritti della parte.

Le due ipotesi qui in discussione appaiono, in effetti, significativamente meno problematiche di quelle di *aggiunta* del soggetto non firmatario nel procedimento arbitrale: esse, infatti, non dipendono generalmente dalla condotta del non firmatario o dall'esistenza di legami dello stesso con la parte in giudizio; dipendono esclusivamente dall'assunzione da parte del non firmatario di un impegno contrattuale mediante il quale esso diviene titolare del diritto controverso dedotto in arbitrato o surroga il soggetto titolare nell'esercizio dei propri diritti.

L'ipotesi che sembra più comune nella prassi degli accordi di finanziamento è, senz'altro, quella del trasferimento del diritto controverso al finanziatore per il tramite dell'accordo di finanziamento³². A titolo esemplificativo, i contratti di TPF conclusi da finanziatori operanti sul mercato tedesco sono soliti contenere una clausola in forza della quale il soggetto finanziato si impegna a cedere, prima dell'instaurazione del procedimento e con separato atto, il diritto controverso alla società finanziatrice, la quale autorizza a sua volta il soggetto finanziato a far valere il diritto in giudizio in nome proprio e nell'interesse del finanziatore. Tale cessione, però, viene stipulata esclusivamente a garanzia del corretto adempimento degli obblighi contrattuali da parte del finanziato, in quanto il finanziatore si impegna a ritrasferire allo stesso il diritto ceduto non appena tali obblighi risultino adempiuti³³.

Va detto che simili accordi di finanziamento contengono spesso anche una disposizione con la quale il soggetto finanziato si obbliga a non divulgare nel procedimento e a terzi l'avvenuta cessione, rimanendo in giudizio su autorizzazione del finanziatore³⁴. Tuttavia, c'è da chiedersi cosa accadrebbe nell'ipotesi in cui della cessione

²⁹ Si veda, ad es., l'Art. 1916 del c.c. italiano.

³⁰ La questione della legge applicabile alla surrogazione è controversa, al pari di quella della legge applicabile alla cessione dei diritti contrattuali. V. G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., pp. 1584-1585.

³¹ *Ibid.*; S. BREKOULAKIS, "Third Parties in International Commercial Arbitration", cit., p. 43 ss.

³² La surrogazione è una clausola tipicamente contenuta nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile verso i terzi; v. J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., pp. 212-213.

³³ E. D'ALESSANDRO, "*Contratto di finanziamento della lite*": mera operazione finanziaria finalizzata a trarre profitto dal processo civile ovvero strumento che agevola l'accesso alla tutela giurisdizionale?, cit., p. 152; v. anche J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 213.

³⁴ La dottrina si è interrogata sulla compatibilità di un simile obbligo di non divulgazione con l'obbligo di verità nel processo che grava sulle parti, in forza del codice di procedura civile tedesco: v. E.

dovesse venire a conoscenza la parte non finanziata, la quale potrebbe su tale base contestare la giurisdizione del tribunale arbitrale e ritenere di dover arbitrare la controversia *direttamente con il finanziatore*³⁵.

A ciò si aggiunga che l'avvenuto trasferimento del diritto controverso al finanziatore potrebbe non essere espresso ma risultare *di fatto* dal trasferimento del controllo sulla controversia nella quale il diritto viene fatto valere:

“[W]here sufficient rights have been conferred to the funder under a funding agreement in relation to a claim, it may be possible – depending [...] upon applicable law – to qualify the package of rights conferred as constituting a form of *de facto* assignment. For instance, where a funder has been granted full control over the conduct of the claim or a disproportionate economic interest in the claim, the funder could, even in the absence of an express assignment, be viewed as having replaced the nominal claimant as the real party in interest behind the claim”³⁶.

La possibilità di configurare un trasferimento *de facto* del diritto controverso dipende, ovviamente, dalla legge applicabile alla questione³⁷, e tale ricostruzione potrebbe risultare in concreto estremamente complessa. Ad ogni modo, ciò che qui rileva è che – indipendente dalla difficoltà di accertamento dell'avvenuto trasferimento nel caso concreto –, una volta che il trasferimento sia accertato e sia ritenuto valido, non vi è dubbio che il finanziatore cessi di poter essere considerato un terzo e diventi parte del procedimento, potendosi estromettere la parte finanziata dal giudizio³⁸.

D'ALESSANDRO, “Contratto di finanziamento della lite”: *mera operazione finanziaria finalizzata a trarre profitto dal processo civile ovvero strumento che agevola l'accesso alla tutela giurisdizionale?*, cit., p. 153.

³⁵ Ipotesi tutt'altro che implausibile, essendosi in concreto verificata dinanzi alle corti interne tedesche: v. E. D'ALESSANDRO, “Contratto di finanziamento della lite”: *mera operazione finanziaria finalizzata a trarre profitto dal processo civile ovvero strumento che agevola l'accesso alla tutela giurisdizionale?*, cit., p. 153.

³⁶ A. GOLDSMITH e L. MELCHIONDA, *Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask) – Part Two*, in “Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal”, 2012, p. 221 ss., p. 228. Si veda, in aggiunta, A. J. SEBOK, *The Inauthentic Claim*, in “Vanderbilt Law Review”, 2011, p. 61 ss., pp. 109-110: “At some point the control the funder assumes by contract verges on full control over the lawsuit, and full control of the lawsuit collapses the distinction between maintenance and assignment. Once the maintainer assumes full control of the lawsuit, she really is an assignee and the contract that brought her control of the lawsuit is properly a contract of assignment, not maintenance”.

³⁷ V. *supra*, nota 27.

³⁸ G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1598; S. BREKOULAKIS, “Third Parties in International Commercial Arbitration”, cit., p. 41 ss. Ciò, ovviamente, senza alcun pregiudizio alla questione di se il soggetto finanziato possa comunque stare in giudizio in qualità di mandatario del finanziatore se ciò sia previsto dal contratto di finanziamento (v. *supra*, nota 33).

2.2. Aggiunta del finanziatore al fianco della parte finanziata

2.2.1. Consenso implicito, group of companies e superamento dello schermo della personalità giuridica

a) Consenso implicito

È possibile che un soggetto sia vincolato ad una clausola arbitrale della quale non è firmatario, quando la condotta di questi è comunque espressione del suo consenso in tal senso: “[u]nder most developed legal systems, an entity may become a party to a contract, including an arbitration agreement, impliedly – typically, either by conduct or by non-explicit declarations – as well as by express agreement or formal execution of an agreement”³⁹.

Una simile ipotesi sembrerebbe non porre alcun problema in termini di rispetto del principio consensualistico alla base dell'arbitrato: il terzo non può davvero definirsi tale, avendo effettivamente acconsentito a prendere parte al procedimento, sebbene con mezzi diversi dalla sottoscrizione del compromesso ad arbitrare, ossia attraverso fatti concludenti.

In proposito, tuttavia, alcune precisazioni appaiono d'obbligo. In primo luogo, la valutazione compiuta da un interprete (giudice o arbitro) dell'esistenza di un implicito consenso ad essere vincolati al compromesso arbitrale da parte di un non firmatario si risolve, necessariamente, in un puro esame dello scenario fattuale del singolo caso, dovendosi valutare di volta in volta se la condotta di un soggetto sia tale da farlo ritenere – anche in assenza di sottoscrizione – parte dell'accordo. Una simile analisi, tuttavia, può non essere semplice da condurre: come sottolineato da un autore,

“[i]t is questionable whether the fact patterns [...] may safely warrant the deduction of intent to arbitrate. For example, it is difficult to see why the close corporate links between a signatory and a non-signatory should weigh more in terms of evidence of arbitration assent than the fact that the non-signatory failed to sign the main contract or the arbitration clause therein. At face value, the decision of a party not to be included as a signatory to a contract should be accepted as a conscious decision not to be bound by the specific contract”⁴⁰.

A ciò conseguono almeno due considerazioni: in primo luogo, la condotta del terzo deve denotare un coinvolgimento di questi nel contratto al quale si ritiene abbia acceduto rilevante e *non meramente incidentale*⁴¹. In altri termini, vi devono essere elementi sufficientemente chiari atti a indicare una sua partecipazione al contratto (nelle fasi di negoziazione, conclusione o esecuzione) significativa al punto da vincere la

³⁹ G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., pp. 1539-1540.

⁴⁰ S. BREKOULAKIS, “Third Parties in International Commercial Arbitration”, cit. pp. 179-180.

⁴¹ G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1541; J-F. POUDRET e S. BESSON, “Comparative Law of International Arbitration”, Londra, Sweet & Maxwell, II ed., 2007, pp. 214-216.

“presunzione” di non vincolatività della clausola arbitrale in capo al terzo derivante dal fatto della sua mancata sottoscrizione. Questa partecipazione, in aggiunta, deve essere conosciuta e accettata dalle altre parti del contratto, la cui volontà deve convergere verso l’inclusione del soggetto non firmatario nel rapporto contrattuale che le lega⁴².

In secondo luogo, la condotta deve essere tale da far desumere la volontà di essere vincolato alla clausola arbitrale, non essendo sufficiente una generica partecipazione al contratto principale al quale la clausola accede⁴³. Come è noto, infatti, è applicabile all’accordo di arbitrato il c.d. principio della *separability*, in forza del quale la clausola arbitrale e il contratto al quale la clausola accede sono due accordi distinti e autonomi⁴⁴. Ne consegue che, a dover essere accertata, è la volontà specifica di partecipazione al compromesso arbitrale e non già la mera volontà di partecipazione al contratto principale⁴⁵.

b) *Group of companies*

È stato talvolta sostenuto che i soggetti appartenenti allo stesso gruppo societario possano essere vincolati alla clausola arbitrale sottoscritta da una sola delle società facenti parte del gruppo stesso. Il caso più noto di applicazione di tale idea è rappresentato dalla decisione *Dow Chemical v. ISOVER Saint Gobain*, resa da un tribunale arbitrale costituito sotto l’egida della ICC nel 1982⁴⁶. Si trattava di una controversia nella quale, delle quattro

⁴² G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1540; J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., p. 214.

⁴³ G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., pp. 1526 e 1543; S. BREKOULAKIS, “Third Parties in International Commercial Arbitration”, cit., p. 182 ss.

⁴⁴ G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 315 ss.; J. PAULSSON, “The Idea of Arbitration”, Oxford, OUP, 2013, p. 60 ss.; J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS e S. M. KRÖLL, “Comparative International Commercial Arbitration”, cit., p. 101 ss. Il principio della separabilità della clausola arbitrale dal contratto principale al quale la clausola accede è stato elaborato principalmente per evitare che i vizi del primo si riflettessero sulla seconda, consentendo ad un tribunale arbitrale di conservare la propria giurisdizione anche in relazione alle questioni di invalidità del contratto principale: “Respondents in arbitration may argue that a contract as a whole is invalid; that this is necessarily fatal to its arbitration clause as well; and that in consequence there can be no arbitration under that clause. If courts accepted such an argument, and concluded that no arbitration could proceed until the judiciary (including its appellate levels) determined the validity issue, the arbitral process would lose much of its appeal. A naked assertion of invalidity could easily frustrate the arbitration. More fundamentally, a vital part of the merits of the parties’ dispute – the validity of their contract – would not be decided in their chosen forum” (J. PAULSSON, “The Idea of Arbitration”, cit., p. 60).

⁴⁵ Il che non significa, tuttavia, che tale volontà non sia stata spesso dedotta, in concreto, dalla partecipazione non meramente incidentale alla negoziazione, conclusione ed esecuzione del contratto principale; e del resto, non potrebbe essere altrimenti, essendo questo contratto ad avere rilevanza prima del sorgere di una controversia: “Nonetheless, in most instances, a party’s consent to the underlying contract will carry with it consent to the associated arbitration clause, just as a party’s formal execution of the underlying contract carries with it consent to the arbitration agreement. [...] Again, negotiation or involvement in performance of only isolated aspects of a contract is less likely to constitute consent to the arbitration clause than broad involvement in many or central aspects of the contractual relationship” (G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1543). Per una critica a questo approccio, v. S. BREKOULAKIS, “Third Parties in International Commercial Arbitration”, cit., p. 182 ss.

⁴⁶ *Dow Chemical France, The Dow Chemical Company and others v. ISOVER Saint Gobain*, ICC Case No. 4131, Interim Award, 23 settembre 1982, in “Yearbook Commercial Arbitration”, 1984, p. 131 ss. In generale, sulla *group of companies doctrine*, si vedano: G. BORN, “International Commercial Arbitration”,

società ricorrenti, soltanto due risultavano essere effettivamente firmatarie del contratto contenente la clausola arbitrale; il convenuto aveva così contestato l'esistenza della giurisdizione del Tribunale con riferimento ai restanti due ricorrenti. Nel decidere dell'eccezione, il Tribunale ha tuttavia ritenuto che:

“[I]rrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies constitutes one and the same economic reality (*une réalité économique unique*) of which the arbitral tribunal should take account when it rules on its own jurisdiction [...]. [T]he arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise”⁴⁷.

Il Tribunale ha quindi concluso di poter esercitare la propria giurisdizione anche su società che non avevano sottoscritto la clausola arbitrale, in ragione del fatto che queste erano parte del medesimo gruppo delle società che a tale sottoscrizione avevano proceduto e avevano attivamente partecipato all'esecuzione e alla conclusione del contratto al quale la clausola arbitrale accedeva; una partecipazione nota anche al convenuto.

È opportuno notare come il Tribunale arbitrale, però, non sembra aver abbandonato il requisito fondamentale del consenso di tutti i soggetti coinvolti in un procedimento. Esso ha infatti notato che l'estensione della clausola arbitrale ai ricorrenti non firmatari della stessa fosse conforme “to the mutual intent of the parties”, derivando essa non soltanto dall'esistenza di una struttura societaria che legava gli stessi alle società firmatarie, ma anche e soprattutto dal loro ruolo nella conclusione e nell'esecuzione del contratto principale dedotto in arbitrato. A ben vedere, quindi, la decisione – ben lungi dall'estendere la clausola arbitrale a soggetti che non vi avevano acconsentito – sembra valorizzare tali elementi ai fini della ricostruzione di un consenso *comunque esistente*, ma non manifestato attraverso la firma del compromesso ad arbitrare⁴⁸. Così intesa, quindi,

cit., p. 1558 ss.; S. BREKOULAKIS, “Third Parties in International Commercial Arbitration”, cit., p. 149 ss.; P. MAYER, *Extension of the Arbitration Clause to Non-signatories under French Law*, cit., p. 189 ss.; S. WILSKE, L. SHORE e J-M. AHRENS, *The “Group of Companies Doctrine” – Where is it Heading?*, in “American Review of International Arbitration”, 2006, p. 73 ss.; B. HANOTIAU, *Group of Companies in International Arbitration*, in L. A. MISTELIS e J. D. M. LEW (a cura di), “Pervasive Problems in International Arbitration”, cit., p. 279 ss.

⁴⁷ *Dow Chemical v. ISOVER Saint Gobain*, cit., p. 136.

⁴⁸ B. HANOTIAU, “Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue. A Comparative Study”, cit., p. 191: “The analysis of the Tribunal was clearly consensual, in that it was based on the parties’ common intention as evidenced by their conduct and taking into consideration usages conforming to the needs of international trade, in particular the economic reality of the group of companies”; così anche G. ZARRA, “Parallel Proceedings in Investment Arbitration”, cit., p. 73; B. HANOTIAU, *Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?*, in “Arbitration International”, 2011, p. 539 ss., pp. 544-545; S. WILSKE, L. SHORE e J-M. AHRENS, *The “Group of Companies Doctrine” – Where is it Heading?*, cit., p. 76.

la teoria del *group of companies* sarebbe null'altro che una sorta di specificazione della già menzionata modalità di coinvolgimento di un non firmatario nel procedimento rappresentata dal consenso implicito⁴⁹.

Ciononostante, la teoria del *group of companies* non ha mai riscosso grande successo, essendo stata accolta quasi esclusivamente dalla giurisprudenza francese⁵⁰; quanto alla dottrina, essa ha per lo più espresso scetticismo rispetto all'idea che l'esistenza di un legame societario sia indice sufficientemente chiaro della volontà di essere vincolati alla clausola arbitrale contenuta in un contratto, in assenza della espressa sottoscrizione di tale clausola⁵¹.

c) *Alter ego* o superamento dello schermo della personalità giuridica

In deroga alla formalmente differente personalità di ciascuna società facente parte di un gruppo societario e dei soci, è stato talvolta ritenuto che un non firmatario di una clausola arbitrale possa nondimeno esserne vincolato qualora sia un "alter ego" del soggetto firmatario, avendo con esso legami societari così forti da giustificare un "sollevamento del velo societario" (*piercing the corporate veil* o *lifting the corporate veil*)⁵².

Essendo l'autonomia della personalità delle società e dei soci uno dei principi fondamentali del moderno diritto commerciale della maggioranza degli ordinamenti domestici, il superamento dello schermo della personalità giuridica è stato riconosciuto come possibile dalla dottrina e dalla giurisprudenza soltanto in circostanze del tutto eccezionali.

Come sottolineato anche dalla Corte Internazionale di Giustizia nel noto caso *Barcelona Traction*⁵³,

⁴⁹ "The better, and more common approach to the group of companies doctrine has been to ascertain the parties' objective intentions in entering into a particular transaction, and specifically to determine whether a specific non-signatory was intended to be bound (and benefited by) the agreement in question" (G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 1561); v. anche S. BREKOULAKIS, *Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality*, cit., p. 133 ss.

⁵⁰ "Not many authorities have been receptive to the group of companies doctrine and some national courts have been affirmatively hostile" (G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 1565); B. HANOTIAU, "Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue. A Comparative Study", cit., p. 193; ID., *Group of Companies in International Arbitration*, cit., p. 285; S. BREKOULAKIS, *Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories*, cit., p. 617; W. W. PARK, *Non-signatories and International Arbitration: An Arbitrator's Dilemma*, in PERMANENT COURT OF ARBITRATION (a cura di), "Multiple Party Actions in International Arbitration", cit., p. 3 ss., pp. 25-26; S. WILSKE, L. SHORE e J.-M. AHRENS, *The "Group of Companies Doctrine" – Where is it Heading?*, cit., p. 77 ss.; E. GAILLARD e J. SAVAGE (a cura di), "Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration", L'Aja, Kluwer Law International, 1999, p. 286.

⁵¹ V., su tutti, S. BREKOULAKIS, "Third Parties in International Commercial Arbitration", cit. pp. 179-180, *supra* nota 40.

⁵² G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 1545 ss.; B. HANOTIAU, "Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue. A Comparative Study", cit., p. 85 ss.; S. BREKOULAKIS, *Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality*, cit., p. 142 ss.

⁵³ Corte Internazionale di Giustizia, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Sentenza del 5 febbraio 1970.

“the process of ‘lifting the corporate veil’ or ‘disregarding the legal entity’ has been found justified and equitable in certain circumstances or for certain purposes. The wealth of practice already accumulated on the subject in municipal law indicates that the veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations”⁵⁴.

Non a caso, sembra ormai pacificamente riconosciuto che ai fini dell’invocabilità della teoria in discussione per giustificare la partecipazione ad un procedimento arbitrale di un soggetto non firmatario del compromesso sia richiesto il soddisfacimento di almeno due requisiti: *i*) in primo luogo, il grado di pervasività del controllo del soggetto non firmatario sul firmatario deve essere elevato, al punto da far ritenere la distinta personalità dei due un mero artificio, non bastando la sola circostanza che i due appartengano al medesimo gruppo societario; *ii*) in secondo luogo, il velo societario viene di norma sollevato soltanto laddove non farlo risulterebbe iniquo o ingiusto nei confronti di coloro che siano estranei alla struttura societaria, di talché è generalmente richiesto, ai fini del sollevamento, che vi sia stato abuso della struttura stessa dal quale deriverebbe un pregiudizio a terzi⁵⁵.

Un simile approccio restrittivo è in effetti confermato dalla giurisprudenza interna di svariate giurisdizioni⁵⁶. Anche la giurisprudenza statunitense, tra quelle che si è maggiormente dimostrata disponibile a ricorrere al superamento dello schermo della

⁵⁴ *Ivi*, par. 56.

⁵⁵ Nelle parole di Gary Born, ad esempio, “[i]n the context of arbitration agreements, demonstrating an ‘alter ego’ relationship under most developed legal systems requires convincing evidence that one entity dominated the day-to-day actions of another and/or that it exercised this power to work fraud or another injustice or inequality on a third party or to evade statutory or other legal obligations” (G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1546).

⁵⁶ Ad esempio, per il Regno Unito, si veda *Hurstwood Properties Ltd. & Ors v. Rossendale Borough Council*, [2021] UKSC 16; *Prest v. Petrodel Resources Limited and others*, [2013] UKSC 34. È bene notare che la giurisprudenza del Regno Unito, però, tende a considerare il *veil-piercing* non già come una regola autonoma, ma piuttosto come un’espressione che designa molto genericamente tutte le ipotesi nelle quali il superamento dello schermo della personalità giuridica è possibile: “‘Piercing the corporate veil’ is an expression rather indiscriminately used to describe a number of different things. Properly speaking, it means disregarding the separate personality of the company. There is a range of situations in which the law attributes the acts or property of a company to those who control it, without disregarding its separate legal personality”; “‘piercing the corporate veil’ is not a doctrine at all, in the sense of a coherent principle or rule of law. It is simply a label [...] to describe the disparate occasions on which some rule of law produces apparent exceptions to the principle of the separate juristic personality of a body corporate” (*Prest*, par. 16 e 106; v. anche *Hurstwood*, par. 71). Per la Svizzera, si veda Corte Suprema Federale, 25 agosto 2009 (4A_160/2009); per la Germania, si veda ad es., Bundesgerichtshof, Sentenza del 16 luglio 2007, 2008 DnotZ 213. Per una analisi più approfondita di altre giurisdizioni si vedano: G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1545 ss.; A. BADIA, “Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration”, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, p. 45 ss.; K. VANDEKERCKHOVE, “Piercing the Corporate Veil”, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007. La giurisprudenza e la dottrina citate, è bene notarlo, non fanno riferimento soltanto alla prassi del *veil-piercing* in relazione alla partecipazione di terzi in procedimenti arbitrali, ma anche e soprattutto in altre ipotesi (ad esempio, nel contesto dell’attribuzione di responsabilità nei confronti di terzi).

personalità giuridica in numerose circostanze⁵⁷, lo ha fatto qualora vi fosse, per l'appunto, la necessità di evitare che da un uso distorto della struttura societaria derivasse un pregiudizio a terzi⁵⁸: così, è stato ritenuto che potesse aggirarsi la distinta personalità giuridica delle diverse società appartenenti ad un medesimo gruppo “where equity requires the action to assist a third party”⁵⁹, “when [not] to do so would work fraud or injustice”⁶⁰, o “when the corporate form has been used as part of a basically unfair device to achieve an inequitable result”⁶¹; o, ancora, quando il controllo esercitato da una società su altre facenti parte del gruppo “was used to commit a fraud or wrong that injured the party seeking to pierce the veil”⁶² o quando la struttura societaria venga usata “to perpetuate a fraud or injustice”⁶³.

2.2.2. L'applicabilità di tali teorie alla figura del finanziatore

Nelle ipotesi appena prese in considerazione, la possibilità di includere un soggetto non firmatario della clausola arbitrale nel giudizio viene a dipendere, in concreto, dalla sua condotta, dal tipo di legame che intercorre con il soggetto firmatario, dal suo coinvolgimento nel contratto principale contenente la clausola o dall'interesse che esso ha in tale contratto. Si tratta quindi di ipotesi l'analisi delle quali è fortemente dipendente dallo scenario fattuale del singolo caso, potendosi qui compiere alcune considerazioni di carattere generale valide tanto per l'ipotesi di consenso implicito quanto per le teorie del *group of companies* e dell'*alter ego*.

Quanto all'eventualità che un finanziatore possa aver prestato il proprio implicito consenso ad essere vincolato alla clausola compromissoria, si è detto di come uno degli elementi tradizionalmente presi in esame dalla giurisprudenza e dalla dottrina sia quello della partecipazione del non firmatario alla negoziazione, conclusione o esecuzione del contratto principale contenente la clausola. Ebbene, di regola, il finanziatore non partecipa affatto ad alcuna di queste fasi, mancando qualsivoglia legame con il soggetto finanziato. Il finanziatore, infatti, non è di norma parte del medesimo gruppo societario della parte finanziata e non ha alcuna conoscenza dell'operazione economica dalla quale il procedimento deriva; al contrario, l'accordo di finanziamento viene generalmente

⁵⁷ G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1549; VANDEKERCKHOVE, “Piercing the Corporate Veil”, cit., p. 76.

⁵⁸ “Courts do not lightly pierce the corporate veil even in deference to the strong policy favoring arbitration” (ARW Exploration Corp. v. Aguirre, 45 F.3d 1455, 1461 (10th Cir. 1995)).

⁵⁹ Accord McCarthy v. Azure, 22 F.3d 351, 362-63 (1st Cir. 1994).

⁶⁰ Taylor v. Standard Gas Co., 306 U.S. 307, 322; v. anche First National City Bank v. Banco para El Comercio Exterior de Cuba, 462 U.S. 611; S. & Davis International, Inc. v. Republic of Yemen, 218 F.3d 1292 (11th Cir. 2000).

⁶¹ Castleberry v. Branscum, 721 S.W.2d 270 (Tex. 1987).

⁶² Bidas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan, 345 F.3d 347 (5th Cir. 2003); v. anche American Fuel Corp. v. Utah Energy Development Co., Inc., 122 F.3d 130 (2d Cir. 1997); MAG Portfolio Consultant, GMBH v. Merlin Biomed. Group LLC, 268 F.3d 58 (2d Cir. 2001); “The alter ego doctrine is an equitable remedy which prevents a company from avoiding liability by abusing the corporate form” (Gardemal v. Westin Hotel Co., 186 F.3d 588 (5th Cir. 1999)).

⁶³ First Investment Corporation of the Marshall Islands v. Fujian Mawei Shipbuilding Ltd., Fujian Shipbuilding Industry Group Corp. and the People's Republic of China, 5th Cir. No. 12-30377, 21 Dec. 2012.

concluso soltanto dopo che il contratto principale è stato concluso, eseguito o, eventualmente, violato, dando luogo alla controversia dalla quale il finanziatore decide di profittare. I finanziatori, quindi, sono nella maggior parte delle ipotesi “no more tied to performance of obligations within the scope *ratione materiae* of the agreement to arbitrate, than counsel of the arbitral tribunal, who become equally engaged in the ‘implementation’ of the agreement to arbitrate”⁶⁴.

Neppure l'assenza di partecipazione al contratto principale potrebbe dirsi compensata da un coinvolgimento – anche significativo – nel solo procedimento. In proposito, la critica, più su riportata, mossa dalla dottrina alla adeguatezza di “fact patterns”⁶⁵ a superare il dato della mancata sottoscrizione della clausola compromissoria appare quantomai pertinente: “Even if a funding agreement enables a funder to exert significant control over how the funded party conducts the claim the funder would presumably not want to participate in the actual proceedings, but remain behind the scenes”⁶⁶.

Le considerazioni appena svolte possono altresì applicarsi all'ipotesi in cui l'inclusione del finanziatore venga tentata sulla base della teoria del *group of companies*⁶⁷. Anche qui, l'assenza di legami societari tra il finanziatore e il finanziato è sufficiente a far ritenere fallimentare l'invocazione di tale fondamento per la giurisdizione di un tribunale arbitrale su un finanziatore. Come notato da alcuni autori, del resto, neppure le corti francesi – che, come si è detto, si sono dimostrate le più inclini a ricorrere alla teoria del *group of companies* – hanno mai ritenuto che la mera partecipazione al giudizio basti a determinare l'inclusione del non firmatario⁶⁸.

Da ultimo, le medesime osservazioni rileverebbero laddove si provasse ad includere il finanziatore attraverso il superamento della personalità giuridica, per aversi il quale – lo si è visto – il legame richiesto tra il soggetto firmatario e il non firmatario è così stretto da risultare in una “domination or control of one company’s day-to-day activities”⁶⁹. Ciò pur senza considerare che, come si è già osservato, il *veil-piercing* è ritenuto ammissibile soltanto nei casi in cui la struttura societaria debba considerarsi in qualche modo abusiva; non si vede come la sola circostanza di beneficiare di fondi altrui per la prosecuzione del giudizio sia un comportamento di per sé qualificabile come tale.

⁶⁴ A. GOLDSMITH e L. MELCHIONDA, *Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask) – Part Two*, cit., p. 228.

⁶⁵ V. *supra*, nota 40.

⁶⁶ J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., p. 215. Nello stesso senso, v. anche L. LÉVY e R. BONNAN, *Third-party Funding: Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), “Third-party Funding in International Arbitration”, cit., p. 78 ss., pp. 82-83.

⁶⁷ T.-S. CHEN, *The Outsider’s Identity in International Commercial Arbitration – From the Group of Companies Doctrine and IBA Guidelines on Conflict of Interest to Adverse Costs Awards Against Third-party Funders*, in “Contemporary Asia Arbitration Journal”, 2019, p. 21 ss., p. 32; J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., pp. 216-217; K. MECHANTAF, *Third-Party Funding in International Arbitration: Active Funders as Parties in Arbitration Proceedings*, cit., pp. 373-374.

⁶⁸ P. PINSOLLE, *Le financement de l'arbitrage par les tiers*, in “Revue de l'Arbitrage”, 2011, p. 385 ss., pp. 400-401.

⁶⁹ G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1550. Nello stesso senso, J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., pp. 218-219.

Di norma, quindi, le caratteristiche tipiche di un accordo di TPF non consentono l'inclusione del finanziatore nel procedimento arbitrale sulla base delle teorie qui in considerazione⁷⁰. Questa conclusione, ad ogni modo, va temperata con la considerazione svolta in apertura della Sezione: la possibilità di includere un soggetto non firmatario della clausola arbitrale valorizzandone la condotta, i legami societari e gli interessi nel contratto principale nel quale la clausola è contenuta è fortemente dipendente dallo scenario fattuale del caso concreto di volta in volta preso in considerazione. Di talché, non può escludersi che la partecipazione del finanziatore al procedimento possa essere disposta laddove questo abbia concretamente partecipato al contratto principale o abbia con il firmatario della clausola arbitrale legami tali da giustificare una applicazione dei concetti di consenso implicito, *group of companies* o del *veil-piercing*⁷¹. Cionondimeno, si tratterà di ipotesi nelle quali l'inclusione del finanziatore dipenderà, in ultima analisi, da circostanze diverse dall'esistenza dell'accordo di finanziamento in sé considerato, il quale sarà null'altro che un singolo elemento fattuale del quale tener conto in un quadro ben più complesso.

...Segue: l'assunzione di giurisdizione sul finanziatore rispetto alle sole determinazioni sui costi del procedimento

Si è appena detto della difficoltà di includere il finanziatore quale parte nel procedimento arbitrale che esso finanzia. È stato tuttavia suggerito da alcuni che, similmente a quanto avvenuto talvolta dinanzi alle corti interne⁷², un tribunale arbitrale potrebbe vincolare un finanziatore alla propria giurisdizione soltanto ai fini dell'assunzione di decisioni sui costi del procedimento e, in particolare: i) per vincolare il finanziatore al pagamento di una cauzione per le spese di giudizio in favore della parte non finanziata; e ii) per imporre *direttamente* al finanziatore il pagamento dei costi di parte avversa in caso di soccombenza della parte finanziata. Ciò, essenzialmente, per ragioni di tutela della parte non finanziata e del suo diritto al recupero dei costi del procedimento in caso di vittoria⁷³.

⁷⁰ S. BREKOULAKIS e C. ROGERS, *Third-Party Financing in ISDS. A Framework for Understanding Practice and Policy*, cit., p. 27 ss. Il lavoro, come già detto, si riferisce alla sola giurisdizione di un tribunale arbitrale rispetto all'adozione di determinazioni sui costi; le considerazioni ivi svolte sembrano quindi *a fortiori* applicabili alla giurisdizione "generale" sull'intera controversia.

⁷¹ Ad es., secondo J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 219, potrebbe superarsi la personalità giuridica nell'ipotesi in cui "a funder is entitled to a nearly 100% share in the recovery of a claim filed by a company that has no other assets. In the context of determining whether a funded party should have to post security for costs, one of the rare situations warranting such orders is where the funded party was deliberately constructed as a mere procedural shell that collects money if the case is won and stifles the respondent's costs claim if the case is lost ('arbitral hit and run'). This constellation may actually justify including the funder for the purposes of rendering a security for costs order directly against it". Per l'autore, quindi, il *veil-piercing* potrebbe essere giustificato ma solo per l'adozione di una determinazione sui costi del procedimento.

⁷² *Excalibur Ventures v. Texas Keystone & Ors.*, [2016] EWCA Civ 1144; *Legg and others v. Sterte Garage Ltd and another*, [2016] EWCA Civ 97; *Arkin v Borchard Lines Ltd*, [2005] EWCA Civ 655.

⁷³ T.-S. CHEN, *The Outsider's Identity in International Commercial Arbitration – From the Group of Companies Doctrine and IBA Guidelines on Conflict of Interest to Adverse Costs Awards Against Third-party Funders*, cit., in particolare p. 31 ss.: "It may be desirable for the arbitral tribunals to render costs

È stata quindi avanzata l'idea secondo la quale “a third party funder impliedly subjects itself to an arbitral tribunal's jurisdiction, for limited purposes of ensuring the procedural integrity and fairness of the arbitral proceeding and bearing the costs of the arbitration”⁷⁴.

A venire in rilievo sarebbe quindi il consenso implicito che si ritiene un soggetto non firmatario presti all'atto di finanziare una parte del procedimento, desumibile dal controllo che il finanziatore assume sulla conduzione del procedimento stesso⁷⁵.

Non ci sembra tuttavia che la questione possa essere risolta diversamente da come delineato nella Sezione precedente, pur laddove si limitasse l'analisi alla sola giurisdizione in materia di costi del procedimento⁷⁶. Sicuramente non potrebbe esserlo nell'ipotesi in cui l'accordo di finanziamento escluda espressamente che i costi della controparte del soggetto finanziato siano sostenuti dal finanziatore in caso di condanna alle spese⁷⁷. Neppure potrebbe esserlo nell'ipotesi in cui l'accordo di TPF obblighi il

orders against third-party funders, as a funder who benefits from winning the case should not be allowed to avoid the responsibility for adverse costs when losing it” (p. 31); C. SIM, *Using Cost Orders to Regulate Third Party Funding*, in “Asian Dispute Review”, 2018, p. 12 ss.: “As a matter of principle, tribunals should be able to award costs against TPFs. In litigation funding, English courts have identified [...] reasons why this is ‘just and equitable’” (p. 13); v. anche S. RAMESH, *Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation*, in “Arbitration International”, 2020, p. 275 ss., nel quale l'autrice afferma che “[i]t is essential that this unjust situation be remedied. A third-party funder in the context of litigation before courts runs the risk of liability for instances where its involvement in the proceedings is excessive. Similarly, a third-party funder in the context of international arbitration must be held liable for claims that it funds so as to ensure that its own interest in accessing justice are met. A third-party funder of an international arbitration claim must not be permitted to escape liability of the back of the strict requirement for consent to arbitration and jurisdiction of the arbitral tribunal” (p. 289). Ad ogni modo, la stessa autrice riconosce l'inadeguatezza dei meccanismi sul coinvolgimento dei terzi a raggiungere tale scopo (in particolare, p. 286 ss.), proponendo quindi di ricorrere alle corti interne quali supporto ad un tribunale arbitrale (p. 289 ss.). Similmente, si veda INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 160 ss.: nel Report viene riconosciuto che “[t]here is force in the argument that a third-party funder, who stands to profit if the arbitration outcome is successful for the funded party, should be held directly liable for costs awarded against the funded party or at least for costs which are awarded as a consequence of the outcome of the case” (p. 162); ciononostante, il Report afferma che “[t]he test for treating a non-signatory as a party in arbitration is demanding [...]” (p. 161); di conseguenza, “this issue can be better addressed by binding rules either in national law or arbitration rules, expressly granting tribunals the power to order, if necessary, costs against third-party funders” (p. 163).

⁷⁴ G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1599.

⁷⁵ C. SIM, *Using Cost Orders to Regulate Third Party Funding*, cit., p. 14; T.-S. CHEN, *The Outsider's Identity in International Commercial Arbitration – From the Group of Companies Doctrine and IBA Guidelines on Conflict of Interest to Adverse Costs Awards Against Third-party Funders*, cit., p. 34; K. MECHANTAF, *Third-Party Funding in International Arbitration: Active Funders as Parties in Arbitration Proceedings*, cit. Quest'ultimo ritiene che la giurisdizione di un tribunale arbitrale per l'adozione di determinazioni sui costi vincolanti *direttamente* nei confronti di un finanziatore possa basarsi anche sulla teoria di Brekoulakis. La tesi, come già detto, non ci sembra convincente per le ragioni esposte *supra*, nota 19.

⁷⁶ S. BREKOULAKIS e C. ROGERS, *Third-Party Financing in ISDS. A Framework for Understanding Practice and Policy*, cit., p. 27 ss.

⁷⁷ Sembra quindi da criticare la tesi di Chen, che suggerisce invece il contrario: “There is [...] a need to have the funder to take responsibility for the costs. It is the case even when the funding agreement indicates that the funder would not be responsible for the adverse costs award, as the agreement does not exist between the funder, on the one hand, and the other party or the tribunal, on the other hand” (T.-S. CHEN, *The Outsider's Identity in International Commercial Arbitration – From the Group of Companies Doctrine and IBA Guidelines on Conflict of Interest to Adverse Costs Awards Against Third-party Funders*, cit., pp.

finanziatore al pagamento di tali costi (o obblighi a indennizzare il soggetto finanziato qualora dovesse essere condannato a pagarli) o quando l'accordo di finanziamento nulla dica sul punto. Ancora una volta, il solo finanziare una parte in giudizio non sembra elemento dal quale poter desumere con sufficiente certezza il consenso (per quanto implicito) ad essere vincolato alle determinazioni sui costi⁷⁸. I sostenitori di questa tesi propongono così di valorizzare il controllo del finanziatore sulla conduzione del procedimento, richiedendo prova che esso “substantially controls”⁷⁹ il procedimento stesso o di un “economic interest [...] as well as the exercise of a certain level of control over the arbitral process”⁸⁰. Le difficoltà che si riscontrerebbero nell'applicazione pratica di simili standard – invero, molto vaghi – sembrano tuttavia maggiori dei supposti benefici di allocazione dei costi in capo al finanziatore: non è infatti chiaro quale sarebbe, in concreto, il grado di controllo minimo richiesto per considerare il finanziatore assoggettato alla giurisdizione del tribunale arbitrale in quanto prestatore di un consenso implicito. In aggiunta, un'assunzione di giurisdizione sul finanziatore su basi eccessivamente incerte metterebbe a rischio l'eseguibilità delle decisioni dinanzi alle corti interne, che potrebbero ritenere il finanziatore ingiustamente incluso nel procedimento nonostante una sua volontà contraria⁸¹.

Del resto, oltre a non essere possibile, obbligare *direttamente* il finanziatore al pagamento dei costi della controparte del soggetto finanziato *quando l'assunzione dell'obbligo di pagarli non sia prevista nell'accordo di finanziamento* (o per un ammontare superiore a quello previsto, laddove l'obbligo sia assunto) potrebbe finanche non essere opportuno, potendo avere ripercussioni negative sullo stato di salute del mercato del finanziamento. I costi del soggetto non finanziato, infatti, non sono interamente preventivabili e calcolabili e dipendono anche dalle scelte processuali di

31-32). Tale affermazione ci sembra infatti in contraddizione con la tesi dell'autore secondo la quale il finanziatore può dirsi aver prestato consenso implicito a vedersi addebitati i costi della controparte del soggetto finanziato, giacché se l'accordo di finanziamento espressamente prevede che il finanziatore non è obbligato a pagarli, vi è piuttosto un esplicito dissenso. Come notato da G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1599, quindi, “[t]he rationale for [this approach] appears to require a departure from the consent-based conception of arbitral jurisdiction, which appears unwarranted”.

⁷⁸ P. PINOLLE, *Cost Allocation and Third-Party Funding in International Arbitration*, in “BCDR International Arbitration Review”, 2018, p. 307 ss., p. 327: “The fact that it may be desirable in certain circumstances to hold third-party funders liable for costs does not automatically translate into consent to arbitration, however. While funders may be involved in the proceedings, this cannot readily be interpreted as consent to arbitrate”. L'autore continua poi affermando che l'estensione della clausola arbitrale al finanziatore potrebbe essere basata su una delle teorie sulla partecipazione dei non firmatari della clausola stessa, ma ritiene che ciò richieda quantomeno un qualche coinvolgimento del finanziatore nel contratto principale al quale la clausola compromissoria è annessa, senza distinguere quindi l'ipotesi di assoggettamento del finanziatore alla giurisdizione “generale” del tribunale arbitrale da quella di assoggettamento alla sola giurisdizione sui costi.

⁷⁹ C. SIM, *Using Cost Orders to Regulate Third Party Funding*, cit., p. 14.

⁸⁰ CHEN, *The Outsider's Identity in International Commercial Arbitration – From the Group of Companies Doctrine and IBA Guidelines on Conflict of Interest to Adverse Costs Awards Against Third-party Funders*, cit., p. 35.

⁸¹ Come riconosciuto dalla stessa Sim: “In reality, however, it is not absolutely certain that a myriad of courts across the globe would consistently enforce costs awards against funders” (C. SIM, *Using Cost Orders to Regulate Third Party Funding*, cit., p. 15). V. anche S. BREKOULAKIS e C. ROGERS, *Third-Party Financing in ISDS. A Framework for Understanding Practice and Policy*, cit., pp. 31-32.

questo; il rischio che il finanziatore possa vedersi addebitati dei costi eccessivi rispetto al valore dell'investimento effettuato potrebbe portare ad una diminuzione dell'offerta di servizi di finanziamento. Come sottolineato da una corte inglese:

“If a professional funder, who is contemplating funding a discrete part of an impecunious claimant's expenses, such as the cost of expert evidence, is to be potentially liable for the entirety of the defendant's costs should the claim fail, no professional funder will be likely to be prepared to provide the necessary funding”⁸².

In ultima analisi, quindi, l'assunzione di giurisdizione sul finanziatore non appare possibile ricercando un suo consenso implicito, o ricorrendo ai meccanismi del *group of companies* e dell'alter ego; e ciò neppure soltanto ai fini dell'assunzione di determinazioni sui costi del procedimento. In tale ultimo caso, del resto, l'inclusione – oltre a non essere possibile – potrebbe non essere neppure opportuna, mettendo in pericolo l'esecuzione delle decisioni dinanzi alle corti interne e rischiando di ripercuotersi negativamente sul mercato del finanziamento del contenzioso.

2.2.3. Estoppel

La dottrina dell'*estoppel*, nota soprattutto agli ordinamenti di *common law*, è generalmente intesa come un principio in forza del quale è precluso ad un soggetto autore di una condotta o di una dichiarazione di negare la rappresentazione da queste generata in soggetti terzi:

“Estoppel is a mechanism for enforcing consistency; when a person has said or done something that leads another to believe in a particular state of affairs, he or she may be obliged to stand by what they have said or done, even though they are not contractually bound to do so”⁸³.

Nel contesto della sua applicazione nell'ambito dell'arbitrato internazionale, la dottrina ha individuato in particolare due forme di *estoppel*: il c.d. *equitable estoppel* e il c.d. *intertwined estoppel*⁸⁴. Quanto alla prima, essa postula che un soggetto non firmatario di una clausola compromissoria non possa contestare la giurisdizione di un tribunale arbitrale quando abbia acquisito un interesse diretto e rilevante nel contratto principale al quale la clausola accede⁸⁵. In altri termini, il soggetto non firmatario di un accordo ad

⁸² *Arkin v Borchard Lines Ltd*, cit. Un simile rischio è riconosciuto anche da C. SIM, *Using Cost Orders to Regulate Third Party Funding*, cit., pp. 14-15. Per una critica, si veda JUSTICE R. JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, 2009, disponibile all'indirizzo <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>, p. 123, par. 4.5. Secondo la Corte in *Arkin*, la soluzione sarebbe quella di rendere il finanziatore “potentially liable for the costs of the opposing party to the extent of the funding provided” (corsivo in originale, c.d. *Arkin cap*), una soluzione che Sim propone di applicare anche nel contesto dell'arbitrato (pp. 14-15).

⁸³ E. COOKE, “The Modern Law of Estoppel”, Oxford, OUP, 2000, p. 1.

⁸⁴ Si veda, su tutti, S. BREKOULAKIS, “Third Parties in International Commercial Arbitration”, cit., p. 131 ss.; ID., *Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality*, cit., p. 129 ss.

⁸⁵ *Ivi*, p. 133 ss.

arbitrare ne risulta comunque vincolato laddove benefici del contratto nel quale esso è contenuto. Quanto alla seconda variante dell'*intertwined estoppel*, essa prevede che un soggetto che non abbia sottoscritto la clausola arbitrale ne sia comunque vincolato qualora le domande proposte siano “intimately founded and intertwined”⁸⁶ con i termini del contratto contenente l'accordo arbitrale.

È quindi evidente che, in entrambe le sue varianti, l'*estoppel* presupponga un qualche interesse o partecipazione del soggetto non firmatario nel contratto principale, dal quale deriva una preclusione alla contestazione della giurisdizione del tribunale arbitrale.

Le due varianti dell'*estoppel*, tuttavia, operano in modo significativamente differente. L'*equitable estoppel* è stato infatti utilizzato dalla giurisprudenza per lo più nelle ipotesi nelle quali un soggetto non firmatario della clausola arbitrale abbia tentato di eseguire un contratto nei confronti di un firmatario, impedendogli di negare allo stesso tempo la vincolatività della clausola arbitrale che al contratto principale era acclusa. Più raramente è stato usato per l'ipotesi inversa, vale a dire quella nella quale un soggetto firmatario abbia cercato di eseguire un contratto nei confronti di un non firmatario contestando contestualmente la vincolatività della clausola arbitrale nei confronti di quest'ultimo⁸⁷.

L'*equitable estoppel* è stato di recente riconosciuto, ad esempio, dalla Corte Suprema statunitense nel caso *GE Energy Power Conversion France SAS v. Outokumpu Stainless USA*⁸⁸. La controversia nasceva da alcuni contratti per la costruzione di un'acciaieria in Alabama conclusi tra le società ThyssenKrupp USA e F. L. Industries, tutti contenenti una identica clausola arbitrale. La F. L. Industries aveva a sua volta subappaltato lo sviluppo e la costruzione di alcuni laminatoi a freddo alla società ricorrente GE Energy Power Conversion France. A seguito del mancato funzionamento di tali macchinari, la società Outokumpu Stainless USA, che aveva nel frattempo rilevato le attività della ThyssenKrupp sul sito dell'Alabama, citava in giudizio la GE Energy Power Conversion France dinanzi alle corti dell'Alabama. Tale ultima società, tuttavia, riteneva che anche la controversia tra essa e la Outokumpu dovesse essere risolta in arbitrato, sebbene non fosse parte dei contratti contenenti la clausola arbitrale, in forza della dottrina dell'*equitable estoppel*. La Corte d'appello per l'undicesimo circuito riteneva tuttavia che ciò non fosse possibile, in ragione del contrasto dell'*equitable estoppel* con la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, ai sensi del cui Art. II, par. 1, “1. Each Contracting State shall recognize an agreement *in writing* under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them” (corsivo aggiunto).

⁸⁶ Ivi, p. 137, citando *Sunkist Soft Drinks v. Sunkist Growers*, 10 F.3d 753 (11th Cir. 1993); v. anche: *McBro Planning Dev. Co. v. Triangle Elec. Constr. Co., Inc.*, 741 F.2d 342 (11th Cir. 1984); *Hughes Masonry Co. v. Greater Clark County School Building Corp.*, 659 F.2d 836 (7th Cir. 1981).

⁸⁷ G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., pp. 1588-1589: “It is sometimes said that the proper application of the estoppel doctrine is as a ‘shield’, and not as a ‘sword’. In particular, some courts have held that estoppel is most (or only) appropriate where a non-signatory claimant seeks to invoke an arbitration agreement against a signatory to the arbitration agreement, but less frequently (or not at all) in the reverse posture, where a signatory seeks to bind a non-signatory to an arbitration clause”; S. BREKOULAKIS, “Third Parties in International Commercial Arbitration”, cit., pp. 134-135.

⁸⁸ US Supreme Court, 1 giugno 2020.

La Corte riteneva infatti che la Convenzione imponesse alle corti di uno Stato parte della stessa di deferire in arbitrato solo le controversie derivanti da una clausola arbitrale che le parti avessero effettivamente sottoscritto⁸⁹.

La Corte Suprema, chiamata a pronunciarsi sul punto, non ha deciso della possibilità di invocazione dell'*estoppel* da parte della società GE Energy Power nel caso di specie; essa ha, tuttavia, rilevato come non vi fosse alcun contrasto tra questo e la Convenzione di New York, la quale “does not conflict with the enforcement of arbitration agreements by nonsignatories under domestic-law equitable estoppel doctrines”.

Quanto all'*intertwined estoppel*, esso è stato utilizzato, come già detto, per assumere giurisdizione su un soggetto non firmatario della clausola arbitrale nell'ipotesi di “tight relatedness of the parties, contracts or controversies”⁹⁰. Al fine di valutare la sussistenza di tale relazione, sono stati di volta in volta valorizzati diversi elementi. In particolare, le circostanze la cui esistenza (cumulativa) ha indotto la giurisprudenza a ritenere vincolante un compromesso arbitrale per un soggetto non firmatario dello stesso sono essenzialmente due: i) la stretta correlazione della controversia con i termini del contratto contenente la clausola arbitrale; e ii) l'esistenza di stretti legami societari tra il soggetto firmatario e quello non firmatario⁹¹.

Un esempio concreto e recente dell'applicazione di tale test bifasico è rappresentato dalla decisione statunitense *Bankers Conseco Life Ins. Co. v. Feuer*⁹². In tale controversia, la Corte distrettuale per il distretto sud di New York è stata chiamata a pronunciarsi su se fosse possibile deferire in arbitrato, in applicazione dell'*estoppel*, i quattro convenuti proprietari della società di assicurazioni con la quale gli attori avevano concluso dei contratti contenenti clausole arbitrali, precedentemente azionate dagli attori stessi. I convenuti, infatti, ritenevano che questi non potessero sottrarsi ad arbitrare la controversia nei loro confronti e “simultaneously litigate this suit and arbitrate an identical matter”⁹³.

Nelle parole della Corte:

“In determining whether an arbitration agreement allows non-signatories to invoke equitable estoppel, courts in this district have relied on a two-part ‘intertwined-ness’ test. [...] This test requires the court to examine (1) whether the signatory’s claims arise under the same subject matter of the agreement and (2) whether the non-signatory has a ‘close relationship’ to a signatory of the agreement”⁹⁴.

⁸⁹ Vi sarebbe infatti un “requirement that the parties *actually* sign an agreement to arbitrate their disputes in order to compel arbitration”: *Outokumpu Stainless USA, LLC v. Converteam SAS*, No. 17-10944 (11th Cir. 2018).

⁹⁰ BREKOULAKIS, “Third Parties in International Commercial Arbitration”, cit., p. 135, citando *Choctaw Generation Limited Partnership v. American Home Assurance Company*, 271 F.3d 403 (2nd Cir. 2001).

⁹¹ BREKOULAKIS, “Third Parties in International Commercial Arbitration”, cit., pp. 135-136.

⁹² *Bankers Conseco Life Ins. Co. v. Feuer*, 16 Civ. 7646 (ER) (S.D.N.Y. Mar. 13, 2018).

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

La Corte ha quindi ritenuto che l'*estoppel* potesse applicarsi, deferendo in arbitrato le parti del giudizio.

L'*estoppel* è in effetti uno degli strumenti discussi dalla dottrina per la sua potenziale utilità ai fini dell'inclusione del finanziatore nel procedimento arbitrale al fianco della parte finanziata⁹⁵. A venire in rilievo sarebbe, nello specifico, la variante dell'*equitable estoppel* e non già quella dell'*intertwined estoppel*. Come si è detto, infatti, il concetto di "intertwinedness" è stato generalmente inteso dalla giurisprudenza nel senso di richiedere l'esistenza di legami societari tra il soggetto firmatario e il non firmatario. Come si è avuto modo di precisare poc'anzi, di norma simili legami sono assenti negli accordi di TPF.

Quanto all'*equitable estoppel*, invece, esso significa che "[a] party is estopped from denying its obligation to arbitrate when it receives a 'direct benefit' from a contract containing an arbitration clause"⁹⁶. Potrebbe quindi sostenersi che il finanziatore benefici dell'accordo che il soggetto finanziato ha concluso con la controparte, traendone un profitto. Tuttavia, anche l'istituto in discussione sembra inidoneo a determinare una inclusione del finanziatore nel procedimento arbitrale in quanto, a ben vedere, il finanziatore non beneficia del contratto concluso tra le parti del procedimento quanto, piuttosto, dalla relazione creatasi *a seguito della conclusione* di tale contratto; il beneficio del finanziatore, quindi, sarebbe tutt'al più indiretto. Una simile distinzione è ben esemplificata da alcuni precedenti statunitensi. Nel caso *Thomson*⁹⁷, ad esempio, una società di sviluppo e costruzione di simulatori di volo – la Rediffusion – aveva concluso con altra società – la E. S. – un accordo di esclusiva commerciale in forza del quale la prima era tenuta ad acquistare dei componenti per i simulatori soltanto dalla seconda la quale, a sua volta, non poteva venderli ad altri ("the Working Agreement"). La Rediffusion è stata poi acquisita da una società concorrente della E. S., la Thomson, con il risultato che la E. S. si è trovata ad essere vincolata ad un contratto di esclusiva nei confronti di una società sussidiaria di una impresa concorrente. Sotto il controllo della Thomson, tuttavia, le quote della Rediffusion del mercato dei simulatori di volo si sono drasticamente ridotte, con grave pregiudizio per E. S. Quest'ultima ha quindi azionato la clausola arbitrale contenuta nel contratto di esclusiva sia contro la Rediffusion che contro la Thomson che, tuttavia, non lo aveva sottoscritto. Nel valutare se la Thomson potesse dirsi vincolata al contratto di esclusiva e alla clausola compromissoria ivi contenuta grazie all'*estoppel*, la Corte d'appello per il secondo circuito ha notato che:

This indirect benefit which E S asserts [...] is not the sort of benefit which this Court envisioned as the basis for estopping a nonsignatory from avoiding arbitration. Had Thomson directly benefitted from the Working Agreement by seeking to purchase equipment from E S or enforcing the exclusivity provisions of the

⁹⁵ V. ad es., con riferimento alla giurisdizione per i costi, G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 1599: "Alternatively, principles of estoppel arguably also subject a third party funder to the (limited) jurisdiction of the arbitral tribunal".

⁹⁶ *American Bureau of Shipping. V. Tencara Shipyard SPA*, 170 F.3d 349 (2d Cir. 1999).

⁹⁷ *Thomson CSF v. American Arbitration Association*, 64 F.3d 773 (2d Cir. 1995).

Agreement, it would be estopped from avoiding arbitration. The benefit which E S asserts, however, derives directly from Thomson's purchase of Rediffusion, and not from the Working Agreement itself; Thomson received no benefit at all from the Working Agreement (as opposed to the acquisition). Thus, Thomson is not bound by its subsidiary's arbitration agreement [...]⁹⁸.

Una simile conclusione è stata poi successivamente ribadita, ad esempio, nel caso *MAG Portfolio Consult, GMBH v. Merlin Biomed Grp. LLC*, nel quale la corte ha similmente concluso che “the benefit derived from an agreement is indirect where the nonsignatory exploits the contractual relation of parties to an agreement, but does not exploit (and thereby assume) the agreement itself”⁹⁹.

La situazione derivante da un accordo di finanziamento non sembra dissimile da quelle appena considerate: in effetti, il finanziatore non beneficia *direttamente* dell'accordo concluso tra le parti del procedimento. Piuttosto, il beneficio del finanziatore deriva dall'accordo di finanziamento stesso, il quale gli attribuisce una partecipazione al profitto che il soggetto finanziato eventualmente conseguirà dal procedimento arbitrale¹⁰⁰. Un simile beneficio – non derivando direttamente dall'accordo principale al quale la clausola arbitrale accede – può quindi dirsi *indiretto*, secondo la distinzione operata dalla giurisprudenza poco più su citata. Ne conseguirebbe che esso non può considerarsi sufficiente a far ritenere il finanziatore vincolato alla clausola arbitrale contenuta nel contratto tra il soggetto finanziato e la controparte.

2.3. *L'arbitrato contrattuale: conclusioni*

In virtù di quanto si è esposto nelle precedenti Sezioni, sembra possibile dire che ogni tentativo di inclusione del finanziatore in un procedimento arbitrale derivante da contratto sia destinato a non trovare accoglimento. Gli strumenti normalmente utilizzati (e già oggetto di dibattito dottrinale) al fine di vincolare ad una clausola arbitrale un soggetto che non l'abbia sottoscritta mal si prestano ad essere applicati alla figura del finanziatore. Come si è visto, infatti, le teorie prese in considerazione nelle Sezioni che precedono richiedono che il soggetto non firmatario del compromesso: *i*) abbia comunque prestato il proprio consenso, anche implicito, a partecipare al giudizio; o quantomeno che esso *ii*)

⁹⁸ *Ivi*, 779.

⁹⁹ *MAG Portfolio Consult, GMBH v. Merlin Biomed Grp. LLC*, 268 F.3d 58 (2d Cir. 2001), 61.

¹⁰⁰ K. MECHANTAF, *Third-Party Funding in International Arbitration: Active Funders as Parties in Arbitration Proceedings*, cit., pp. 374-375; J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., pp. 217-218. Una posizione diversa sembra essere quella di G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1599, con riferimento all'inclusione del finanziatore per le sole determinazioni sui costi. Born, tuttavia, si limita ad affermare che “principles of estoppel arguably [...] subject a third party funder to the (limited) jurisdiction of the arbitral tribunal”. A nostro avviso, tuttavia, le considerazioni svolte in questa sezione sono applicabili anche laddove si limiti l'analisi alla sola giurisdizione sui costi, non esistendo alcuno standard specifico; non a caso, gli stessi autori che sostengono la possibilità di vincolare un finanziatore alle determinazioni sui costi (T.-S. CHEN, *The Outsider's Identity in International Commercial Arbitration – From the Group of Companies Doctrine and IBA Guidelines on Conflict of Interest to Adverse Costs Awards Against Third-party Funders*, cit.; C. SIM, *Using Cost Orders to Regulate Third Party Funding*, cit.) non discutono dell'*estoppel*.

abbia un interesse e un ruolo *nell'operazione economica originante la controversia* e dedotta in arbitrato. In nessuno dei due casi, il mero coinvolgimento nel procedimento o un solo interesse nello stesso possono dirsi sufficienti.

Il finanziatore potrebbe, al più, sostituire nel procedimento la parte finanziata laddove con l'accordo di finanziamento si sia stipulata una surrogazione o un trasferimento del diritto controverso dedotto in arbitrato; nel qual caso, però, il finanziatore non potrà più considerarsi propriamente un *terzo*.

3. L'ARBITRATO IN MATERIA DI INVESTIMENTI FONDATO SU TRATTATO

L'accertamento dell'esistenza della giurisdizione su una controversia in materia di investimenti sorta sulla base della clausola arbitrale contenuta in un IIA è retto da regole differenti da quelle valevoli nel caso di arbitrato contrattuale.

Tradizionalmente, infatti, in questo tipo di controversie, l'accordo d'arbitrato si ritiene derivi dall'incontro tra l'offerta ad arbitrare formulata da uno Stato ospite in una specifica clausola del trattato – con la quale esso si obbliga a dirimere tramite arbitrato tutte le controversie che lo contrappongano ad un investitore di un altro Stato contraente – e l'accettazione di questa offerta fatta dall'investitore all'atto dell'instaurazione del procedimento o precedentemente¹⁰¹.

Si è soliti parlare, in questo caso, di *arbitration without privity*, giacché la possibilità di esercitare giurisdizione sulla controversia non dipende dall'esistenza di un contratto che coinvolga lo Stato ospite e lo specifico investitore¹⁰². Allo stesso tempo, tuttavia, l'offerta ad arbitrare formulata in un trattato in materia di investimenti è limitata tanto *ratione materiae* quanto *ratione personae*: quanto al primo aspetto, essa vale soltanto per le controversie relative ad un investimento effettuato nel territorio dello Stato ospite; quanto al secondo aspetto, l'offerta è rivolta soltanto a chi possa qualificarsi come investitore in possesso della nazionalità di uno Stato con il quale lo Stato ospite abbia concluso un IIA¹⁰³.

Date tali peculiarità, gli strumenti elaborati nel contesto dell'arbitrato contrattuale per garantire la partecipazione dei terzi non firmatari di una clausola compromissoria ad un procedimento non appaiono utilizzabili: se da un lato, infatti, l'esistenza della giurisdizione non è subordinata all'esistenza di un previo impegno contrattuale tra le parti, dall'altro le condizioni relative all'oggetto della controversia e alla persona del ricorrente rendono impossibile esercitare giurisdizione su chiunque non le rispetti.

Non a caso, la prassi rende evidente che, nelle ipotesi in cui un investitore ricorrente si sia avvalso di una forma di finanziamento, lo Stato ospite convenuto abbia spesso eccepito che l'esistenza di un finanziatore coinvolto nel procedimento e con un interesse

¹⁰¹ R. DOLZER, U. KRIEBAUM e C. SCHREUER, "Principles of International Investment Law", cit., p. 364 ss.; C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH e A. SINCLAIR, "The ICSID Convention. A Commentary", Cambridge, CUP, II ed., 2009, p. 9.

¹⁰² Un'espressione coniata da J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, cit.

¹⁰³ V. *supra*, nota 16. Nel caso di arbitrato amministrato dall'ICSID, a questo requisito di nazionalità si aggiunge quello di nazionalità di uno degli Stati contraenti la Convenzione istitutiva del Centro. V. *supra*, nota 17.

economico nell'esito dello stesso determinasse non già l'estensione della giurisdizione a tale soggetto ma, piuttosto, la assoluta impossibilità per il tribunale di conoscere della controversia¹⁰⁴. Nella maggior parte delle ipotesi, lo Stato convenuto ha sostenuto che l'esistenza del finanziamento incidesse sulla validità del consenso ad arbitrare prestato dall'investitore o sulla sua qualificazione come tale; in un numero minore di casi, invece, lo Stato ospite ha sostenuto che il finanziamento incidesse sull'ammissibilità della domanda, vale a dire sulla possibilità di esercitare una giurisdizione comunque esistente¹⁰⁵.

Come si vedrà meglio nelle Sezioni che seguono, tuttavia, l'approccio adottato dai tribunali arbitrali in materia di investimenti alla questione della sussistenza della propria giurisdizione è stato spesso caratterizzato da un estremo formalismo, in virtù del quale l'eventuale discrepanza tra il soggetto ricorrente e colui che effettivamente beneficia dell'esito favorevole del procedimento non è circostanza sufficiente a spogliare il tribunale del proprio potere di conoscere e decidere della controversia. Tale approccio, sviluppato ben prima dell'avvento del fenomeno del TPF, è stato utilizzato dai tribunali arbitrali anche nel caso in cui essi si siano confrontati con eccezioni alla giurisdizione e/o all'ammissibilità derivanti da un accordo di finanziamento, dimostrando come, in ultima analisi, un simile accordo non sia di norma in grado di incidere sull'esistenza della giurisdizione o sul potere del tribunale di esercitarla.

3.1. L'irrilevanza dell'assenza di interesse nell'esito della controversia da parte del ricorrente ai fini della determinazione della giurisdizione

Come appena detto, emerge dalla prassi dei tribunali arbitrali in materia di investimenti come, di regola, la non corrispondenza tra il ricorrente e il soggetto che beneficia, in ultima analisi, dell'investimento non sia un elemento rilevante ai fini della determinazione della giurisdizione.

Particolarmente esemplificativa è, in questo senso, la decisione resa nel caso *CSOB v. Slovakia*¹⁰⁶. La controversia era stata instaurata da una banca della Repubblica ceca, la quale lamentava la violazione, da parte dello Stato ospite, del trattato bilaterale d'investimento (*Bilateral Investment Treaty* – BIT) concluso tra quest'ultimo e, per

¹⁰⁴ Come si è già detto, è possibile che il soggetto finanziato sia lo Stato convenuto (sebbene si tratti di un'ipotesi meno frequente, v. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, cit.). In questo caso, però, non è immaginabile alcuna contestazione della giurisdizione ad opera della parte non finanziata, giacché quest'ultima sarebbe proprio il soggetto che ha per primo azionato la clausola arbitrale.

¹⁰⁵ Sulla distinzione tra giurisdizione e ammissibilità si vedano, in generale: F. FONTANELLI, "Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration: The Practice and the Theory", Leida – Boston, Brill, 2018; G. ZARRA, "Parallel Proceedings in Investment Arbitration", cit., p. 103 ss.; D. A. R. WILLIAMS, *Jurisdiction and Admissibility*, in P. T. MUCHLINSKI, F. ORTINO e C. SCHREUER (a cura di), "The Oxford Handbook of International Investment Law", Oxford, OUP, 2008, p. 868 ss.; J. PAULSSON, *Jurisdiction and Admissibility*, in G. AKSEN, K-H. BÖCKSTIEGEL, M. J. MUSTILL, P. M. PATOCCHI e A. M. WHITESELL (a cura di), "Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber amicorum in honour of Robert Briner", Parigi, ICC Publishing, 2005, p. 601 ss.

¹⁰⁶ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 maggio 1999.

l'appunto, il proprio Stato di nazionalità, per le modalità con le quali erano state portate avanti le operazioni di ristrutturazione e privatizzazione della banca.

In particolare, nel corso di queste operazioni, era stato concluso un accordo tra la CSOB, la Repubblica ceca e la Slovacchia per la cessione di crediti deteriorati a due c.dd. *collection companies*, rispettivamente ceca e slovacca e appositamente create dagli Stati. Contestualmente, la CSOB aveva aperto delle linee di credito per ciascuna di queste società, così che i crediti deteriorati fossero sostituiti, nella bilancia dei pagamenti della CSOB, dai pagamenti che le due *collection companies* effettuavano alla CSOB a copertura delle linee di credito. Nell'accordo era inserito anche l'impegno, da parte della Slovacchia e della Repubblica ceca, di coprire le perdite delle *collection companies*, dal momento che i profitti derivanti dai crediti deteriorati non erano sufficienti a garantire il pagamento del debito di queste verso la CSOB. Quest'ultima sosteneva dinanzi al tribunale arbitrale che la Slovacchia non avesse adempiuto all'obbligo di coprire le perdite della *collection company* slovacca determinandone la bancarotta, la cessazione delle attività e, in ultima analisi, l'insolvenza nei confronti della CSOB.

Lo Stato convenuto contestava tuttavia la giurisdizione del Tribunale in quanto, dopo più di un anno dall'instaurazione del giudizio, la CSOB aveva proceduto alla cessione dei crediti vantati nei confronti della *collection company* slovacca alla Repubblica ceca, con l'effetto di rendere quest'ultima la parte effettiva e liberare la ricorrente dal rischio di mancata riscossione.

Il Tribunale ha in primo luogo notato come la sussistenza della propria giurisdizione andasse determinata utilizzando come data di riferimento quella dell'instaurazione del procedimento, concludendo quindi per l'irrelevanza degli accordi di cessione dei crediti successivi¹⁰⁷. Ad ogni modo, il collegio arbitrale si è spinto ben oltre nell'analisi, rilevando come

“[i]n the light of what has just been said, it is not really necessary for the Tribunal to address Respondent's contention that the assignments here in question transformed the Czech Republic into the real party in interest [...]. But even if the Tribunal, for purposes of the argument, were to accept this contention, it would not follow that this case would have to be dismissed for lack of jurisdiction. This conclusion is compelled by the consideration that *absence of beneficial ownership by a claimant in a claim or the transfer of the economic risk in the outcome of a dispute should not and has not been deemed to affect the standing of a claimant in an ICSID proceeding, regardless whether or not the beneficial owner is a State Party or a private party*”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ *Ivi*, par. 31. V. anche *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (precedentemente *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*), Decision on Jurisdiction, 14 novembre 2005, par. 60 ss.: “[O]nce established, jurisdiction cannot be defeated. It simply is not affected by subsequent events” (par. 63).

¹⁰⁸ *Ivi*, par. 32 (corsivo aggiunto).

La stessa conclusione è stata successivamente ribadita in numerose pronunce¹⁰⁹. Nel caso *Saluka v. Czech Republic*¹¹⁰, ad esempio, l'investitore – una società incorporata nei Paesi bassi attraverso la quale il gruppo bancario giapponese Nomura operava in Repubblica ceca – lamentava la messa in amministrazione controllata di una banca (la IPB) della quale possedeva parte delle quote. A seguito della conseguente perdita di valore del proprio investimento, la società conveniva in arbitrato la Repubblica ceca ai sensi dell'art. 8 del BIT concluso da quest'ultima con i Paesi bassi. Lo Stato convenuto osservava tuttavia che la società ricorrente fosse “nothing more than a shell used by Nomura for its own purposes. [...] The real party in interest was Nomura (which was not eligible to present claims under the Treaty), and that therefore Saluka was not a bona fide ‘investor’ under the Treaty”¹¹¹. Anche in questo caso, il Tribunale ha rigettato l'argomentazione dello Stato ospite, ritenendo che nulla, nel BIT applicabile alla controversia, giustificasse una simile conclusione e che pertanto il Tribunale non potesse limitare la definizione di investitore nel senso richiesto dalla Repubblica ceca¹¹². Ancora, numerosi sono i casi nei quali i tribunali arbitrali hanno ritenuto che il fatto che il ricorrente fosse il solo titolare nominale di un investimento ma non ne fosse anche il titolare effettivo (*beneficial owner*) non potesse in alcun modo avere come conseguenza l'assenza di giurisdizione¹¹³.

¹⁰⁹ Del resto, questa conclusione è altresì supportata dal fatto che, laddove gli Stati vogliano escludere dalla protezione di un IIA soggetti che pur potendosi qualificare come investitori non abbiano “a real (economic) connection with the home State” (L. A. MISTELIS e C. BALTAG, “*Denial of Benefits*” *Clause in Investment Treaty Arbitration*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 293/2018, p. 1), sono soliti includere nel trattato una c.d. clausola di “denial of benefits”. Un esempio può essere l'Art. 17 del Trattato sulla carta dell'energia che, al par. 1, dispone quanto segue: “Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to: (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organised”.

¹¹⁰ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 marzo 2006.

¹¹¹ *Ivi*, par. 227.

¹¹² *Ivi*, par. 229: “The parties having agreed that any legal person constituted under their laws is entitled to invoke the protection of the Treaty, and having so agreed without reference to any question of their relationship to some other third State corporation, it is beyond the powers of this Tribunal to import into the definition of ‘investor’ some requirement relating to such a relationship having the effect of excluding from the Treaty’s protection a company which the language agreed by the parties included within it” (corsivo aggiunto).

¹¹³ *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v the Republic of Poland*, UNCITRAL, Award, 12 agosto 2016, par. 331 ss.; *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 luglio 2015, par. 314; *Border Timbers Limited, Timber Products International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/25, Award, 28 luglio 2015, par. 314; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 luglio 2010, par. 134. *Contra*, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Annulment of the Award, 2 novembre 2015, par. 259 ss.: “Arbitral tribunals are not courts of justice holding unfettered jurisdiction. The role of arbitral tribunals is not to redress torts worldwide. [...] Protected investors cannot transfer beneficial ownership and control in a protected investment to an unprotected third party, and expect that the arbitral tribunal retains jurisdiction to adjudicate the dispute between the third party and the host State. To hold the contrary would open the floodgates to an uncontrolled expansion of jurisdiction *ratione personae*, beyond the limits agreed by the States when executing the treaty” (parr. 263-264).

Emerge dalla menzionata giurisprudenza come i tribunali arbitrali in materia di investimenti tendano a considerare del tutto irrilevante, ai fini della determinazione dell'esistenza della propria giurisdizione, la circostanza che obblighi contrattuali del ricorrente o la struttura societaria nella quale questo si inserisce privino lo stesso del beneficio derivante dall'operazione economica al quale la controversia si riferisce¹¹⁴; e ciò anche in situazioni estreme, nelle quali vi sia una discrepanza tra il titolare nominale e il titolare effettivo di un investimento.

Applicando il medesimo approccio all'analisi dell'incidenza del TPF sulla giurisdizione arbitrale, sembra quindi possibile concludere a maggior ragione che un accordo di finanziamento della controversia non possa in alcun modo avere l'effetto di privare un tribunale del potere di conoscere della stessa. Come si è avuto modo di notare più volte nel corso delle pagine che precedono, il finanziatore è di norma un soggetto che non ha legami societari con la parte finanziata e non è coinvolto nell'investimento al quale la controversia attiene. In aggiunta, un accordo di finanziamento tipico non priva l'investitore di un qualsiasi interesse economico nell'esito della controversia finanziata, essendo la remunerazione spettante al finanziatore – di regola – una sola parte di quanto ricavato dalla stessa.

3.2. La giurisprudenza arbitrale in materia di finanziamento

Quanto appena affermato è confermato dai casi nei quali i tribunali arbitrali si sono confrontati con l'incidenza di articolate strutture di finanziamento del contenzioso sulla propria giurisdizione; in nessuno di questi casi, infatti, le eccezioni di carenza di giurisdizione o di inammissibilità sollevate dagli Stati ospiti sono state accolte.

Nella recente decisione *Eco Oro v. Colombia*¹¹⁵, ad esempio, lo Stato convenuto sosteneva che il ricorrente non potesse qualificarsi come investitore protetto dall'accordo di libero scambio concluso tra Canada e Colombia in ragione dell'esistenza di un contratto di finanziamento attraverso il quale il 51% dei proventi del procedimento sarebbero spettati alla società Trexs, alla quale pure erano attribuiti dei poteri di controllo sulla conduzione del procedimento stesso come quello di porre il veto su ogni proposta di definizione transattiva della controversia¹¹⁶. Il Tribunale ha tuttavia rigettato l'eccezione, ritenendo che

¹¹⁴ P. PINSOLLE, *Le financement de l'arbitrage par les tiers*, cit., p. 403 ss.; ID., *Comment on Third-Party Funding and Nationality Issues in Investment Arbitration*, in K. P. SAUVANT (a cura di), "Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011", Oxford, OUP, 2012, p. 639 ss.

¹¹⁵ *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 settembre 2021.

¹¹⁶ *Ivi*, par. 256-264, in particolare par. 262: "Trexs became the main beneficiary: not only was it granted 51% of the proceeds of the claim (whereas Eco Oro only stood to benefit by 22.7% of the proceeds), it was also granted certain rights enabling it to control the process of the claim. These include the ability to control all material aspects of the claim, including the right to veto any settlement or termination of the arbitration and the rights to appoint a member to the board of directors, to be provided with relevant information concerning the claim and to be consulted in relation to filings and certain steps in the arbitration".

“[i]t is not disputed that Eco Oro is incorporated in accordance with the applicable laws of Canada and is a Canadian enterprise. Accordingly, Eco Oro satisfies the express requirements set out in Article 838 of the FTA [...]. Colombia does not identify any provisions in the FTA requiring investigation into Eco Oro’s beneficial ownership [...]. In the absence of such provisions, it is not apparent to the Tribunal why it should engage in an analysis of the beneficial owners of a listed company”¹¹⁷.

Ciò che appare interessante è che il Tribunale – a differenza dello Stato convenuto – non ha ritenuto di dover verificare la permanenza di un effettivo interesse nella controversia da parte di Eco Oro, per quanto ridotto, limitandosi piuttosto ad osservare come la relazione tra il ricorrente e altre società non rilevasse ai fini della determinazione della nazionalità del primo.

Un simile approccio è stato seguito anche dal Tribunale arbitrale nel caso *RosInvestCo UK Ltd. v. Russia*¹¹⁸, nel quale l’investitore lamentava una espropriazione indiretta delle quote azionarie da esso detenute nella società Yukos. Il Tribunale, infatti, ha ritenuto del tutto irrilevante il fatto che, prima dell’instaurazione del procedimento, l’interesse del ricorrente nelle azioni fosse stato trasferito ad altra compagnia facente parte del medesimo gruppo; gruppo descritto dallo Stato convenuto come “a notorious US-based ‘vulture fund’ and an archetype of pre-crash Wall Street ‘anything goes’ capitalism”, il cui *modus operandi* “consists of ‘buying lawsuits’ – purchasing the securities of an issuer not because they offer the prospect of a reasonable return, but because they furnish a pretext for the Elliott Group to threaten legal action unless its demands are promptly satisfied”¹¹⁹.

Ancora, nel già menzionato caso *Quasar de Valores v. Russia*¹²⁰, il fatto che il ricorrente godesse di un finanziamento *pro bono* fornito dalla società Menatep, azionista di maggioranza della società Yukos, è stato qualificato dallo Stato convenuto come una forma di abuso di processo¹²¹, in quanto i ricorrenti non avevano alcun interesse nell’esito

¹¹⁷ *Ivi*, par. 273.

¹¹⁸ *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Final Award, 12 settembre 2010, par. 5.

¹¹⁹ *Ivi*, par. 323: “Respondent argues that the Participation Agreements with Elliott International preclude the definition applying to Claimant as Claimant was a mere nominal owner. This analysis is not supported by a plain reading of the definition in the IPPA [UK-USSR Investment Promotion and Protection Agreement]. The Tribunal is bound by the Article 31 VCLT [1969 Vienna Convention on the Law of Treaties] when interpreting the definition. The plain meaning of the definition encompasses Claimant. Claimant’s submissions and supporting evidence bear out its qualification as an investor under the IPPA in light of this plain reading. The Tribunal is prevented from imposing a stricter interpretation on the IPPA’s definition in light of its very wide drafting. Accordingly, the Participation Agreements have no bearing in terms of the definition of investor [...]”.

¹²⁰ *Quasar de Valores v. Russia*, cit., Award, 20 luglio 2012. V. anche *supra*, Capitolo I, nota 33.

¹²¹ Il quale, sebbene non qualificato come tale nel lodo (Sez. 6), a noi sembra essere questione attinente all’ammissibilità della domanda, non già alla sussistenza della giurisdizione di un tribunale arbitrale. Sia consentito rinviare, sul punto, a G. LAMPO, *Considerazioni sull’applicazione dell’abuso del processo nell’arbitrato in tema di investimenti: in margine ad Orascom v. Algeria* (International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID Case No. ARB/12/35, 31 maggio 2017), in “Diritto del Commercio Internazionale”, 2018, p. 1017 ss.

del procedimento né controllo sulla conduzione dello stesso¹²². Il Tribunale non ha ritenuto persuasivo tale argomento: “[T]here is no reason of principle why [the Claimants] were not entitled to pursue rights available to them under the BIT, and to accept the assistance of a third party, whose motives are irrelevant as between the disputants in this case”¹²³. Il Tribunale si è finanche spinto fino a notare come l’assistenza della Menatep fosse per certi versi necessaria, essendo i ricorrenti titolari di un investimento di valore ridotto che difficilmente avrebbe potuto garantire loro le risorse necessarie alla prosecuzione dell’arbitrato¹²⁴.

Anche nel caso *Quasar de Valores*, quindi, il Tribunale non ha ritenuto che dovesse darsi rilevanza all’esistenza del finanziamento, al punto che la dottrina ha definito tale decisione come “a display of informed indifference”¹²⁵ verso il TPF.

Non mancano tuttavia casi nei quali i tribunali arbitrali, sebbene senza accogliere le tesi degli Stati convenuti, hanno lasciato intendere – in maniera più o meno esplicita – che vi siano delle circostanze nelle quali la presenza di un finanziatore può diventare eccessivamente “ingombrante” e avere effetti sulla giurisdizione.

Nel già citato caso *Teinver v. Argentina*, ad esempio, il ricorrente aveva concluso un accordo di TPF con la società Burford Capital che, secondo lo Stato convenuto, rendeva tale società l’unico soggetto effettivamente interessato all’esito della controversia¹²⁶. Il Tribunale ha ritenuto che l’accordo di finanziamento non fosse un ostacolo all’esercizio della propria giurisdizione semplicemente in quanto concluso dopo la data rilevante per la determinazione della stessa, vale a dire quella dell’instaurazione del procedimento¹²⁷. Così facendo, come la dottrina non ha mancato di notare¹²⁸, la decisione ha lasciato aperta la questione della rilevanza degli accordi di TPF conclusi successivamente a tale data.

¹²² *Quasar de Valores v. Russia*, cit., par. 31: “the Claimants have no stake in this claim, and are not *domini litis* in terms of choosing counsel, experts, or other strategic alternatives in the prosecution of these derivative claims”

¹²³ *Ivi*, par. 33.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., p. 236. Per altri autori, la decisione non sarebbe soltanto “a display of informed indifference”, ma addirittura “a strong indication that international tribunals are generally well disposed towards third-party funding in arbitration, and evidently more so that what the common worries of many commentators would suggest” (A. CRIVELLARO, *Third-party Funding and “Mass” Claims in Investment Arbitrations*, cit., p. 144).

¹²⁶ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, cit. V. *supra*, nota 11.

¹²⁷ *Ivi*, par. 256. Un forte dissenso è stato espresso dall’arbitro Kamal Hossain – nominato dallo Stato convenuto – nella sua opinione dissenziente allegata al lodo definitivo del 21 luglio 2017: “Despite not being an ‘investor’ under the BIT and the funds provided by Burford not being ‘protected investment’ under the BIT, these proceedings have continued because Burford and the Nominated Lawyers have been assured of receiving significant amounts from any award which may be made by the ICSID Tribunal. Burford is a third party and as the Respondent states ‘is abusing the ICSID system by bringing forward a claim that is contrary to the purposes and goals of the Convention in order to make astronomical profits’ [...]. Burford cannot, on any reasonable construction be characterized as an investor entitled to protection under the BIT. The Tribunal cannot, in these circumstances, be considered to have jurisdiction to grant an award to a party, such as Burford, which is not an investor under the BIT and has made no ‘investment’ which can claim to be protected by the BIT” (parr. 70 e 74).

¹²⁸ J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., p. 233; A. MEYA, *Third-party Funding in International Investment Arbitration. The Elephant in the Room*, in

Ancora, nel caso *Abaclat v. Argentina*¹²⁹ gli investitori ricorrenti erano circa sessantamila detentori italiani di titoli di Stato argentini, collettivamente rappresentati dalla “Associazione per la tutela degli investitori in titoli argentini” (c.d. *Task Force Argentina* – TFA), associazione non riconosciuta di diritto italiano fondata e finanziata da otto banche italiane. Tra gli argomenti sollevati dall’Argentina a sostegno dell’assenza di giurisdizione del Tribunale arbitrale, quello secondo il quale gli investitori non avessero prestato un valido consenso all’instaurazione del procedimento in quanto, *inter alia*, la TFA aveva assunto il totale controllo sulla conduzione del procedimento, privando i ricorrenti di qualsiasi diritto procedurale¹³⁰.

Il Tribunale ha rigettato l’eccezione, notando come il consenso possa dirsi invalido soltanto nel caso in cui non sia stato prestato liberamente, “i.e., given under threats or coercion, was in fraudulently induced, or was based on an essential mistake”¹³¹. Non potendosi dimostrare che tale fosse il consenso prestato dagli investitori nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto di avere giurisdizione sulla controversia¹³².

Quanto al controllo esercitato dalla TFA sulla conduzione del procedimento, il Tribunale ha rilevato come la compressione dei diritti procedurali degli investitori fosse stata da loro consapevolmente accettata e fosse del resto necessaria ad assicurare il regolare svolgimento di un procedimento con un numero così elevato di ricorrenti¹³³. Tuttavia,

“[t]he question may arise whether this cutting into Claimants’ rights may have gone too far. This question is however not a question of consent [...]. It is a question of admissibility: Is it admissible for Claimants to entrust a third party with rights as extensive as those of TFA?”¹³⁴

Ad ogni modo, nel rispondere a tale interrogativo, il Tribunale sembra essere ritornato sui propri passi, essendosi limitato a notare che le restrizioni procedurali di cui all’accordo con la TFA fossero state consapevolmente accettate dagli investitori e che, essendo l’accordo valido non vi fosse alcun motivo per non tener conto di tale scelta¹³⁵.

B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), “Third-party Funding in International Arbitration”, cit., p. 122 ss., p. 127.

¹²⁹ *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5 (precedentemente *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*), Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 agosto 2011.

¹³⁰ *Ivi*, par. 428: “[T]he terms of the TFA Mandate Package provide TFA with full control over the arbitration and deprives Claimants’ of basic procedural rights, which is inadmissible. Claimants can therefore not be considered to be legitimately represented by TFA and White & Case in these proceedings and may therefore not be deemed to have validly consented to the present arbitration”.

¹³¹ *Ivi*, par. 437.

¹³² *Ivi*, par. 455 ss.

¹³³ *Ivi*, par. 457.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ivi*, par. 456: “It is undeniable that the TFA Mandate Package has the effect to depriving Claimants of a substantial part of their procedural rights, such as the decision on how to conduct the proceedings, the right to instruct the lawyers, etc. However, as mentioned above [...] the setting of strict boundaries in relation to Claimants’ procedural rights has been consciously accepted by Claimants in order to benefit from the

Molto simile al caso *Abaclat* è poi il già citato caso *Ambiente Ufficio v. Argentina*, nel quale i ricorrenti erano finanziati dalla società NASAM alla quale, secondo lo Stato convenuto, era stato attribuito un controllo sulla conduzione del procedimento tanto pervasivo da potersi essa considerare “the real party in interest”¹³⁶. Anche in questo caso, il Tribunale ha rigettato l’argomentazione; lo ha fatto, tuttavia, in quanto, da un esame delle caratteristiche dell’accordo tra i ricorrenti e la NASAM, non poteva dirsi che questa effettivamente “controllasse” il procedimento¹³⁷, lasciando ancora una volta aperta la questione – già sollevata dal Tribunale in *Abaclat* – relativa al limite superato il quale il coinvolgimento di un terzo nell’assunzione di scelte strategiche e nell’esercizio di diritti procedurali spettanti ai ricorrenti può dirsi rilevante ai fini della giurisdizione o dell’ammissibilità di una domanda.

Un ultimo caso di sicuro interesse che merita di essere menzionato è *Alemanni v. Argentina*¹³⁸. Anche in questo caso, l’Argentina ha sostenuto che i ricorrenti – finanziati ancora una volta dalla società NASAM – non avessero prestato un valido consenso ad arbitrare¹³⁹. Il Tribunale ha rigettato le argomentazioni dello Stato ospite. Tuttavia, ha ritenuto di dover notare che, sebbene il TPF sia ormai una pratica consolidata e di per sé ammissibile, “[t]he present is not [...] a typical example of third-party involvement; the third party has neither bought up claims in order to pursue them, nor has its involvement come in response to an application by investors for funding in return for a success bonus”¹⁴⁰. Ciò che il Tribunale ha ritenuto problematico è stata, in particolare, la totale rinuncia al controllo sulla conduzione del procedimento da parte dei ricorrenti¹⁴¹, concludendo che

collective treatment of their claims before an ICSID tribunal. In addition, the Tribunal did not find that such agreement was affected by any vice which would render it invalid. Consequently, the Tribunal sees no reason to disregard – as a matter of principle – Claimant’s conscious choice”.

¹³⁶ *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, cit., par. 186. V. *supra*, nota 13. V. anche par. 286, dove l’eccezione viene qualificata come “[l]ack of standing due to Claimants’ impermissible pursuing on behalf of a third party in abuse of process”.

¹³⁷ *Ivi*, par. 277-278: “The Tribunal considers that, while NASAM has, without doubt, played a crucial role not only in financing the present proceedings on the Claimants’ side, but also in bringing them together and coordinating them to conduct the proceedings against the Respondent, this does not amount to putting NASAM in a position to ‘control’ the present proceedings [...]. Hence, the Tribunal cannot conclude that NASAM is more than a third party which has a special relationship to the Claimants”.

¹³⁸ *Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/8, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 17 novembre 2014.

¹³⁹ *Ivi*, in particolare par. 45 e 276. V. anche par. 68, dove la questione del ruolo della NASAM nel procedimento è qualificata in termini di ammissibilità della domanda.

¹⁴⁰ *Ivi*, par. 278.

¹⁴¹ *Ibid*: “What does give rise to a degree of anxious concern in the mind of the Tribunal, however, is [...] the fact that the individual claimants, in giving their mandate to NASAM, at the same time not only sign away their right to obtain more than a percentage of the *pro rata* outcome of an eventual Award in their favour, but in addition abandon any right of control over the conduct of the arbitration (including the potential settlement of their claims); and that they give their Power of Attorney to represent them for these purposes to a named individual who has never appeared before the Tribunal on their behalf nor played any part in the proceedings after the Request for Arbitration”.

“[h]ad it not been for the fact that there does exist among the papers submitted in the case an Italian language version of the power of attorney, and the fact that events have shown that individual Claimants did indeed retain the effective power to control their interests at least by discontinuance under Arbitration Rule 44, the Tribunal might indeed have found itself confronted by a real question as to due authorization and therefore as to the solidity of the Claimants’ consent to this arbitration [...]. As it is, the Tribunal is satisfied that any absence of real consent would have manifested itself in one way or another [...]. But it does feel bound to record its feeling that there has been in some respects a cavalier disregard of the niceties that falls below the standards normally expected in ICSID arbitration”¹⁴².

In ultima analisi, può evincersi dalla giurisprudenza qui riportata che i tribunali arbitrali in materia di investimenti hanno costantemente ritenuto irrilevante, ai fini della determinazione della propria giurisdizione (o dell’ammissibilità della domanda), l’esistenza di articolate strutture di finanziamento che riducono (o, sostanzialmente, eliminano del tutto) l’interesse economico del ricorrente-investitore nell’esito della controversia. L’obiezione, più volte sollevata dagli Stati ospiti convenuti, per la quale in simili circostanze il finanziatore diventerebbe la “real party in interest” non è mai stata ritenuta persuasiva. Sebbene alcuna della prassi esaminata sembri lasciare aperta la possibilità che, nelle ipotesi in cui il controllo esercitato da un soggetto terzo sul procedimento sia ritenuto eccessivamente intenso, ciò possa incidere sulla possibilità di un tribunale di conoscere della controversia (*Abaclat*, *Alemanni*, *Ambiente Ufficio*), nessuna delle decisioni in questione ha finito per ritenere che si versasse in una ipotesi simile; e ciò anche quando il tribunale abbia ritenuto che il controllo esercitato dal finanziatore sulla conduzione del procedimento fosse in concreto particolarmente pervasivo, al punto da aver avvertito la necessità di esprimere le proprie perplessità rispetto alle modalità pratiche di implementazione dell’accordo di finanziamento.

3.3. ...Segue: Il trasferimento degli investment treaty claims

Sebbene alcuni autori abbiano espresso dubbi in proposito¹⁴³, la prassi arbitrale in materia di investimenti sembra aver ormai accettato la possibilità che i *claims* derivanti da un trattato in materia di investimenti possano essere trasferiti da un soggetto ad un altro¹⁴⁴. In particolare, sembra essersi affermata nella prassi l’idea che il diritto d’azione del quale un investitore è titolare nei confronti di uno Stato ospite possa essere trasferito, *anche indipendentemente dal trasferimento dell’investimento* al quale l’azione attiene.

¹⁴² *Ivi*, par. 279.

¹⁴³ J. CRAWFORD, “Brownlie’s Principles of Public International Law”, Oxford, OUP, VIII ed., 2019, p. 678: “bilateral investment treaty (BIT) claims are essentially claims *intuitu personae* under international law, and this imposes limits on their assignability”.

¹⁴⁴ Si vedano, in generale: N. GOH, *The Assignment of Investment Treaty Claims: Mapping the Principles*, in “Journal of International Dispute Settlement”, 2019, p. 23 ss.; M. BURGSTALLER e A. ZAROWNA, *Effects of Disposal of Investments on Claims in Investment Arbitration*, in “Journal of International Arbitration”, 2019, p. 231 ss.; L. MELCHIONDA, *The Assignment of Claims in International Investment Arbitrations*, in “Diritto del Commercio Internazionale”, 2013, p. 309 ss.

Particolarmente esemplificative sono, in tal senso, le parole del Tribunale arbitrale nel caso *Daimler v. Argentina*¹⁴⁵, concernente le misure adottate dallo Stato ospite per fronteggiare la crisi economica del 2001 e derivante dal BIT concluso tra l'Argentina e la Germania. Nel caso in esame, la società ricorrente, prima dell'instaurazione del procedimento, aveva trasferito le proprie quote nelle società controllate colpite dalle misure argentine ad altra società parte del medesimo gruppo. Il Tribunale ha ritenuto che:

“As the large and thriving global market for distressed debt attests, most jurisdictions allow for legal claims to be either sold along with or reserved separately from the underlying assets from which they are derived. The Respondent has pointed to no rule of general or customary international law which would prohibit a similar result from obtaining for ICSID claims [...]. The better view would seem to be that ICSID claims are at least in principle separable from their underlying investments. [...] [T]he Tribunal finds that it should accord standing to any qualifying investor under the relevant treaty texts who suffered damages as a result of the allegedly offending governmental measures at the time that those measures were taken – *provided that the investor did not otherwise relinquish its right to bring an ICSID claim*”¹⁴⁶.

Una simile idea, del resto, sembra confermata da altre decisioni, tanto precedenti¹⁴⁷ quanto successive¹⁴⁸ al caso *Daimler*.

Ne deriverebbe che laddove il *claim* fosse effettivamente trasferito prima dell'instaurazione del giudizio, ciò determinerebbe l'assenza di giurisdizione del Tribunale sul soggetto cedente; tale trasferimento, però, non deriverebbe automaticamente da atti dispositivi dell'investimento ma andrebbe autonomamente accertato.

Di conseguenza, similmente a quanto detto nel contesto dell'arbitrato contrattuale, laddove con l'accordo di finanziamento dovesse stipularsi una cessione dell'azione arbitrale, potrebbe sostenersi che il tribunale mancherebbe di giurisdizione sul soggetto finanziato/cedente.

Una simile idea è stata in effetti sostenuta anche dalla dottrina, la quale si è talvolta spinta fino a suggerire che la cessione non debba essere necessariamente stipulata tra le parti ma possa derivare, di fatto, dalle caratteristiche proprie dell'accordo di

¹⁴⁵ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, 22 agosto 2012.

¹⁴⁶ *Ivi*, par. 144-145 (corsivo aggiunto).

¹⁴⁷ *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/3, Award, 16 giugno 2010; *National Grid v. Argentina*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 20 giugno 2006; *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL (precedentemente *EnCana Corporation v. Government of the Republic of Ecuador*), Award, 3 febbraio 2006, par. 131: “Provided loss or damage is caused to an investor by a breach of the Treaty, the cause of action is complete at that point; retention of the subsidiary (assuming it is within the investor’s power to retain it) serves no purpose as a jurisdictional requirement”.

¹⁴⁸ *Westmoreland Coal Company v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/20/3, Final Award, 31 gennaio 2022.

finanziamento e, in particolare, dai suoi effetti e dal trasferimento del controllo sulla conduzione del procedimento: il fatto che il finanziatore eserciti un controllo significativo sulla conduzione del procedimento, viene detto, potrebbe rilevare in quanto indice del trasferimento del *claim*, con conseguente mutamento del soggetto autorizzato a proporre l'azione¹⁴⁹.

Quanto al metodo che un tribunale arbitrale dovrebbe seguire nell'accertare l'eventualità che sia effettivamente avvenuto il trasferimento, le alternative sembrano essere essenzialmente due: i) ricostruire la relazione tra il soggetto finanziato e il finanziatore sulla base della legge applicabile all'accordo di finanziamento; ii) analizzare autonomamente l'accordo stesso, le sue caratteristiche e le sue conseguenze pratiche sulla conduzione di un procedimento, indipendentemente dalla qualificazione dell'operazione economica come implicante o meno un trasferimento secondo l'ordinamento domestico ad essa applicabile¹⁵⁰.

La dottrina ha finora espresso preferenza per tale ultima soluzione¹⁵¹; e ciò, essenzialmente, in quanto una valutazione degli effetti dell'accordo di finanziamento indipendente dalla legge applicabile allo stesso sarebbe in grado di garantire coerenza e uniformità della giurisprudenza arbitrale sul punto. In effetti, la medesima operazione economica potrebbe implicare o meno un trasferimento, a seconda, appunto, del diritto applicabile alla stessa; far dipendere l'identificazione del ricorrente legittimato nel contesto dell'arbitrato in materia di investimenti fondato su un trattato da un ordinamento di volta in volta differente introdurrebbe un elemento di eccessiva incertezza nel sistema, rendendo in ultima analisi altamente imprevedibili le determinazioni sulla giurisdizione in simili ipotesi¹⁵². Il che non significherebbe, è bene notarlo, che la qualificazione dell'accordo di finanziamento ai sensi del diritto ad esso applicabile non rilevi affatto, ma che rilevi in quanto *uno degli elementi fattuali* che un tribunale arbitrale dovrà prendere in considerazione nello stabilire se si sia in effetti verificato il trasferimento dei diritti derivanti dall'IIA, unitamente ad altri quali il grado di controllo del finanziatore sull'esercizio di diritti procedurali, il ruolo di questi nella definizione transattiva della controversia, l'esistenza di un suo eventuale diritto di recesso dall'accordo di finanziamento e la misura della remunerazione ad esso spettante¹⁵³.

¹⁴⁹ J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 242 ss.; A. GOLDSMITH e L. MELCHIONDA, *Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask) – Part Two*, cit., p. 229-230; P. PINSOLLE, *Comment on Third-Party Funding and Nationality Issues in Investment Arbitration*, cit., p. 646 ss.

¹⁵⁰ P. PINSOLLE, *Comment on Third-Party Funding and Nationality Issues in Investment Arbitration*, cit., p. 646.

¹⁵¹ *Ibid.*; J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 242 ss.

¹⁵² P. PINSOLLE, *Comment on Third-Party Funding and Nationality Issues in Investment Arbitration*, cit., p. 646.

¹⁵³ *Ibid.*; J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., pp. 242-243. Secondo Pinsolle, i principali elementi che un tribunale dovrebbe prendere in considerazione ai fini dell'accertamento dell'avvenuto trasferimento sono: "the characterization of the agreement under its applicable law (if expressly chosen by the parties); the fact that the claimant no longer controls the claim, but that the third party does; the fact that the third party has a veto over any settlement

Per quanto condivisibili appaiano le ragioni che hanno spinto la dottrina ad optare per tale metodologia, la (poca) prassi esistente sul punto sembra, in effetti, adottare un approccio diverso. Nel caso *Daimler*, ad esempio, l'accertamento di se il ricorrente avesse ceduto il proprio diritto d'azione ad altri è stato condotto sulla base della legge applicabile all'interpretazione dell'accordo di trasferimento delle quote societarie, vale a dire la legge tedesca¹⁵⁴. Ancora, nel caso *Gemplus v. Mexico*, tre ricorrenti (Gemplus, SLP e Gemplus Industrial) avevano iniziato un procedimento sulla base del BIT Messico-Francia per la revoca, da parte dello Stato convenuto, di una concessione per la tenuta di un registro nazionale di veicoli. Lo Stato convenuto aveva contestato la legittimazione ad agire delle società, *inter alia*, per la circostanza che, poco prima dell'instaurazione del giudizio, la Gemplus avesse trasferito buona parte delle quote societarie da essa detenute nella sussidiaria messicana (Gemplus Industrial) ad una compagnia lussemburghese. Il Tribunale arbitrale, nel valutare se ciò avesse comportato un trasferimento del diritto d'azione, si è basato sulla legge applicabile all'accordo¹⁵⁵.

La questione del trasferimento derivante da un accordo di finanziamento è stata di recente discussa nel caso *Muhammet Çap v. Turkmenistan*¹⁵⁶. Nello stesso, lo Stato convenuto aveva sostenuto che il Tribunale arbitrale non avesse giurisdizione sulla controversia proprio in virtù di un supposto trasferimento del *claim* derivante da un accordo di finanziamento. Il caso è peculiare in quanto i termini precisi dell'accordo di TPF non risultavano noti allo Stato convenuto e al Tribunale. Quest'ultimo aveva in effetti ordinato ai ricorrenti di rendere noti l'esistenza del finanziamento, l'identità del finanziatore e i termini dell'accordo, in particolare con riguardo alla misura dell'interesse del finanziatore nella controversia¹⁵⁷. Tuttavia, essi avevano rifiutato di produrre copia dell'accordo in quanto documento contenente informazioni confidenziali e sensibili sulla valutazione delle possibilità di successo operata dal finanziatore e alle scelte strategiche sulla prosecuzione del giudizio¹⁵⁸. I ricorrenti si erano così limitati a produrre degli *affidavit* relativi alle previsioni rilevanti dell'accordo; in questi, era espressamente precisato che non vi fosse stato "any direct, indirect or *de facto* assignment of the claim"¹⁵⁹.

proceedings; the fact that the third party chooses external counsel and/or experts; the fact that the third party may decide to terminate the claim or the funding at any time; and the portion of the proceeds which is to be recovered by the third party".

¹⁵⁴ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, cit., par. 147 ss.

¹⁵⁵ *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexican States*, cit., par. 5.26 ss.

¹⁵⁶ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, Award, 4 maggio 2021.

¹⁵⁷ "Claimants shall confirm to Respondent whether its claims in this arbitration are being funded by a third-party funder, and, if so, shall advise Respondent and the Tribunal of the name or names and details of the third-party funder(s), and the nature of the arrangements concluded with the third-party funder(s), including whether and to what extent it/they will share in any successes that Claimants may achieve in this arbitration" (*Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, cit., Procedural Order No. 3, 12 giugno 2015, par. 13).

¹⁵⁸ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, cit., Award, cit., par. 686.

¹⁵⁹ *Ivi*, par. 690.

Il Tribunale ha ritenuto che l'analisi andasse scomposta in due fasi, dovendosi prima accertare se l'accordo di finanziamento avesse trasferito al finanziatore i diritti dei ricorrenti derivati dal BIT Turchia-Turkmenistan e, solo successivamente, se l'eventuale trasferimento determinasse effettivamente una carenza di giurisdizione. Avendo risposto negativamente alla prima questione, non vi è stato bisogno di occuparsi della seconda. Ad ogni modo, nel valutare se l'accordo di finanziamento avesse operato un trasferimento del *claim* al finanziatore, il Tribunale ha proceduto sulla base dei soli *affidavit* presentati dai ricorrenti¹⁶⁰.

Indipendentemente dal metodo adottato, appare evidente che laddove il trasferimento del diritto di azione sia accertato e ritenuto valido un tribunale arbitrale non avrebbe più giurisdizione sul soggetto finanziato; il soggetto legittimato ad instaurare il procedimento sarà, in principio, lo stesso finanziatore che, di conseguenza, non potrà più definirsi terzo. È tuttavia doveroso precisare che il trasferimento dei diritti derivanti da un trattato in materia di investimenti non determina una alterazione dell'ambito di applicazione del trattato stesso e dei limiti giurisdizionali che ne derivano. Sarà quindi necessario che il finanziatore soddisfi autonomamente i requisiti giurisdizionali necessari ad attivare la protezione offerta da un IIA ad esso applicabile¹⁶¹.

In ultima analisi, un accordo di finanziamento potrebbe determinare l'assenza di giurisdizione di un tribunale arbitrale sul soggetto finanziato laddove esso prevedesse il trasferimento del *claim* al finanziatore. Il trasferimento, però, non deriva automaticamente dall'attribuzione al finanziatore di un interesse – anche significativo – nel procedimento ma va accertato autonomamente, verosimilmente sulla base della legge applicabile all'accordo di finanziamento stesso. Il trasferimento dei diritti derivanti da un trattato in materia di investimenti, ad ogni modo, deve essere effettuato con cautela: se da un lato esso consentirebbe, in principio, al finanziatore/cessionario di azionare il diritto

¹⁶⁰ *Ivi*, par. 683 ss.

¹⁶¹ In particolare, il finanziatore dovrà rispettare il rilevante requisito di nazionalità. In secondo luogo, esso dovrà potersi definire titolare di un investimento protetto ai sensi dell'accordo. È stato in proposito notato in dottrina che “a possible restriction of the assignment of claims could be implied from the language of certain [Investment Protection Treaties] that define ‘investments’ as any kind of asset ‘invested by the investor in the territory of the other Contracting Party.’ In particular, such language could be interpreted as requiring something more than the simple possession of an investment: for example, the investor may be required to actually make an investment by contributing assets in the territory of the host State. On the basis of such reasoning, it could be argued that where such restrictions apply, and the funder has acquired the claim without having invested in the host State’s territory, the funder would not be able to avail itself of treaty protection, irrespective of the funder’s nationality” (A. GOLDSMITH e L. MELCHIONDA, *Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask) – Part Two*, cit., p 231; v. anche J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., pp 245-247). Da ultimo, il finanziatore dovrà soddisfare il requisito di giurisdizione *ratione temporis*, dovendo essere protetto da un trattato in materia di investimenti al momento dell'adozione delle misure statali contestate. È doveroso notare che un altro limite alla libera trasferibilità degli *investment treaty claims* deriva dal principio *nemo potiore potest transfere quam ipse habet*, in forza del quale nessuno può trasferire più diritti di quelli di cui sia effettivamente titolare. Ciò significa che l'assegnante deve aver avuto i rilevanti requisiti di nazionalità e di titolarità di un investimento al momento in cui la condotta dello Stato ospite ritenuta in violazione del trattato si sia verificata. V. *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 marzo 2002.

trasferito, ciò non comporta una alterazione dei requisiti giurisdizionali per l'attivazione della protezione di un IIA, che il finanziatore/cessionario deve essere in grado di soddisfare autonomamente.

3.4. L'arbitrato in materia di investimenti fondato su trattato: conclusioni

Quanto si è esposto nelle Sezioni che precedono consente di concludere che l'esistenza di un accordo di TPF non incide, di regola, sulla giurisdizione di un tribunale arbitrale in materia di investimenti che tragga la propria competenza da un IIA. In primo luogo, infatti, ogni mutamento nella titolarità dell'interesse economico nell'esito della controversia intervenuto *successivamente* all'instaurazione della stessa non rileva ai fini della sussistenza della giurisdizione giacché questa va accertata al momento della presentazione della domanda. Laddove l'accordo di finanziamento dispieghi i suoi effetti *prima* di tale momento, si è visto come la prassi arbitrale abbia comunque costantemente ritenuto per lo più irrilevante l'esistenza di accordi tra un ricorrente e terzi che riducano la misura del beneficio che il primo ricaverebbe da una decisione a vantaggio dei secondi. Anche quando questa stessa prassi ha mostrato lo scetticismo dei tribunali arbitrali verso strutture di finanziamento in grado di attribuire ai finanziatori un controllo eccessivamente intenso sulla conduzione del procedimento, privando i ricorrenti di buona parte dei loro diritti procedurali, ciò non si è mai tradotto, in concreto, in una decisione di carenza di giurisdizione o di inammissibilità della domanda.

L'unica ipotesi che sembra poter dar luogo ad una decisione di carenza di giurisdizione appare essere quella nella quale l'accordo di finanziamento determina un trasferimento del diritto d'azione dal soggetto finanziato al finanziatore; nel qual caso, il soggetto legittimato ad agire sarebbe – in principio – per l'appunto quest'ultimo ma soltanto laddove soddisfi autonomamente i requisiti giurisdizionali per attivare la protezione di un trattato ad esso applicabile.

4. CONCLUSIONI

Come il presente Capitolo ha provato a dimostrare, l'esistenza di un accordo di finanziamento non è di norma circostanza idonea ad incidere sui confini della giurisdizione di un tribunale arbitrale, tranne nelle ipotesi in cui l'accordo di finanziamento determini la cessione del diritto controverso o dell'azione al finanziatore; in simili casi, quest'ultimo non potrà più considerarsi un terzo rispetto al procedimento.

Una simile conclusione, si è visto, vale tanto per le ipotesi di arbitrato contrattuale quanto per quelle, c.dd., di *arbitration without privity*. Quanto alle prime, infatti, i meccanismi messi a punto dalla giurisprudenza e dalla dottrina al fine di garantire il coinvolgimento di un terzo non firmatario della convenzione arbitrale nel procedimento postulano quantomeno un interesse del terzo stesso nell'operazione economica originante la controversia, non essendo sufficiente un mero interesse nel solo procedimento arbitrale.

Come sottolineato dalla dottrina, in effetti, “[t]he test for treating a non-signatory as a party in arbitration is demanding [...]”¹⁶².

La difficoltà di vincolare *direttamente* il finanziatore alle decisioni di un tribunale arbitrale è stata ritenuta da alcuni autori particolarmente problematica nel contesto delle determinazioni sui costi, per ragioni – si è detto – di tutela della parte non finanziata e del diritto della stessa a recuperare i costi del procedimento laddove dovesse risultare vittoriosa. Tali considerazioni, tuttavia, ci sembra lascino trasparire uno scetticismo di fondo nei confronti del TPF, visto come una forma di abuso dei sistemi di risoluzione delle controversie, contro il quale la parte che non ne beneficia andrebbe tutelata. Ad ogni modo, “the policy arguments advanced in order to attribute an improper or abusive character to litigation funding are unimpressive, to say the least”¹⁶³: sembra infatti mancare, allo stato, alcuna prova del fondamento di simili preoccupazioni, soprattutto in ragione della recente crescita del mercato del finanziamento, ormai composto per la più gran parte da soggetti che svolgono tale attività professionalmente, affidabili e altamente solvibili; tali soggetti, si può presumere, non hanno alcun interesse a non onorare i vincoli assunti nell’accordo di finanziamento. Così, laddove un finanziatore assumesse l’obbligo di pagamento delle spese della controparte del soggetto finanziato, non sembrano esservi motivi per ritenere che ciò non accadrà, pur se tale obbligo dovesse derivare dal solo contratto di finanziamento e non direttamente da una decisione del tribunale arbitrale. Se l’accordo non dovesse prevedere un simile obbligo, invece, non si vede perché il finanziatore debba essere in principio esposto ad un rischio maggiore di quello che ha assunto con il proprio investimento, soprattutto laddove si tenga conto che le ragioni per le quali si ricorre al finanziamento non sono necessariamente legate alla mancanza di risorse della parte finanziata.

Alla medesima conclusione può poi giungersi con riguardo alle ipotesi di *arbitration without privity*: come si è visto, la prassi dei tribunali arbitrali in materia di investimenti ha per lo più considerato irrilevante, ai fini della determinazione della giurisdizione o dell’ammissibilità di una domanda, l’assenza di un concreto interesse economico del ricorrente nell’esito del procedimento. L’unica eccezione è quella, ancora una volta, di cessione del *claim* al finanziatore; una pratica, questa, che appare però particolarmente complessa da utilizzare, soprattutto nel contesto del TPF, in quanto il finanziatore/cessionario, in principio soggetto legittimato ad agire, dovrebbe soddisfare autonomamente i requisiti giurisdizionali necessari ad attivare la protezione di un trattato in materia di investimenti.

Ebbene, se nel contesto dell’arbitrato contrattuale l’assenza di giurisdizione sul finanziatore, come si è detto, non sembra destare particolari problemi, nel contesto dell’arbitrato in materia di investimenti essa è forse fin opportuna. I requisiti giurisdizionali relativi all’oggetto della controversia e alla persona del ricorrente, infatti,

¹⁶² INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 161.

¹⁶³ J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., p. 218.

impediscono ad un tribunale arbitrale di esercitare la propria giurisdizione su chiunque non li rispetti. Ne conseguirebbe che l'accoglimento della tesi – talvolta sostenuta dagli Stati ospiti – per la quale l'esistenza di un accordo di TPF farebbe sì che il soggetto finanziato non sia più “the real party in interest” non comporterebbe affatto l'estensione della giurisdizione sul finanziatore, ma soltanto la sua assenza rispetto al finanziato. Non vi sarebbe così più alcun soggetto legittimato ad agire, con una notevole compressione del diritto di accesso alla giustizia arbitrale degli investitori che, in ultima analisi, eliminerebbe uno dei principali vantaggi del ricorso al TPF.

CAPITOLO III

L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SUI POTERI E I DOVERI DI UN TRIBUNALE ARBITRALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'impatto del finanziamento sulla costituzione del tribunale arbitrale: l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri. – 3. L'impatto del finanziamento sulla concessione di una cauzione per le spese di giudizio. – 3.1. Le ragioni del dibattito: la tensione tra il diritto di accesso alla giustizia della parte finanziata e il diritto al recupero delle spese di giudizio della controparte. – 3.2. ...Segue: la soluzione offerta dalla giurisprudenza arbitrale. – 3.3. Il finanziamento come mero elemento fattuale del quale tenere conto nella decisione sulla concessione della cauzione. – 4. L'impatto del finanziamento sull'allocatione dei costi di un procedimento arbitrale. – 4.1. La recuperabilità dei costi da parte del soggetto finanziato da un terzo. – 4.2. La recuperabilità del costo del finanziamento. – 5. La *disclosure* degli accordi di finanziamento. – 5.1. La *disclosure* come un obbligo della parte finanziata di cooperare al mantenimento dell'integrità del procedimento arbitrale. – 5.2. Il potere inerente del tribunale arbitrale di disporre la *disclosure* di ogni elemento rilevante dell'accordo – 6. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

Nel precedente Capitolo si è dimostrato che, di regola, l'esistenza di un accordo di finanziamento non è in grado di alterare i limiti giurisdizionali del mandato di un tribunale arbitrale, e ciò tanto nel caso di arbitrato contrattuale quanto in quello di arbitrato (in materia di investimenti) fondato su un trattato. Il finanziatore, quindi, è un soggetto formalmente estraneo al procedimento; un terzo, per l'appunto, non firmatario della clausola compromissoria e non vincolato all'autorità del tribunale arbitrale che dalla clausola promana.

Tale conclusione rende particolarmente necessaria l'analisi, che nelle prossime Sezioni del lavoro si intende svolgere, dell'impatto di un accordo di finanziamento sulla conduzione di un procedimento e, in generale, sui doveri e i poteri di un tribunale arbitrale. Se è vero infatti quanto appena detto sulla estraneità del finanziatore al procedimento, è pure vero – come più volte si è avuto modo di notare – che questi condivide con la parte finanziata il rischio economico di esito sfavorevole della controversia; in cambio, esso esercita un controllo che può essere particolarmente pervasivo su aspetti cruciali del procedimento, quali, ad esempio, la scelta dei difensori e degli arbitri di nomina di parte finanziata o la decisione sulla definizione transattiva della vertenza; controllo talvolta rafforzato dalla clausola, contenuta nell'accordo di finanziamento, che attribuisce al finanziatore il potere di recedere unilateralmente dallo stesso.

Lo scenario che ne deriva è quindi peculiare, giacché il tribunale arbitrale, nell'impossibilità di assumere giurisdizione sul finanziatore, non potrà che regolamentarne l'eventuale influenza sul procedimento indirettamente, cioè attraverso i poteri di cui dispone sul soggetto finanziato. La possibilità del verificarsi di una simile situazione è stata spesso vissuta con disagio tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza: “*ménages à trois [...] have never enjoyed a good reputation; on the contrary, they have tended to provoke suspicion*”¹.

Scopo del presente Capitolo è proprio quello di comprendere le ragioni di un simile scetticismo, al fine di verificare quale sia in concreto l'incidenza degli accordi di finanziamento sulla conduzione del procedimento arbitrale e quali siano, in ultima analisi, gli strumenti a disposizione di un tribunale arbitrale per gestire al meglio il rapporto asimmetrico tra esso, la parte finanziata e il finanziatore. A tal fine, si prenderanno in esame i tre specifici aspetti sui quali il finanziamento sembra in grado di incidere maggiormente, vale a dire: *i*) l'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri (Sezione 2); *ii*) la concessione di una cauzione per le spese di giudizio in favore della parte non finanziata (*security for costs*, ossia – come già ricordato – la decisione attraverso la quale viene imposto ad una parte di prestare una cauzione per il rimborso delle spese, quando vi è fondato timore che l'eventuale condanna al pagamento delle stesse resti ineseguita; Sezione 3); *iii*) l'allocazione dei costi del procedimento al termine dello stesso (Sezione 4).

Quanto al primo aspetto, l'esistenza di un soggetto estraneo al procedimento arbitrale ma che allo stesso tempo ha un interesse (nella maggior parte dei casi economico) nell'esito dello stesso nonché la capacità di esercitare una forma di controllo sulla sua conduzione può incidere sull'indipendenza e l'imparzialità dei membri del collegio arbitrale e, di conseguenza, sulla costituzione di questo: il finanziatore, ad esempio, potrebbe avere un ruolo nell'individuazione dell'arbitro nominato dalla parte finanziata o, ancora, uno degli arbitri (o lo studio legale di questo) potrebbe avere con esso dei legami. Quest'ultimo è quindi, indubbiamente, una figura della quale è necessario tener conto ai fini della valutazione della sussistenza dei requisiti di cui devono godere gli arbitri per poter decidere di una controversia. Quanto al secondo aspetto, invece, la concessione di una cauzione per le spese di giudizio ha come presupposto la inadeguatezza delle risorse della parte colpita dalla misura a soddisfare una eventuale condanna al pagamento delle spese; il finanziamento, quindi, può essere un fondamentale elemento fattuale dal quale desumere uno stato di insolvibilità. Quanto al terzo e ultimo aspetto, il fatto che le spese di una delle parti siano sostenute da un terzo può talvolta incidere sulla recuperabilità dei costi del giudizio da parte del soggetto finanziato, che potrebbe non essere qualificabile come soggetto che in questi costi sia effettivamente incorso; in aggiunta, la presenza di un accordo di TPF pone il problema di comprendere se e a quali condizioni sia recuperabile il costo del finanziamento stesso, vale a dire la somma corrisposta al finanziatore in cambio del capitale o dell'assunzione del rischio.

¹ C. KAPLAN, *Third-Party Funding in International Arbitration. Issues for Counsel*, cit., p. 73.

Tale analisi renderà evidente che numerose sono le circostanze nelle quali un tribunale arbitrale potrebbe aver bisogno di disporre di informazioni relative all'esistenza del finanziamento, all'identità del finanziatore e, talvolta, ai termini dell'accordo di TPF. Al contempo, però, è altrettanto evidente come l'imposizione di un generale obbligo di *disclosure* degli accordi di finanziamento sia difficilmente praticabile: simili accordi, infatti, contengono spesso informazioni altamente sensibili di natura confidenziale, relative alla situazione economico-finanziaria della parte finanziata, alla valutazione delle possibilità di successo operata dal finanziatore, alle possibili e più efficaci strategie processuali; informazioni la cui divulgazione potrebbe indebitamente avvantaggiare la parte non finanziata. Ci si interrogherà quindi (Sezione 5) sulla positivizzazione dell'obbligo di *disclosure* degli accordi di finanziamento e, in particolare, sulla sua necessità, sul suo contenuto e sui destinatari dello stesso.

2. L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SULLA COSTITUZIONE DEL TRIBUNALE ARBITRALE: L'IMPARZIALITÀ E L'INDIPENDENZA DEGLI ARBITRI

Il diritto ad essere giudicati da un soggetto indipendente e imparziale è riconosciuto da tutti i principali strumenti internazionali in materia di protezione dei diritti umani², ed è ormai universalmente accettato che i requisiti di imparzialità e indipendenza debbano essere rispettati anche dai membri di un tribunale arbitrale³. Tutti i principali regolamenti arbitrali, del resto, contengono previsioni in tal senso. Ad esempio, gli Artt. 11 e 12 delle regole UNCITRAL dispongono rispettivamente che un potenziale arbitro debba rendere note “any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence” e che, se tali circostanze esistono, esso può essere ricusato. Ancora, l'Art. 18 delle regole arbitrali della SCC prevede che “[e]very arbitrator must be impartial and independent”; una simile disposizione è rinvenibile nell'Art. 5, par. 3, delle regole

² Si vedano, in questo senso: l'Art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'Art. 14 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e l'Art. 8 della Convenzione americana sui diritti umani; una previsione in tal senso è contenuta anche nell'Art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

³ S. ANGOURA, “The Impartiality and Independence of Arbitrators in International Commercial Arbitration”, Baden-Baden, Nomos, 2022; G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., pp. 1890-1891; F. SALERNO, *Imparzialità e indipendenza degli arbitri. Astensione e ricazione*, in D. MANTUCCI (a cura di), “Trattato di Diritto dell'arbitrato. Vol. XII. L'arbitrato nei rapporti commerciali internazionali”, cit., p. 317 ss.; C. A. M. LÓPEZ, *Independence and Impartiality of Arbitrators*, in L. A. DI MATTEO, M. INFANTINO e N. M. P. POTIN (a cura di), “The Cambridge Handbook of Judicial Control of Arbitral Awards”, Cambridge, CUP, 2020, p. 12 ss. L'applicabilità delle garanzie di cui all'Art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'arbitrato è stata riconosciuta anche, entro certi limiti e con modalità differenti, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; in tal senso si veda, ad esempio, *Mutu and Pechstein v. Switzerland*, ricorsi Nn. 40575/10 e 67474/10, 2 ottobre 2018. Sul rapporto tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e arbitrato commerciale internazionale si vedano, in generale: D. PAUCIULO, *Imparzialità degli arbitri secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Beg S.p.A. c. Italia*, in “Diritto del Commercio Internazionale”, 2021, p. 1083 ss.; G. ZARRA, *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in “Rivista dell'Arbitrato”, 2016, p. 302 ss.; M. POTESTÀ, *La rinuncia preventiva all'impugnabilità del lodo arbitrale è compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo? Il Tribunale federale svizzero si pronuncia sulla questione*, in “Rivista dell'Arbitrato”, 2013, p. 177 ss.

LCIA⁴, negli Artt. 20⁵ e 21⁶ del regolamento CAM, nell'Art. 11, par. 1, di quello ICC⁷, nell'Art. 16 di quello VIAC⁸ e nell'Art. 11 del regolamento HKIAC⁹.

Disposizioni di questo tipo sono contenute anche nelle legislazioni nazionali in materia di arbitrato: a titolo esemplificativo, nella Sezione 24 dell'*English Arbitration Act*¹⁰, nella Sezione 8 della legge svedese in materia di arbitrato¹¹, nell'Art. 1456 del codice di procedura civile francese¹², nell'Art. 180 della legge svizzera di diritto internazionale privato¹³ e nell'Art. 34 della legge cinese sull'arbitrato¹⁴. L'importanza dei requisiti di imparzialità e indipendenza è inoltre riconosciuta dall'Art. 12, par. 2, del modello di legge UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale, ad oggi adottato in 85 giurisdizioni¹⁵, ai sensi del quale "[a]n arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence".

Sebbene i termini "imparzialità" e "indipendenza" vengano spesso usati congiuntamente, la dottrina è concorde nel ritenere che essi abbiano un significato parzialmente differente: l'imparzialità è infatti una situazione *soggettiva* di assenza di

⁴ "All arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocate for or authorised representative of any party. No arbitrator shall give advice to any party on the parties' dispute or the conduct or outcome of the arbitration".

⁵ "1. Gli arbitri devono trasmettere la dichiarazione di indipendenza alla Segreteria Generale entro il termine indicato dalla stessa. 2. Nella dichiarazione di indipendenza l'arbitro deve indicare, precisandone periodo e durata: a) qualunque relazione con le parti, i loro difensori e ogni altro soggetto coinvolto nell'arbitrato, anche in virtù di rapporti finanziari, rilevante in rapporto alla propria imparzialità e indipendenza; b) qualunque interesse personale o economico, diretto o indiretto, relativo alla controversia; c) qualunque pregiudizio o riserva nei confronti della materia del contendere. 3. La dichiarazione di indipendenza deve essere ripetuta nel corso del procedimento, fino alla sua conclusione, se si rende necessario per fatti sopravvenuti o su richiesta della Segreteria Generale".

⁶ Par. 3: "Ciascuna parte può depositare istanza motivata di ricusazione presso la Segreteria Generale per ogni circostanza idonea a porre in dubbio l'indipendenza o l'imparzialità dell'arbitro entro 10 giorni dalla conoscenza di tale motivo".

⁷ "Every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration".

⁸ Par. 2: "The arbitrators shall perform their mandate independently of the parties, impartially and to the best of their knowledge and ability, and shall not be bound by any instruction".

⁹ Par. 1: "An arbitral tribunal confirmed under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties"; par. 6: "Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence".

¹⁰ Par. 1, lett. a): "A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds (a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality".

¹¹ "An arbitrator shall be impartial. If a party so requests, an arbitrator shall be discharged if there exists any circumstance which may diminish confidence in the arbitrator's impartiality".

¹² "Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission".

¹³ Par. 1, lett. c): "1 A member of the arbitral tribunal may be challenged: [...] c) if circumstances exist that give rise to legitimate doubt as to his or her independence or impartiality".

¹⁴ "In any of the following circumstances, an arbitrator must withdraw from the arbitration, and the parties shall have the right to apply for his withdrawal if he: 1) is a party or a close relative of a party or of a party's representative; 2) is related in the case; 3) has some other relationship with a party to the case or with a party's agent which could possibly affect the impartiality of the arbitration; 4) meets a party or his agent in private, accepts an invitation for dinner by a party or his representative or accepts gifts presented by any of them".

¹⁵ https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

propensione per la posizione di una delle parti in giudizio, laddove l'indipendenza è una situazione *oggettiva* di assenza di relazioni con le parti o con soggetti alle stesse legati¹⁶. Tuttavia, nonostante l'universale riconoscimento dell'importanza dei requisiti di imparzialità e indipendenza, la vaghezza di tali concetti ha fatto sì che manchi, allo stato, un consenso sufficientemente ampio sulle circostanze che ne determinano, in concreto, la carenza. In primo luogo, le decisioni delle istituzioni arbitrali sulle domande di riconsunzione degli arbitri sono state, fino a tempi abbastanza recenti, non motivate o addirittura non pubbliche¹⁷. A ciò si aggiunga che gli standard adottati per valutare l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri differiscono significativamente da una giurisdizione all'altra¹⁸; la questione è poi ulteriormente complicata dal fatto che lo standard muta a seconda che la allegazione di carenza di imparzialità e/o indipendenza venga fatta al momento della nomina degli arbitri, nel corso del procedimento, o dinanzi alle corti interne in fase di annullamento o esecuzione del lodo¹⁹. Così, queste ultime hanno talvolta ritenuto che fosse sufficiente una apparenza o un ragionevole sospetto di parzialità da parte dell'arbitro per giustificare la rimozione dal procedimento; altre volte è stato invece deciso che dovesse essere dimostrata una effettiva carenza di parzialità²⁰.

Uno dei problemi più avvertiti dalla dottrina e dalle istituzioni arbitrali allorché il fenomeno del TPF ha iniziato a diffondersi nella prassi è stato proprio quello della possibilità che la presenza del finanziatore incidesse negativamente sull'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri²¹. La posizione del finanziatore, soggetto coinvolto in un procedimento arbitrale al punto da poter avere il controllo sulla sua continuazione o estinzione ma allo stesso tempo libero da vincoli che le norme procedurali e il tribunale impongono alle parti, è spesso vista, infatti, come una posizione che ben si presta ad abusi, dai quali la parte non finanziata andrebbe protetta²².

¹⁶ G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 1908 ss.; C. A. M. LÓPEZ, *Independence and Impartiality of Arbitrators*, cit., p. 13 ss.; L. MALINTOPPI, *Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators*, in P. T. MUCHLINSKI, F. ORTINO e C. SCHREUER, (a cura di), "The Oxford Handbook of International Investment Law", cit., p. 789 ss., p. 807.

¹⁷ G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., pp. 1961-1962.

¹⁸ Per una analisi in chiave comparatistica si veda *Ivi*, p. 1893 ss.

¹⁹ Sul problema dell'effetto di carenza di imparzialità e indipendenza in fase di esecuzione si veda, più diffusamente, il Capitolo IV, Sezioni 2.2 e 3.2.

²⁰ V. *supra*, nota 18.

²¹ Si vedano, in generale: il Capitolo 7 di J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 253 ss.; il Capitolo 4 di INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 81 ss.; R. KREINDLER e A. GOLDSMITH, *Should Parties Disclose the Existence of a Third-Party Funder? (Disclosure and Conflicts of Interest)*, in T. SHERLING, F. FORTESE e C. BALTAG (a cura di), "Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019, p. 255 ss.; A. CRIVELLARO e L. MELCHIONDA, *Disclosure and Conflicts of Interest in Relation to Third-Party Funding*, in "BCDR International Arbitration Review", 2018, p. 281 ss.; V. FRIGNATI, *Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration*, cit.; B. OSMANOGLU, *Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest*, in "Journal of International Arbitration", 2015, p. 325 ss.; C. A. ROGERS, "Ethics in International Arbitration", cit., p. 177 ss.; J. A. TRUSZ, *Full Disclosure: Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, cit.

²² Si veda C. A. ROGERS, "Ethics in International Arbitration", cit., pp. 177-178.

Al contrario, vi è chi ha sostenuto che la presenza di un finanziatore a supporto della posizione di una delle parti non sia davvero in grado di incidere sull'indipendenza e imparzialità di un tribunale arbitrale. Questa è stata, ad esempio, la posizione assunta da alcuni finanziatori²³. Addirittura, è stato suggerito nel corso del dibattito svoltosi in seno alla *Task Force* ICCA-QMUL che un obbligo di *disclosure* del finanziamento potrebbe essere, in tal senso, controproducente; e ciò in quanto laddove il coinvolgimento di un finanziatore non venga reso noto non potrebbe derivarne alcuna parzialità degli arbitri²⁴.

Comprendere fino a che punto il problema dell'incidenza del finanziamento sull'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri sia reale o soltanto percepito appare, in effetti, difficile: come si è già accennato, la prassi delle istituzioni arbitrali sul concetto di imparzialità e indipendenza è alquanto scarsa²⁵, soprattutto in materia di finanziamento, un fenomeno che solo in tempi relativamente recenti ha attirato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza.

Basti pensare che, nell'arbitrato in materia di investimenti – settore nel quale le decisioni, al contrario dell'arbitrato commerciale, sono tendenzialmente pubbliche – l'unica richiesta nota di rimozione di un arbitro in qualche modo legata all'esistenza di un finanziamento si è avuta nel caso *RSM v. Santa Lucia*. Nello stesso, lo Stato convenuto aveva presentato una richiesta di cauzione per le spese di giudizio sulla base, *inter alia*, del fatto che il ricorrente beneficiasse di un accordo di TPF. Il Tribunale ha dapprima rigettato la richiesta²⁶ e, successivamente, l'ha accolta²⁷. Uno degli arbitri, nella propria

²³ V., ad esempio, la posizione espressa dal *Chief Executive Officer* di Burford Capital, C. BOGART, *Litigation Finance Disclosure: Transparency or Tactics?*, Burford Blog, 14 agosto 2017, disponibile all'indirizzo <https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/litigation-finance-disclosure-transparency-or-tactics/>: "It is commonplace for litigants to obtain funding from third parties, and many third parties have significant interests attached to the outcome of litigation. These include banks with outstanding general recourse debt to a company whose health is dependent on a litigation judgment or settlement, and law firms that have taken cases on contingent fee and have their near-term or long-term firm health riding on the outcome. Such arrangements are not deemed relevant to the ultimate disposition of claims, and are not required to be disclosed. As a practical matter, adding a special 'legal finance disclosure rule' therefore seems both absurdly specific and broadly unnecessary, given that courts have operated for decades without inquiring into the (usually irrelevant) financial health of litigation parties and their counsel. Setting aside why courts would deem such a move necessary, how would they carry it out? Would they require disclosure only of financiers that call themselves 'litigation funders'? Or would they begin requiring disclosure of all such arrangements? That sounds like a very opaque dynamic indeed – and, fortunately, entirely unnecessary". V. anche INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 85: "Until relatively recently, there was debate about whether it was even possible for funders, or at least certain types of funding arrangements, to create conflicts of interest for arbitrators. Third-party funding, it had been argued, could not raise potential conflicts of interest because it is simply one among many possible forms of financial support for pursuing or defending a dispute. The source of financing for a dispute is irrelevant to the merits of the dispute, the argument went, and consequently there was no reason to treat third-party funding as subject to any special treatment that would not apply, for example, to a corporate loan taken out for the purpose of pursuing a claim".

²⁴ *Ivi*, p. 86.

²⁵ V. *supra*, nota 17.

²⁶ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Provisional Measures, 12 dicembre 2013.

²⁷ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, cit., Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, 13 agosto 2014.

opinione concorrente allegata alla decisione di concessione della misura cautelare, ha ritenuto non soltanto che la misura andasse imposta ma che, più in generale, la presenza di un finanziatore comporterebbe un'inversione dell'onere della prova in capo al soggetto finanziato, il quale dovrebbe dimostrare la non necessità della cauzione²⁸. Nell'opinione, infatti, la pratica del finanziamento viene descritta con termini poco lusinghieri: gli accordi di finanziamento vengono descritti come “the gambler’s Nirvana: Heads I win, and Tails I do not lose”²⁹ e i finanziatori vengono qualificati quali “mercantile adventurers”³⁰. Ed è proprio per l’uso di un simile linguaggio che il ricorrente ha chiesto la rimozione dell’arbitro dal procedimento, ritenendo che questo “reveal bias against both third-party funders and funded claimants, such as Claimant in this arbitration”³¹. La richiesta è stata rigettata dagli altri due arbitri, in quanto l’opinione concorrente non poteva ritenersi di per sé indice del fatto che l’arbitro non fosse in grado di rendere una decisione indipendente e imparziale³².

Questioni di parzialità degli arbitri di questo tipo, tuttavia, sembrano del tutto peculiari, essendo molto più facile che a venire in rilievo siano i legami esistenti tra questi e i finanziatori. In effetti, che la presenza di un finanziatore possa dar luogo a conflitti di interessi degli arbitri sembra autoevidente, al punto che la posizione contraria appare di gran lunga minoritaria, anche tra gli stessi finanziatori, i quali si sono per lo più espressi in favore della *disclosure* degli accordi di finanziamento³³.

La presenza di un terzo in grado di controllare la conduzione del procedimento e che talvolta ha, in aggiunta, un significativo interesse economico nell’esito dello stesso può essere infatti molto problematica. Diversi sono gli scenari che possono immaginarsi, molti ricostruiti in dettaglio dalla dottrina³⁴. Può pensarsi, ad esempio: *i*) alla nomina ripetuta di un arbitro da parte di uno stesso finanziatore (o, più propriamente, da parte di diversi soggetti supportati da uno stesso finanziatore); *ii*) alla possibilità che l’arbitro abbia una posizione all’interno della società finanziatrice³⁵; *iii*) all’esistenza di legami di altro tipo di uno degli arbitri con il finanziatore. Ancora, la dottrina ha ipotizzato il verificarsi di situazioni anche più complesse:

²⁸ *Ivi*, Assenting Reasons of Gavan Griffith, par. 18.

²⁹ *Ivi*, par. 13.

³⁰ *Ivi*, par. 14.

³¹ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, cit., Decision on Claimant’s Proposal for the Disqualification of Dr. Gavan Griffith, QC, 23 ottobre 2014, par. 41.

³² *Ivi*, par. 90.

³³ V., ad esempio, INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 86, nota 173: “Notably, despite numerous third-party funders on the Task Force and extensive public comments received, only a few asserted that it was unnecessary or undesirable to require disclosure of the existence and identity of third-party funders. Several third-party funders commented on the potential for disruption that may result as a consequence of disclosure, but in similar numbers they also affirmed the importance of disclosure to insulate potential challenges to awards based on later-discovered arbitrator conflicts”.

³⁴ Si vedano, su tutti: J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., p. 253 ss.; C. A. ROGERS, “Ethics in International Arbitration”, cit., p. 177 ss.

³⁵ V. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 82, nota 166 e relativo testo.

“For example, take the case of one party (*PI*) that is funded by funder (*F*) and *X* is the presiding arbitrator in one arbitral dispute (*A1*), but *X* also serves as counsel to the claimant in another unrelated second arbitration (*A2*) and the claim is funded by the same funder *F*. The fact that *X*'s fees in *A2* are paid by *F* and that *X* is likely to have significant contacts with *F* on the basis of the funding agreement raises concerns beyond simple repeats appointments”³⁶.

Nel caso ICSID *Muhammet Çap v. Turkmenistan*, ad esempio, lo Stato convenuto aveva richiesto che il Tribunale imponesse all'investitore ricorrente la *disclosure* dell'accordo di finanziamento, sia in quanto potenzialmente rilevante ai fini della richiesta di cauzione per le spese di giudizio³⁷, sia in quanto uno degli arbitri, il Prof. Bernard Hanotiau, aveva in passato svolto attività di consulenza per un noto finanziatore, la società Vannin Capital³⁸. Su richiesta del Tribunale³⁹, il ricorrente ha quindi reso noto che il finanziatore era la società La Française, la quale “has no relationship to any of the arbitrators or their firms”⁴⁰; e infatti, nell'istanza di riconsiliazione del Prof. Hanotiau presentata dal Turkmenistan nel novembre 2017 e rigettata dagli altri membri del collegio arbitrale, non sembra esservi menzione del finanziamento a vantaggio del ricorrente⁴¹.

A ciò bisogna aggiungere che la valutazione dell'indipendenza e dell'imparzialità di un arbitro non è una valutazione *completamente oggettiva*. Come si è avuto modo di notare, spesso le regole arbitrali prevedono che circostanza sufficiente a riconsiliare un arbitro sia la presenza di “justifiable doubts”⁴² rispetto alla presenza di tali requisiti; le stesse corti interne hanno talvolta richiesto che venisse dimostrata soltanto un'apparenza di parzialità, o un rischio, per quanto circostanziato⁴³. Ne consegue che a dover essere tutelate non sono soltanto l'imparzialità e l'indipendenza del collegio arbitrale *in senso assoluto* quanto anche, in una certa misura, la percezione di queste imparzialità e

³⁶ C. A. ROGERS, “Ethics in International Arbitration”, cit., p. 200, citando uno scenario ipotetico immaginato da M. SCHERER, *Out in the Open? Third-Party Funding in Arbitration*, CDR News, 26 luglio 2012, disponibile all'indirizzo <https://iclg.com/cdr/arbitration-and-adr/out-in-the-open-third-party-funding-in-arbitration>.

³⁷ Sulla quale si veda *infra*, nota 96 e relativo testo.

³⁸ [https://www.newLawjournal.co.uk/content/vannin-capital](https://www.newlawjournal.co.uk/content/vannin-capital). V. anche *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, cit., Award, cit.: “By letter dated 10 April 2015, Respondent filed a second request for the disclosure of the identity and nature of Claimants' third-party funder. [...] By an email sent directly to the Parties on 15 April 2015, Professor Hanotiau stated for the record that he was not involved with any work for Vannin, a third-party funder referred to as a potential source of conflict by Respondent in its letter of 10 April 2015” (parr. 58 e 60).

³⁹ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, cit., Procedural Order No. 3, cit.

⁴⁰ V. anche *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, cit., Award, cit., par. 67.

⁴¹ L'istanza non è pubblica, così come la decisione sulla stessa. Si veda però A. ROSS, *Hanotiau Survives Challenge by Turkmenistan*, Global Arbitration Review, 20 marzo 2018, disponibile all'indirizzo <https://globalarbitrationreview.com/article/hanotiau-survives-challenge-turkmenistan>.

⁴² Si vedano i più su citati Artt. 11 e 12 del regolamento arbitrale UNCITRAL, l'Art. 12 del modello di legge UNCITRAL, l'Art. 11 del regolamento HKIAC e la Sezione 24 dell'*English Arbitration Act*.

⁴³ V. *supra*, nota 18.

indipendenza da parte dei soggetti coinvolti nel procedimento⁴⁴. Può notarsi in proposito come, nel 2015, una indagine condotta dalla *Queen Mary University of London*⁴⁵ ha rilevato che il 76% dei convenuti intervistati ritenesse che l'esistenza dell'accordo di finanziamento andasse resa nota. Il 63% dei convenuti ha altresì ritenuto che fosse opportuno prevedere anche un obbligo di divulgazione dell'identità del finanziatore; e ciò al fine di meglio valutare i possibili conflitti di interessi che dallo stesso possono derivare⁴⁶.

In effetti, l'argomento secondo il quale se il coinvolgimento del finanziatore non è reso noto non può derivarne alcuna parzialità degli arbitri non appare persuasivo. In primo luogo, esso sembra peccare, quantomeno, di ingenuità: il fatto che l'esistenza del finanziamento e l'identità del finanziatore non vengano divulgati formalmente nel corso del procedimento non significa affatto che tali circostanze non siano comunque note. In aggiunta, sembra difficile – se non impossibile – neutralizzare del tutto il rischio che l'esistenza dell'accordo di TPF divenga nota nel corso del procedimento per fatti diversi da una sua *disclosure* volontaria. Ad esempio, nel caso amministrato dalla ICC *X v. Y and Z*⁴⁷ il convenuto è venuto a conoscenza del finanziamento per essergli stato l'accordo trasmesso verosimilmente per un errore dei difensori di parte finanziata⁴⁸. Nel caso *Siag v. Vecchi*⁴⁹, i difensori del ricorrente avevano assunto, in cambio di una percentuale considerevole dei proventi del procedimento, l'obbligo di anticipare le spese dello stesso; ciò è divenuto noto soltanto a seguito di una controversia tra i difensori stessi e l'investitore relativa all'esecuzione dell'accordo di finanziamento⁵⁰. Similmente, i termini dell'accordo di finanziamento a vantaggio del ricorrente nel caso *S&T Oil v. Romania* sono divenuti noti in conseguenza di una controversia tra questi e la società finanziatrice, *Juridica*⁵¹. Da ultimo, l'idea che i conflitti di interessi dei quali gli arbitri non siano a conoscenza non incidano sulla loro imparzialità e indipendenza non è stata sempre accettata dalla giurisprudenza, soprattutto in considerazione del fatto che si ritiene

⁴⁴ “[T]he ‘justifiable doubts’ or ‘reasonable suspicion’ formulae appear to focus attention on a subjective evaluation: they might be said to require that there be ‘doubts’ or ‘suspensions’ in the mind of some person, which, in turn would require identifying the person in whose mind those doubts must exist. Possible candidates for this role would include the challenging party, both parties, the reviewing court, or some other third party” (G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 1913).

⁴⁵ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, disponibile all'indirizzo https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf

⁴⁶ *Ivi*, p. 48.

⁴⁷ La cui decisione sulla concessione di una cauzione per le spese di giudizio, del 2012, è riprodotta in P. PINSOLLE, *Third Party Funding and Security for Costs*, cit.

⁴⁸ *Ivi*, par. 35.

⁴⁹ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, cit.

⁵⁰ *King & Spalding LLP v. Waguih Elie George Siag, Mona Elie George Siag, Rami Elie George Siag, Touristic Investment & Hotels Management (SIAG) S.A.E., and SIAG-TABA Co.*, cit.

⁵¹ *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/07/13; v. *Juridica Investment Limited v. S&T Oil Equipment and Machinery LTD and Valerian Simirica*, LCIA Case No. 101772; *S&T Oil Equipment & Machinery, Ltd, et al. v. Juridica Investments Limited, et al.*, 456 Fed. Appx. 481, 2012 WL (5 Jan. 2012).

generalmente che i potenziali arbitri abbiano un dovere di indagare attivamente sulle circostanze che potrebbero minarne la capacità di giudizio⁵².

Ad ogni modo, il problema dell'incidenza degli accordi di finanziamento sull'imparzialità e indipendenza degli arbitri non va, a nostro avviso, sovrastimato: come si è già avuto modo di osservare nel precedente Capitolo⁵³, l'enorme e recente crescita del mercato del finanziamento ha fatto sì che esso sia composto prevalentemente da soggetti che svolgono tale attività professionalmente, affidabili e altamente solvibili. Ciò sembra tanto più vero quanto maggiore è il valore delle controversie finanziate; per controversie di elevato valore, infatti, è altamente probabile che il rischio di esito sfavorevole sia assunto da un finanziatore avente tali caratteristiche. Un simile finanziatore è, in effetti, un soggetto verosimilmente dotato di meccanismi di distribuzione del rischio connesso ai propri investimenti tali per cui esso non ha un interesse reale ad interferire con il regolare svolgimento del procedimento. Al contrario, l'investimento di un finanziatore nella controversia è profittevole soltanto laddove la parte finanziata non soltanto risulti vittoriosa, ma riesca anche ad ottenere l'esecuzione del lodo reso in suo favore; così, sembra possibile supporre che i finanziatori non abbiano affatto interesse a minare volontariamente la regolarità di un procedimento arbitrale con comportamenti che potrebbero in ultima analisi costituire un ostacolo a questa esecuzione.

In ultima analisi, sembra evidente che l'esistenza di un soggetto estraneo al procedimento arbitrale ma che allo stesso tempo ha un interesse nell'esito dello stesso nonché la capacità di esercitare una forma di controllo sulla sua conduzione possa incidere sull'indipendenza e l'imparzialità dei membri del collegio arbitrale e, di conseguenza, sulla costituzione di questo; si tratta quindi senza dubbio di una figura della quale non può non tenersi conto ai fini della valutazione della sussistenza dei requisiti di cui devono godere gli arbitri per poter decidere di una controversia. L'impatto concreto di questa incidenza, come appena detto, non deve però essere sopravvalutato, dato l'enorme interesse degli stessi finanziatori ad una conclusione del procedimento e ad una esecuzione del lodo quanto più possibile celeri e prive di ostacoli. Ciò nonostante, la necessità che del TPF si tenga conto nella valutazione dell'imparzialità e indipendenza del tribunale fa sì che la sua esistenza debba essere resa nota. L'idea che la non divulgazione dell'accordo di finanziamento prevenga possibili conflitti di interessi non può infatti condividersi; se non altro, il rischio che esso venga alla luce in fasi avanzate del procedimento non può mai essere del tutto neutralizzato, di talché una sua *disclosure*

⁵² V. G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 2051 ss. Si veda anche il *General Standard* 7 delle linee guida IBA sui conflitti di interessi nell'arbitrato internazionale, cit. La SCC, nel documento *SCC Policy: Disclosure of Third Parties with an Interest in the Outcome of the Dispute*, cit., ha sottolineato come senza una *disclosure* l'assolvimento di questo dovere sarebbe particolarmente difficile data la segretezza che tipicamente avvolge gli accordi di finanziamento: "Prospective and appointed arbitrators generally cannot identify, through usual due diligence, third parties with a significant interest in the outcome of dispute. Absent corrective measures, an arbitrator may be appointed who unwittingly has a relationship that would be considered a conflict of interest. This puts at risk the neutrality of the arbitral proceedings and gives rise to the possibility of eventual annulment of the award" (par. 4).

⁵³ V. Capitolo II, Sezione 4.

preventiva sarebbe in grado di “insulate potential challenges to awards based on later-discovered arbitrator conflicts”⁵⁴. Non a caso, la stragrande maggioranza delle istituzioni arbitrali ha ormai adottato norme specifiche sulla *disclosure* degli accordi di TPF. Di queste norme e delle modalità concrete con le quali la *disclosure* deve essere effettuata si avrà modo di discutere più diffusamente nella seconda parte del Capitolo⁵⁵.

3. L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SULLA CONCESSIONE DI UNA CAUZIONE PER LE SPESE DI GIUDIZIO

3.1. *Le ragioni del dibattito: la tensione tra il diritto di accesso alla giustizia della parte finanziata e il diritto al recupero delle spese di giudizio della controparte*

Come già ricordato, la cauzione per le spese di giudizio (*security for costs*) è quella decisione attraverso la quale viene imposto ad una parte di prestare garanzia del pagamento delle spese processuali in favore della parte avversa, laddove vi sia il fondato timore che una eventuale condanna al pagamento delle spese possa rimanere ineseguita. Si tratta, quindi, di una misura cautelare, le condizioni per concedere la quale sono da sempre oggetto di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

In primo luogo, infatti, vi è stato chi ha dubitato, in passato, della stessa esistenza del potere degli arbitri di ordinare il deposito di una *security for costs*, quando non espressamente previsto dalle pertinenti regole arbitrali⁵⁶; si tratta, tuttavia, di una tesi minoritaria, essendo tale potere tipicamente considerato una specificazione della più generale facoltà del tribunale arbitrale di concedere misure cautelari⁵⁷. Ad ogni modo, pochissime sono le occasioni nelle quali tale specifica misura cautelare è stata effettivamente concessa, tanto nell'ambito dell'arbitrato commerciale⁵⁸ quanto in quello dell'arbitrato in materia di investimenti. Quanto a quest'ultimo, basti pensare che fino

⁵⁴ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 86, nota 173. V. *supra*, nota 33.

⁵⁵ V. *infra*, Sezione 5.

⁵⁶ V. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order No. 2, 28 ottobre 1999.

⁵⁷ *RSM Production Corporation and others v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 ottobre 2010, par. 5.2 ss.; *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, Decision on El Salvador's Application for Security for Costs, 20 settembre 2012, par. 39 ss.; *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, cit., Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, cit., parr. 46-48; *South American Silver v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, Procedural Order No. 10, 11 gennaio 2016, par. 48 ss.; *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, cit., Procedural Order No. 3, cit., par. 31 ss.

⁵⁸ “[O]utside of English and some Commonwealth jurisdictions, arbitral tribunals have generally been hesitant to make security for costs orders. As noted above, tribunals not infrequently conclude that the burden imposed by a security for costs order on a party may interfere unduly with its opportunity to be heard, particularly in instances where the party lacks the financial means to both post the required security, and fund presentation of its own case. Alternatively, tribunals may conclude, where the facts justify it, that the party seeking security is, at least in part, responsible for its counter-party's financial condition and is therefore not entitled to protection against that condition” (G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 2680).

all'entrata in vigore delle nuove regole arbitrali ICSID il 1° luglio 2022 non vi era alcuna previsione che regolamentasse espressamente la *security for costs*, al punto da aver portato alcuna giurisprudenza a sostenere che

“[e]xpectations of success or failure in an arbitration or judicial case are conjectures. Until this Arbitral Tribunal hands down an award, no one can state with any certainty what its outcome will be. The meritoriousness of the Claimant's case will be decided by the Tribunal based on the law and the evidence presented to it [...]. It would be improper for the Tribunal to pre-judge the Claimant's case by recommending [security for costs]”⁵⁹.

Sebbene la maggioranza dei tribunali arbitrali considerasse il potere di ordinare il pagamento di una cauzione per le spese di giudizio una logica conseguenza delle norme regolanti in generale le misure cautelari (Art. 47 della Convenzione ICSID e Art. 39 delle regole arbitrali)⁶⁰, tale era l'incertezza che il primo caso nel quale il pagamento di una cauzione è stato effettivamente disposto risale soltanto al 2014⁶¹; l'ICSID ha quindi ritenuto opportuno intervenire introducendo, con il nuovo regolamento, una previsione specifica (Art. 53)⁶².

Il riconoscimento pressoché unanime dell'esistenza del potere di disporre la cauzione non ha tuttavia sopito il dibattito sulla stessa, giacché non vi è, allo stato, alcun accordo rispetto alle condizioni che devono ricorrere affinché essa possa essere concessa. Innanzitutto, è necessario tenere a mente che le condizioni la cui sussistenza deve essere accertata al fine della concessione di una cauzione per le spese di giudizio dipendono anche, in buona parte, dalla legge dello Stato della sede del procedimento e dalla legge (procedurale) a questo applicabile⁶³. Le condizioni generalmente richieste per la concessione di una qualunque misura cautelare sono il c.d. *fumus bonis iuris* e il c.d. *periculum in mora*. La prima condizione si riferisce alla necessità di valutare le probabilità di successo nel merito del soggetto richiedente; la seconda, invece, si riferisce alla valutazione del pericolo al quale il diritto che mediante la misura cautelare si intende tutelare è esposto, così che sia necessario dimostrare che, laddove il provvedimento cautelare richiesto non venisse concesso, il richiedente ne sarebbe pregiudicato, poiché la

⁵⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, cit., par. 20-21. Sul punto si veda anche D. PAUCIULO, *Provisional Measures in ICSID Arbitration Proceedings: Between the Current Legal Framework and the Proposed Reform*, in F. M. PALOMBINO, R. VIRZO e G. ZARRA (a cura di), “Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals”, L’Aja, Springer, 2021, p. 319 ss., in particolare p. 345 ss.

⁶⁰ Si vedano, tra i casi di cui *supra*, nota 57, quelli amministrati dall’ICSID.

⁶¹ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, cit.

⁶² “Upon request of a party, the Tribunal may order any party asserting a claim or counterclaim to provide security for costs” (par. 1). La norma, inoltre, fissa la procedura da seguire nella richiesta e nell’adozione della decisione (par. 2), nonché gli elementi che un tribunale arbitrale deve considerare ai fini della sua concessione (par. 3).

⁶³ Basti pensare che non tutti gli ordinamenti ammettono il potere degli arbitri di concedere misure cautelari. Un esempio di ciò è proprio l’Italia: l’attuale Art. 818 c.p.c. prevede che “[g]li arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge”.

tutela del diritto non può attendere la decisione di merito⁶⁴. Tuttavia, l'analisi di questi requisiti nel contesto di una richiesta di cauzione per le spese di giudizio appare particolarmente complessa. Ad esempio, è stato da alcuni suggerito che il *fumus boni iuris* non debba essere valutato⁶⁵, anche perché l'allocazione dei costi al termine di un procedimento non viene necessariamente fatta seguendo il criterio di soccombenza; sarebbe quindi inutile e finanche inopportuno valutare preliminarmente il merito della controversia, potendo i costi essere recuperati anche da un soggetto soccombente⁶⁶. In aggiunta, la cauzione per le spese di giudizio è stata spesso considerata dai tribunali arbitrali una misura cautelare particolarmente gravosa, la cui imposizione deve essere giustificata da circostanze del tutto eccezionali, non essendo a ciò sufficiente la mera indisponibilità delle risorse necessarie, da parte del soggetto nei cui confronti la cauzione viene richiesta, a soddisfare una successiva condanna al pagamento delle spese processuali. Così, i tribunali arbitrali hanno spesso preteso che il soggetto richiedente la cauzione dimostrasse la presenza di condizioni ulteriori, quali l'esistenza di "exceptional circumstances"⁶⁷, o che la precarietà delle condizioni economiche della controparte non fosse prevedibile ma costituisse un "material and unforeseeable change of circumstances"⁶⁸, o che la parte nei confronti della quale si chiedeva l'imposizione della misura avesse agito in cattiva fede per occultare beni grazie ai quali adempiere all'obbligo⁶⁹; ancora, è stato talvolta considerato rilevante il fatto che la parte colpita dalla

⁶⁴ Si vedano, in generale: G. LE FLOCH, *Requirements for the Issuance of Provisional Measures*, in F. M. PALOMBINO, R. VIRZO e G. ZARRA (a cura di), "Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals", cit., p. 19 ss.; G. ZARRA, *The Functions of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: Between Efficacy and Innovation*, in F. M. PALOMBINO, R. VIRZO e G. ZARRA (a cura di), "Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals", cit., p. 279 ss.; D. PAUCIULO, *Provisional Measures in ICSID Arbitration Proceedings: Between the Current Legal Framework and the Proposed Reform*, cit.

⁶⁵ Si veda, ad esempio, P. A. KARRER e M. DESAUX, *Security for Costs in International Arbitration. Why, When, and What If*, in R. BRINER, Y. FORTIER, K. P. BERGER e J. BREDOW (a cura di), "Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel", Köln, Carl Heynmanns Verlag, 2001, p. 339 ss., in particolare p. 345: "Is *fumus boni iuris* required which would mean in our case that the claim (or the counter-claim) would have to appear *prima facie* unjustified? We do not believe that this is a practical requirement".

⁶⁶ Sull'allocazione dei costi si veda *infra*, Sezione 4.

⁶⁷ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, cit., Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, cit., par. 75; *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14, Procedural Order No. 3 Decision on the Parties' Request for Provisional Measures, 23 giugno 2015, par. 121; V. anche *RSM Production Corporation and others v. Grenada*, cit., par. 5.17: "It is beyond doubt that a recommendation of provisional measures is an extraordinary remedy which ought not to be granted lightly".

⁶⁸ V. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 168.

⁶⁹ *The Estate of Julio Miguel Orlandini-Agreda and Compañía Minera Orlandini Ltda. v. Bolivia*, PCA Case No. 2018-39, Decision on the Respondent's Application for Termination, Trifurcation and Security for Costs, 9 luglio 2019, par. 143: "That, however, does not mean that a tribunal would be precluded from ordering security for costs at an early stage of the proceedings if such an order is compelled by other factors. The Tribunal believes that such factors would include: (i) a claimant's track record of non-payment of cost awards in prior proceedings; (ii) a claimant's improper behavior in the proceedings at issue, such as conduct that interferes with the efficient and orderly conduct of the proceedings; (iii) evidence of a claimant moving or hiding assets to avoid any potential exposure to a cost award; or (iv) other evidence of a claimant's bad faith or improper behavior".

misura avesse in precedenza già mancato di ottemperare a decisioni di condanna al pagamento delle spese⁷⁰.

L'identificazione del test corretto per la concessione di una cauzione delle spese di giudizio eccede gli scopi del presente lavoro; e tuttavia, è evidente che condizione a ciò necessaria, *sebbene non sufficiente*, sia la non adeguatezza delle risorse economiche della parte alla quale la misura dovrebbe essere imposta a soddisfare una eventuale condanna al pagamento delle spese di giudizio. È quindi facilmente intuibile la ragione per la quale ci si è chiesti se l'esistenza di un accordo di finanziamento di una parte del procedimento sia un elemento in grado di far propendere il tribunale verso la concessione della misura in favore della parte non finanziata⁷¹: il ricorso al TPF, infatti, potrebbe essere considerato quale indice della insolvibilità della parte che del finanziamento beneficia. Non è un caso, infatti, che nella prima ipotesi di concessione di *security for costs* nel corso di un procedimento ICSID, la parte destinataria dell'ordine di prestare la cauzione fosse assistita da un finanziatore⁷².

Ad ogni modo, come dottrina e giurisprudenza non hanno mancato di rilevare, è necessario evitare che l'attribuzione di un peso decisivo alla presenza di un accordo di

⁷⁰ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, cit., Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, cit., in particolare parr. 82, 86 e 88.

⁷¹ Tutti i principali lavori sul TPF contengono, infatti, una sezione specifica dedicata al suo impatto sulla concessione di cauzione per le spese di giudizio. Si vedano, ad esempio: il Capitolo 9 di J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 333 ss.; il Capitolo 6 di INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 145 ss.; Si vedano anche, sul tema, P. PINOLLE, *Third Party Funding and Security for Costs*, in "Cahiers de l'arbitrage", 2013, p. 399 ss.; W. KIRTLEY e K. WIETRZYKOWSKI, *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Imppecunious Claimant is Relying upon Third-Party Funding?*, in "Journal of International Arbitration", 2013, p. 17 ss.; E. ZULETA JARAMILLO, *Security for Costs: Authority of the Tribunal and Third-Party Funding*, in M. KINNEAR, G. R. FISHER, J. MINGUEZ ALMEIDA, L. F. TORRES e M. URAN BIDEgain (a cura di), "Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, p. 567 ss.; N. DARWAZEH e A. LELEU, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, in "Journal of International Arbitration", 2016, p. 125 ss.; S. ANUKARAN, *Security for Costs in International Arbitration: Mandate, Exercise of Mandate, Standards and Third Party Funding*, in "Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management", 2018, p. 77 ss.; A. M. STEINGRUBER, *Security for Costs and Third-Party Funding – An Analysis of Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, Procedural Order No. 3 (Decision on Respondent's Request for Provisional Measures)*, in "Transnational Dispute Management", 5/2018; J. FELLAS, *Third-Party Funding: The Award of Costs and Security for Costs*, in T. SHERLING, F. FORTESE e C. BALTAG (a cura di), "Finances in International Arbitration: Liber Amirocum Patricia Shaughnessy", cit., p. 107 ss.; S. BACHMANN, *The Impact of Third-Party Funding on Security for Costs Requests In International Arbitration Proceedings in Switzerland. Why and How Third-Party Funding Should be Considered Under the Swiss Lex Arbitri*, in "ASA Bulletin", 2020, p. 842 ss.; S. RAMESH, *Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs orders, and Regulation*, in "Arbitration International", cit.; X. SHAO, *Disrupt the Gambler's Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third-Party Funding*, cit.; C. L. BEHARRY, *Herzig v Turkmenistan Request for Security for Costs in ICSID Arbitrations Involving Third-Party Funded Insolvent Claimants*, in "ICSID Review – Foreign Investment Law Journal", 2021, p. 14 ss.; J. A. RUEDA-GARCÍA, *Third-Party Funding and Access to Justice in Investment Arbitration: Security for Costs as a Provisional Measure or a Standalone Procedural Category in the Newest Developments in International Investment Law*, in K. FACH GÓMEZ (a cura di), "Private Actors in International Investment Law", European Yearbook of International Economic Law, Springer, 2021, p. 103 ss.

⁷² *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, cit.

finanziamento nella decisione sulla concessione della misura cautelare in discorso finisca per incidere negativamente sulla efficienza complessiva dell'arbitrato quale meccanismo di risoluzione delle controversie: in primo luogo, infatti, un più frequente ed eccessivo ricorso alla *security for costs* rischierebbe di allungare i tempi medi dei procedimenti e, in definitiva, i costi degli stessi; in secondo luogo, e ciò che è più importante, esso potrebbe andare a detrimento del diritto di accesso alla giustizia della parte finanziata, ostacolando indebitamente la stessa nella proposizione di una domanda meritoria⁷³.

Vengono quindi a contrapporsi due opposti interessi: da un lato, il diritto della parte non finanziata al recupero delle spese processuali in caso di vittoria; dall'altro lato, la necessità di non impedire, con la cauzione, che un ricorrente insolvente possa avere accesso alla giustizia arbitrale. Particolarmente esemplificativo della tensione tra queste due opposte esigenze è il recente caso *ICSID Herzig v. Turkmenistan*⁷⁴. Nello stesso, il Tribunale arbitrale ha ordinato all'investitore ricorrente di prestare la cauzione, essendo altamente probabile, se non certo, che questi non avesse i mezzi per ottemperare ad una eventuale condanna al pagamento delle spese in caso di soccombenza, dato il suo stato di bancarotta⁷⁵. In attesa del pagamento, il procedimento è stato quindi sospeso. Successivamente, però, lo stesso Tribunale ha deciso di rescindere l'ordine, in quanto, nonostante gli sforzi dell'investitore, questi non era stato in grado di ottenere i mezzi per depositare la cauzione; il Tribunale ha quindi ritenuto che il diritto del ricorrente di presentare allo stesso le proprie doglianze sarebbe stato irrimediabilmente compromesso laddove si fosse insistito nel condizionare la prosecuzione del giudizio al deposito della garanzia⁷⁶. Ne è derivata una situazione per certi versi paradossale, nella quale l'assoluta certezza dell'assenza di mezzi del ricorrente – e la conseguente certezza che, in caso di vittoria del convenuto, questi non avrebbe potuto recuperare le spese di giudizio – è stata assunta a motivo della *inopportunità* della concessione della *security for costs*.

A ciò si aggiunga che la tensione tra le due contrapposte esigenze di cui sopra appare particolarmente forte nel contesto dell'arbitrato in materia di investimenti, dal momento che spesso – come è avvenuto anche nello stesso caso *Herzig*⁷⁷ – gli investitori lamentano che la situazione di insolvibilità sia determinata proprio dalla condotta dello Stato ospite convenuto, al quale sarebbe quindi precluso di beneficiare di un proprio illecito causando l'estinzione del procedimento per mancato pagamento della cauzione⁷⁸.

⁷³ V. *supra*, nota 71.

⁷⁴ *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/18/35.

⁷⁵ *Ivi*, Decision on Security for Costs, 27 gennaio 2020.

⁷⁶ La decisione non è allo stato pubblica. Si veda L. BOHMER, *Majority in Unionmatex v. Turkmenistan Agrees to Rescind Security for Costs Order*, Investment Arbitration Reporter, 26 giugno 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.iareporter.com/articles/majority-in-unionmatex-v-turkmenistan-agrees-to-rescind-security-for-costs-order/>.

⁷⁷ *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan*, cit., par. 66.

⁷⁸ V. anche, ad esempio, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, cit., par. 118; *South American Silver v. Bolivia*, cit., par. 31.

Una corretta analisi della questione dell'incidenza del TPF sulla concessione della *security for costs* deve quindi tener conto di tutte le menzionate esigenze. Come già detto, l'identificazione del test corretto per la concessione della cauzione eccede gli scopi del presente lavoro, ma è chiaro che esso non può mai prescindere dall'accertamento dell'incapacità del ricorrente di ottemperare ad una condanna al pagamento delle spese. La domanda alla quale dottrina e giurisprudenza hanno tentato di rispondere è, quindi, la seguente: può il sol fatto di beneficiare di un finanziamento da parte di un terzo essere considerato di per sé un sufficiente indice di insolvibilità, tale da garantire l'automatica concessione della cauzione o, quantomeno, determinare l'inversione dell'onere della prova in capo alla parte finanziata rispetto alla non necessità della cauzione stessa?

3.2. ...Segue: la soluzione offerta dalla giurisprudenza arbitrale

La risposta alla domanda di cui sopra può a prima vista apparire semplice, ed è negativa. I dati disponibili sul ricorso al TPF indicano infatti che esso è di frequente utilizzato anche da soggetti in perfetta salute economica, al solo fine di gestire i flussi di liquidità o di condividere il rischio o per le più disparate esigenze commerciali⁷⁹; e tuttavia, come notato da un tribunale arbitrale,

“la existencia de financiamiento por terceros no constituye *per se* prueba de la insolvencia de aquellos que recurren a dicho financiamiento. Ello porque [...] los motivos por los cuales se recurre a financiamiento por terceros pueden ser muy variados, incluyendo simples decisiones comerciales, mayor distribución de riesgos, razones de flujo de caja y otro tipo de motivos que nada tienen que ver con la insolvencia. Pero, naturalmente, dentro de ese abanico de opciones la insolvencia o dificultades financieras son indudablemente algunos de los posibles (y frecuentes) motivos para acudir a financiamiento por terceros”⁸⁰ (corsivo aggiunto).

In effetti, sono rintracciabili nella prassi dei casi nei quali l'esistenza di un accordo di finanziamento è apparsa determinante ai fini della concessione della *security for costs*.

Nel caso amministrato dalla ICC X v. Y and Z, ad esempio, il Tribunale arbitrale, nella propria decisione dell'agosto 2012⁸¹, ha dovuto pronunciarsi su di una domanda di cauzione per le spese di giudizio presentata contro un ricorrente avvalso di un accordo di TPF; il caso appare peculiare in quanto, come si è già detto, i termini dell'accordo di finanziamento erano noti al convenuto per essere stato l'intero accordo trasmesso allo stesso per un errore dei difensori di parte finanziata⁸². Esso prevedeva, in particolare, che

⁷⁹ “[T]he assumption that a funded party is impecunious miscomprehends the current state of third-party funding. Most of the funders, including in the Task Force, suggest and arbitration practitioners confirm that third-party funding is increasingly used by large, solvent companies that simply wish to share risk and maintain liquidity” (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 180).

⁸⁰ *Manuel García Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2016-08, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada, par. 243.

⁸¹ Riprodotta in P. PINSOLLE, *Third Party Funding and Security for Costs*, cit.

⁸² *Ivi*, par. 35.

il finanziatore non fosse obbligato al pagamento delle spese processuali di controparte; in aggiunta, esso consentiva al finanziatore di recedere unilateralmente dal contratto nell'ipotesi in cui questi avesse ritenuto che le possibilità di successo della parte finanziata si fossero “materially deteriorated”⁸³. Il Tribunale ha voluto precisare che il finanziamento, di per sé, non costituisce necessariamente una circostanza tale da giustificare la concessione della misura cautelare, e che nel caso di specie le condizioni economiche dell'attore erano note al convenuto⁸⁴. Ad ogni modo, il Tribunale ha altresì ritenuto che il caso dinanzi ad esso fosse del tutto peculiare:

“The Arbitral Tribunal takes into consideration the fact that the [Funding] Agreement rules out any payment of costs awarded to the Respondents and that [the Funder] is effectively empowered to terminate the Agreement at any time, entirely at its discretion. [...] The Arbitral Tribunal [...] concludes that in this case the [Funding] Agreement changed the circumstances in such a fundamental manner that security for costs is justified”⁸⁵.

Nel caso *García Armas v. Venezuela*, amministrato dalla PCA, il Tribunale ha notato che, sebbene il TPF non sia utilizzato soltanto per far fronte alla propria carenza di mezzi economici per agire in arbitrato, l'insolubilità è sicuramente uno dei motivi possibili (e frequenti) per i quali ci si può avvalere del finanziamento⁸⁶. Per tale motivo, ha ritenuto che fosse onere del ricorrente provare di essere effettivamente solvibile e di fornire una giustificazione alternativa per il ricorso al TPF⁸⁷. Non avendo il ricorrente assolto a tale onere, il Tribunale ha quindi imposto allo stesso il pagamento della cauzione.

Supporto per un simile approccio è stato poi espresso nell'opinione concorrente di uno degli arbitri nel caso *RSM v. Saint Lucia* nel quale, come si è detto, la cauzione era stata effettivamente imposta dal Tribunale. L'arbitro Gavan Griffith, nella propria opinione concorrente, ha ritenuto che non solo questa fosse la soluzione corretta, ma che, più in generale, “once it appears that there is third party funding of an investor's claims, the onus is cast on the claimant to disclose all relevant factors and to make a case why security for costs orders should not be made”⁸⁸.

Nella maggior parte dei casi nei quali i collegi arbitrali si sono dovuti confrontare con la questione del ruolo del finanziamento nella decisione di concessione della cauzione, tuttavia, è prevalso l'orientamento secondo il quale il TPF non è di per sé determinante; esso può essere, al più, uno degli elementi fattuali grazie ai quali ricostruire la situazione finanziaria della parte che verrebbe, in ipotesi, ad essere colpita dalla misura.

⁸³ *Ivi*, par. 38.

⁸⁴ *Ivi*, par. 34: “[I]n and by itself, the existence of third party funding would [not] necessarily constitute a fundamental change of circumstances. [...] The Respondents agreed to have a counterparty with few or no assets against which to enforce an award [...]”.

⁸⁵ *Ivi*, parr. 43-44.

⁸⁶ *Manuel García Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, cit., v. *supra*, nota 80.

⁸⁷ *Ivi*, par. 244 ss.

⁸⁸ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, cit., Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, cit., Assenting Reasons of Gavan Griffith, par. 18.

Nel caso *Eurogas v. Slovakia*⁸⁹, ad esempio, il Tribunale ha rigettato la richiesta di concessione della cauzione avanzata dalla Slovacchia semplicemente rilevando che “financial difficulties and third party-funding – which has become a common practice – do not necessarily constitute *per se* exceptional circumstances justifying that the Respondent be granted an order of security for costs”⁹⁰. La medesima conclusione è stata raggiunta nel caso *South American Silver v. Bolivia*⁹¹. Nel già citato caso *Herzig v. Turkmenistan*, l’elemento determinante che ha spinto il Tribunale a concedere inizialmente la misura cautelare è stato la situazione di estrema difficoltà economica nella quale versava il ricorrente, essendo l’accordo di TPF a beneficio dello stesso un fattore del quale il Tribunale ha tenuto conto esclusivamente per sottolineare che “*beyond impecunity and third-party funding – the explicit non-liability of the third-party funder for a costs award adverse to its funded party [...] presents a more extreme situation*” (corsivo aggiunto)⁹².

Ancora, nel caso *Guaracachi and Rurelec v. Bolivia*⁹³, il Tribunale ha ritenuto che il convenuto non avesse dimostrato l’esistenza di un nesso tra l’esistenza dell’accordo di TPF e la futura impossibilità, per la parte finanziata, di ottemperare ad una eventuale condanna al pagamento delle spese⁹⁴.

Nel recente caso *Muhammet Cap v. Turkmenistan*, il Tribunale si è detto “sympathetic to Respondent’s concern that if it is successful in this arbitration and a costs order is made in its favour, Claimants will be unable to meet these costs and the third-party funder will have disappeared as it is not a party to this arbitration”⁹⁵. Eppure, a tale affermazione – fatta nel contesto di una mera istanza, avanzata dallo Stato convenuto, per l’ottenimento della *disclosure* dell’accordo di finanziamento – non ha fatto seguito l’accoglimento della richiesta di cauzione⁹⁶.

Nello stesso caso *RSM v. Saint Lucia*, il Tribunale, nel concedere la cauzione, ha osservato che senza la stessa “it is doubtful whether the third party will assume responsibility for honoring such an award” e che sarebbe stato “unjustified to burden Respondent with the risk emanating from the uncertainty as to whether or not the unknown third party will be willing to comply with a potential costs award in

⁸⁹ *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, cit.

⁹⁰ *Ivi*, par. 123.

⁹¹ *South American Silver v. Bolivia*, cit., par. 69 ss.

⁹² *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan*, cit., par. 57.

⁹³ *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Procedural Order No. 14, 11 marzo 2013.

⁹⁴ *Ivi*, par. 7: “The Respondent has not, however, been able to supply evidence to justify the extraordinary measure that it requests. As a factual matter, the Respondent has not shown a sufficient causal link such that the Tribunal can infer from the mere existence of third party funding that the Claimants will not be able to pay an eventual award of costs rendered against them, regardless of whether the funder is liable for costs or not”.

⁹⁵ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, cit., Procedural Order No. 3, 12 giugno 2015, par. 12.

⁹⁶ *Ivi*, Procedural Order No. 6, 9 febbraio 2016. Tali decisioni non sono pubbliche; ad ogni modo, ciò è riportato nel lodo del maggio 2021, v. par. 81.

respondent's favor"⁹⁷. Tuttavia, nonostante tale posizione, risulta in maniera evidente dalla decisione come l'elemento determinante in favore della concessione della *security* sia stato l'ammissione da parte del ricorrente del proprio stato di insolvenza, accompagnato da una lunga storia di mancata ottemperanza alle decisioni sui costi in altri procedimenti⁹⁸.

3.3. Il finanziamento come mero elemento fattuale del quale tenere conto nella decisione sulla concessione della cauzione

L'approccio dei tribunali arbitrali in forza del quale il finanziamento non è, autonomamente considerato, un elemento sufficiente a determinare la concessione di una cauzione per le spese di giudizio o quantomeno una inversione dell'onere della prova in capo al soggetto finanziato è stato, come si è detto, da più parti criticato. Nella già citata opinione concorrente di Gavan Griffith nel caso *RSM v. Saint Lucia*, l'arbitro ha ritenuto che i finanziatori dovrebbero avere la stessa esposizione al rischio derivante dall'esito della controversia dei ricorrenti nominali, a meno che circostanze eccezionali non impongano una conclusione diversa; tali circostanze sarebbero, ad esempio, la prova fornita dalla parte finanziata della propria autonoma capacità di ottemperare ad una decisione sui costi⁹⁹.

Una simile posizione ha trovato poi il supporto di parte della dottrina, la quale ritiene che il TPF accresca il rischio di non esecuzione delle decisioni sui costi, permettendo al contempo la presentazione di liti temerarie¹⁰⁰.

Ebbene, tali affermazioni appaiono in realtà il frutto di un aprioristico scetticismo nei confronti del fenomeno del finanziamento più che di evidenze concrete. In primo luogo, infatti, non ci sembra che i dati disponibili sul ricorso al finanziamento consentano di

⁹⁷ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, cit., Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, cit., par. 83.

⁹⁸ *Ivi*, in particolare parr. 82, 86 e 88.

⁹⁹ *Ivi*, Assenting Reasons of Gavan Griffith, par. 16.

¹⁰⁰ X. SHAO, *Disrupt the Gambler's Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third-Party Funding*, cit., p. 428; N. DARWAZEH e A. LELEU, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, cit., in particolare p. 128 ss. V. anche S. ANUKARAN, *Security for Costs in International Arbitration: Mandate, Exercise of Mandate, Standards and Third Party Funding*, cit., p. 87, secondo il quale "[s]ecurity for costs is more likely to be awarded where the claimant's arbitration fees and expenses are being covered by a related entity or individual, including a parent company, who stands to gain if the claimant wins, but would not be liable to meet any award of costs that might be made against the claimant if it lost. This scenario has been called 'arbitral hit and run', and is a compelling ground for granting security for costs. Importantly, litigation funders are likely to be a barrier to unmeritorious claims as they will consider all funding decisions on a careful cost/benefit basis, thus indirectly helping parties evaluate claims. In *X SA v AB*, it was held that the claimant was designed as mere procedural vehicle to collect money if the case was won and stifle the respondent's costs claim if the case was lost. This situation constitutes compelling grounds for ordering security. Therefore, where a party appears to lack assets to satisfy a final costs award, but is pursuing claims in arbitration with the funding of a third party, then a strong prima facie case for security for costs exists". Tale considerazione, ad ogni modo, sembra in contraddizione con quanto affermato dallo stesso autore a p. 86, vale a dire che "[t]he mere fact that a Claimant has entered into a litigation funding agreement should not automatically lead to security payments because this fact is insufficient to deduce that the funded party will not be able to pay an adverse costs award".

dedurre che questo accresca il numero di liti temerarie; al contrario, i finanziatori, generalmente, prima di investire effettivamente nell'esito di una controversia, ne valutano attentamente – attraverso lo svolgimento di una approfondita *due diligence* – le probabilità di successo, non avendo alcun interesse concreto ad investire in un *claim* destinato al fallimento¹⁰¹. Neppure ci sembra possa dirsi che il sol fatto della presenza di un finanziatore aumenti automaticamente il rischio di non ottemperanza alle decisioni sui costi. Laddove il finanziatore assuma l'obbligo di pagamento di tali costi, infatti, il rischio appare pressoché neutralizzato; laddove un simile obbligo non sia invece assunto dal finanziatore, la posizione della parte finanziata appare identica, sul punto, a quella di un qualsiasi altro soggetto non finanziato. A ben vedere, infatti, il finanziamento non incide sul tasso di esecuzione delle decisioni sui costi, se non nella misura in cui *amplia la platea di soggetti in grado di accedere alla giustizia arbitrale, consentendo a coloro che non abbiano i mezzi per farlo di ricorrere in arbitrato*. Assumere in maniera aprioristica che tali soggetti debbano automaticamente prestare *security for costs* – o che questi soggetti, al contrario di quelli non finanziati, abbiano l'onere di provare la non necessità della cauzione – significherebbe in ultima analisi imporre un ostacolo al diritto di questi di accesso alla giustizia.

Ciò, ben lungi dal riequilibrare la posizione delle parti, finirebbe in realtà per avvantaggiare significativamente il convenuto nel caso in cui il ricorrente sia finanziato da un terzo. Anche a voler supporre, infatti, che l'esistenza di un accordo di TPF sia di per sé indice della insolvibilità del soggetto finanziato, si è già avuto modo di notare che la giurisprudenza arbitrale ha per lo più ritenuto che l'insolvibilità *non è condizione di per sé sufficiente a determinare l'imposizione della cauzione per le spese di giudizio*. L'incapacità della parte di soddisfare una eventuale decisione sui costi ad essa sfavorevole, infatti, deve essere accompagnata da ulteriori "exceptional circumstances", ad esempio il fatto che tali condizioni economiche non fossero prevedibili o che la parte insolvente si fosse resa tale occultando i beni grazie ai quali soddisfare l'obbligo o, ancora, la precedente inottemperanza ad altre decisioni di condanna al pagamento delle spese¹⁰². Ne deriverebbe che, rendendo il finanziamento un elemento dirimente nella decisione sulla cauzione, si otterrebbe un significativo abbassamento della soglia per la concessione della misura nelle ipotesi in cui la parte colpita da questa sia finanziata da un terzo; ciò risulterebbe, in definitiva, nella imposizione ai soggetti finanziati di un ostacolo ulteriore in accesso alla giustizia arbitrale.

A ciò si aggiunga che la creazione di una sorta di automatismo che colleghi l'esistenza del TPF alla concessione della *security* determinerebbe verosimilmente un aumento del

¹⁰¹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 25; L. BENCH NIEUWVELD e V. SHANNON SAHANI, "Third-Party Funding in International Arbitration", cit., p. 21 ss.; J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 92 ss.

¹⁰² V. *supra*, note 67, 68, 69, 70. V. anche: *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23 giugno 2008, parr. 56-60, in particolare par. 59; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 settembre 2001, par. 86.

numero di domande di cauzione presentate, con conseguenti allungamento dei procedimenti e incremento dei costi degli stessi. Tale preoccupazione è stata in effetti manifestata dalla stessa giurisprudenza arbitrale. Nelle parole del Tribunale nel caso *South American Silver v. Bolivia*, “[i]f the existence of these third-parties alone, without considering other factors, becomes determinative on granting or rejecting a request for security for costs, respondents could request and obtain the security on a systematic basis, increasing the risk of blocking potentially legitimate claims”¹⁰³.

Evidenza concreta di un simile rischio è il caso *Eskosol v. Italy*¹⁰⁴. Nello stesso, lo Stato convenuto aveva presentato richiesta di cauzione per le spese di giudizio adducendo tra le ragioni, *inter alia*, l’esistenza di un accordo di TPF in favore del ricorrente¹⁰⁵. La richiesta è stata rigettata dal Tribunale in considerazione del fatto che Eskosol, oltre a beneficiare di un accordo di finanziamento *non-recourse*, aveva stipulato una polizza ATE a copertura del rischio di risultare soccombente e dover pagare le spese di giudizio sostenute dalla parte avversa¹⁰⁶. La polizza, per giunta, risultava coprire le spese per un importo di gran lunga superiore a quello del valore della cauzione richiesta dall’Italia¹⁰⁷. Ebbene, il caso in esame è manifestazione plastica del rischio posto da una eccessiva apertura alla presentazione di richieste di *security for costs*: la sola presenza di un accordo di TPF ha infatti spinto lo Stato convenuto a richiedere la cauzione, allungando i tempi (e i costi) del procedimento, pur in circostanze nelle quali il rischio di mancato recupero delle spese in caso di soccombenza della parte finanziata appariva pressoché nullo, come riconosciuto dallo stesso Tribunale¹⁰⁸, data la conclusione della polizza ATE.

Con ciò non si intende dire che il finanziamento non abbia alcun peso nella decisione di concedere una cauzione per le spese di giudizio; si vuole piuttosto sostenere che il finanziamento sia *uno degli elementi fattuali* dei quali un Tribunale deve tener conto nel valutare la complessiva situazione economico-finanziaria del ricorrente¹⁰⁹. L’unica

¹⁰³ *South American Silver v. Bolivia*, cit., Procedural Order No. 10, cit., par. 77.

¹⁰⁴ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, Procedural Order No. 3, cit.

¹⁰⁵ *Ivi*, soprattutto parr. 17-18.

¹⁰⁶ *Ivi*, par. 37.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Questa, del resto, sembra essere anche l’opinione dominante in dottrina: J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., p. 333 ss. e, in particolare, p. 365 ss.; INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 145 ss.; W. KIRTLEY e K. WIETRZYKOWSKI, *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant is Relying upon Third-Party Funding?*, cit.; E. ZULETA JARAMILLO, *Security for Costs: Authority of the Tribunal and Third-Party Funding*, cit.; A. M. STEINGRUBER, *Security for Costs and Third-Party Funding – An Analysis of Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, Procedural Order No. 3 (Decision on Respondent’s Request for Provisional Measures), cit.; J. FELLAS, *Third-Party Funding: The Award of Costs and Security for Costs*, cit.; J. A. RUEDA-GARCÍA, *Third-Party Funding and Access to Justice in Investment Arbitration: Security for Costs as a Provisional Measure or a Standalone Procedural Category in the Newest Developments in International Investment Law*, cit. In questo senso ci sembra possa essere letta anche l’affermazione di G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., pp. 2680-2681, secondo la quale “[w]here a party appears to lack assets to satisfy a final costs award, but is pursuing claims in an arbitration with the funding of a third party, then a *prima facie* case for security for costs often exists” (corsivo aggiunto).

ipotesi nella quale il finanziamento appare dirimente nel senso della *non concessione* della cauzione è quella in cui risulti che il terzo ha effettivamente assunto l'obbligo di pagare le spese di parte non finanziata¹¹⁰.

Questo approccio, oltre a essere quello utilizzato dalla maggioranza della giurisprudenza arbitrale, appare confermato dai lavori di ammodernamento delle regole arbitrali ICSID. Come si è detto, infatti, nella nuova versione del regolamento è presente una norma specifica sulla *security for costs* (Art. 53).

Nella prima versione della disposizione proposta dal segretariato ICSID non vi era alcuna menzione del TPF; il segretariato sottolineava infatti come essa consentisse comunque ad un Tribunale di considerare l'esistenza di un finanziamento, nella misura in cui lo stesso "(i) reflects on the party's ability to comply with an adverse decision on costs; or (ii) is a circumstance relevant to assessing the appropriateness of the security"¹¹¹.

Da una analisi dei commenti presentati dagli Stati e da altri *stakeholders* rispetto alla proposta, può notarsi come pochi abbiano espresso la posizione secondo la quale la presenza di un accordo di TPF dovrebbe determinare la automatica concessione della cauzione¹¹². Di gran lunga più numerosi sono stati i commenti di coloro che hanno semplicemente proposto di esplicitare il fatto che il finanziamento sia tra le circostanze che il Tribunale può considerare¹¹³.

Anche a tale ultima proposta, del resto, il segretariato ICSID ha provato a lungo a resistere. Ancora nel *Working Paper # 2*, infatti, si notava che:

"WP # 2 does not implement the suggestion of many States to include an express reference to third-party funding. Including third-party funding among the listed factors [...] would suggest that third-party funding is relevant in every case. However, there appears to be a consensus among the comments received that third-party funding is not always relevant to a request for security for costs. Parties know of the existence of third-party funding from an early stage in accordance with the disclosure obligation [...], and can assess whether to raise this fact in the context of a request for security for costs. To the extent third-party funding is relevant to a party's ability to comply with an adverse cost award in a particular case, it would be considered [...]"¹¹⁴.

¹¹⁰ In questo senso anche J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 342: "Thus, where the funded party can show that adverse costs will be covered by a litigation funder or other third-party funder having adequate financial means, payment of security for costs is arguably not necessary".

¹¹¹ ICSID, *WP#1*, cit., p. 235, par. 530.

¹¹² Si vedano, in proposito: i commenti del CCPIT al *WP#1* (cit., pp. 346-347); i commenti di Colombia e Indonesia al *WP#2* (cit., rispettivamente alle pp. 133 e 135); i commenti di Cina e Indonesia al *WP#4* (cit., rispettivamente alle pp. 47 e 48).

¹¹³ Si vedano, ad esempio: i commenti di Australia, Canada, Costa Rica, Georgia, Messico, Panama e Somalia al *WP#1* (cit., pp. 334, 335, 337, 339, 340 e 342); i commenti di Australia, Canada, Cile, Costa Rica, Uruguay al *WP#2* (cit., pp. 132, 133 e 138).

¹¹⁴ ICSID, *WP#2*, cit., p. 235, par. 363.

Nel *Working Paper # 3*, la proposta è stata infine accolta. Il par. 4 dell'allora Art. 52 prevedeva infatti che il Tribunale potesse considerare un accordo di finanziamento nella decisione sulla concessione di una *security for costs*; tuttavia, la sola esistenza dell'accordo di finanziamento era espressamente considerata come non sufficiente, da sola, a giustificare l'imposizione della cauzione¹¹⁵.

Di tale ultima precisazione alcuni Stati hanno chiesto la rimozione¹¹⁶. Il suggerimento è stato infine accolto nel *Working Paper # 5*¹¹⁷; ciononostante, il segretariato ha chiarito che ciò non fosse il segno di un mutato atteggiamento rispetto al ruolo del TPF nell'assunzione di decisioni sulla *security* e che, in ogni caso, questo non è altro che una delle circostanze delle quali eventualmente tenere conto¹¹⁸.

La formulazione è stata mantenuta sostanzialmente inalterata fino all'adozione definitiva del regolamento; nell'ultimo *Working Paper # 6*, inoltre, veniva ancora precisato che la formulazione della previsione “did not change its meaning, i.e. it should not be construed as making the mere existence of third-party funding sufficient to order security for costs”¹¹⁹.

In conclusione, quindi, sembra essere emersa la convinzione, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che la presenza di un accordo di finanziamento non sia un elemento sufficiente, di per sé, a determinare la concessione di una cauzione per le spese di giudizio o, in ogni caso, ad alleggerire l'onere probatorio del soggetto che richiede la misura rispetto alla necessità della stessa. Tale approccio appare certamente quello corretto: le (poche) opinioni contrarie, infatti, non sembrano persuasive, nella misura in cui si fondano sulla non condivisibile convinzione che il finanziamento accresca il rischio di liti temerarie da parte dei soggetti finanziati, nonché il rischio di non ottemperanza – da parte di questi stessi soggetti – ad eventuali decisioni di condanna al pagamento delle spese. In aggiunta, simili opinioni non sembrano tener conto degli svantaggi di una eccessiva apertura alla concessione di una *security for costs*, la quale finirebbe per: i) avvantaggiare la parte richiedente la stessa a discapito di un soggetto finanziato, ponendo ostacoli al diritto di accesso alla giustizia di questi fondati esclusivamente sul fatto stesso

¹¹⁵ “AR 52 on Security for Costs has been revised in WP # 3 to state that a Tribunal may consider third-party funding as evidence relating to a circumstance required to obtain an Return to TOC for Ch. II Arbitration Rules order for security listed in AR 52(3). AR 52(4) stipulates that the existence of third-party funding by itself is insufficient to justify ordering security for costs. This revision is consistent with case law on third-party funding and security for costs and with the comments of most States on AR 52” (ICSID, WP#3, cit., pp. 295-296, par. 57).

¹¹⁶ V. i commenti dell'Argentina al WP#4, cit., pp. 46-47; V. anche WP#4, cit., pp. 324-325, parr. 116-117.

¹¹⁷ Cit., p. 306.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 307, par. 103: “WP # 5 modifies the text of AR 52(4) as follows: ‘The Tribunal shall consider all evidence adduced in relation to the circumstances in paragraph (3), including the existence of third-party funding.’ If a party raises third-party funding as evidence of a circumstance in paragraph (3), the Tribunal must consider such evidence as it would any other evidence adduced in favour of or against providing security for costs. The Tribunal has discretion to determine the weight to be given to such evidence pursuant to AR 36(1). However, the existence of third-party funding is not by itself sufficient to justify an order for security for costs as there must also be circumstances in favour of providing security pursuant to paragraph (3) (e.g. inability or unwillingness to pay an adverse decision on costs)”.

¹¹⁹ ICSID, *Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper # 6*, disponibile all'indirizzo https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_WP_Six.pdf, p. 34, par. 21.

del finanziamento; e *ii*) allungare notevolmente i costi medi dei procedimenti arbitrali e, in ultima analisi, i costi degli stessi.

4. L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SULL'ALLOCAZIONE DEI COSTI DI UN PROCEDIMENTO ARBITRALE

Se, come si è avuto modo di osservare nelle Sezioni che precedono, numerosi sono i lavori che hanno affrontato il tema dell'incidenza del TPF sulla decisione di concessione di una cauzione per le spese di giudizio nel corso di un procedimento arbitrale, molti di meno sono quelli che si sono invece soffermati sul possibile ruolo del finanziamento nella allocazione dei costi di un procedimento al termine dello stesso¹²⁰; eppure, che il finanziamento possa rilevare in tal senso appare intuitivo. In primo luogo, infatti, la presenza di un finanziatore fa sì che sia spesso¹²¹ un soggetto diverso dalla parte in giudizio a sostenere le spese per la sua prosecuzione. Di ciò le parti non finanziate hanno frequentemente chiesto si tenesse conto, al fine di concludere che la parte finanziata non avesse diritto al recupero dei costi del procedimento, *non avendoli effettivamente sostenuti*¹²². A ciò si aggiunga che il ricorso al finanziamento può avere di per sé un costo, rappresentato dalla somma spettante al finanziatore in cambio del capitale o dell'assunzione del rischio, sulla cui recuperabilità da parte del soggetto finanziato è necessario interrogarsi.

L'analisi della questione appare notevolmente complicata dal fatto che i possibili criteri per l'allocazione dei costi all'esito di un procedimento arbitrale sono molteplici: ciascun ordinamento è infatti dotato di regole proprie¹²³ e gli stessi regolamenti arbitrali adottano approcci significativamente differenti.

A titolo esemplificativo, l'Art. 42 delle regole arbitrali UNCITRAL prevede che i costi debbano essere in principio sostenuti dalla parte soccombente; tuttavia, il tribunale può allocarli in maniera differente se ritiene che ciò sia ragionevole tenendo conto delle circostanze del caso¹²⁴. Una simile presunzione relativa può rinvenirsi nell'Art. 28 delle

¹²⁰ Si vedano, in proposito, il Capitolo 10 di J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., p. 367 ss.; il già citato Capitolo 6 di INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, cit., p. 145 ss.; P. PINSOLLE, *Cost Allocation and Third-Party Funding in International Arbitration*, in "BCDR International Arbitration Review", 2018, p. 307 ss.

¹²¹ Come si è avuto modo di vedere nel corso delle pagine che precedono, non sempre il finanziatore sostiene direttamente i costi ordinari di gestione del procedimento. V. *supra*, Capitolo I, in particolare Sezioni 3.2-3.3.

¹²² V., ad esempio, *infra*, note da 129 a 134.

¹²³ ICC, *ICC Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration*, cit. La legge modello in materia di arbitrato elaborata dall'UNCITRAL, del resto, non contiene una previsione sull'allocazione dei costi, occupandosi di questi solo nella parte sulle misure cautelari.

¹²⁴ Art. 42, par. 1: "The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case".

regole arbitrali LCIA¹²⁵ e nell'Art. 52 di quelle CIETAC¹²⁶. Al contrario, altri regolamenti arbitrali non forniscono alcun criterio guida: l'Art. 38 delle regole arbitrali ICC prevede ad esempio che “[t]he final award shall fix the costs of the arbitration and decide which of the parties shall bear them or in what proportion they shall be borne by the parties”; di analogo tenore è l'Art. 34 delle regole arbitrali HKIAC. Ancora, altri regolamenti considerano l'esito della controversia come soltanto uno dei fattori dei quali tener conto nell'allocazione dei costi: l'Art. 49, par. 6, delle regole SCC prevede che “[u]nless otherwise agreed by the parties, the Arbitral Tribunal shall, at the request of a party, apportion the Costs of the Arbitration between the parties, having regard to the outcome of the case, each party's contribution to the efficiency and expeditiousness of the arbitration and any other relevant circumstances”.

Nonostante la diversità di approcci, è evidente come le diverse istituzioni concedano in ogni caso ai tribunali arbitrali un ampio margine di discrezionalità nella decisione sull'allocazione dei costi, fissando al massimo un criterio generale che il tribunale è libero di disattendere laddove ciò risulti “ragionevole” alla luce delle circostanze del caso concreto¹²⁷.

Ad ogni modo, pochissime sono le istituzioni che, nel proprio regolamento arbitrale, hanno espressamente considerato il possibile ruolo in fase di allocazione dei costi di un accordo di TPF. Due eccezioni sono rappresentate dall'Art. 35 del regolamento per i procedimenti in materia di investimenti amministrati dal SIAC e dall'Art. 34 del regolamento HKIAC. Il primo prevede infatti, che “[t]he Tribunal shall have the authority to order in its Award that all or a part of the legal or other costs of a Party be paid by another Party. The Tribunal may take into account any third-party funding arrangements in ordering in its Award that all or a part of the legal or other costs of a Party be paid by

¹²⁵ Art. 28, par. 4: “The Arbitral Tribunal shall make its decisions on both Arbitration Costs and Legal Costs on the general principle that costs should reflect the parties' relative success and failure in the award or arbitration or under different issues, except where it appears to the Arbitral Tribunal that in the circumstances the application of such a general principle would be inappropriate under the Arbitration Agreement or otherwise”.

¹²⁶ Art. 52, par. 2: “The arbitral tribunal has the power to decide in the arbitral award, having regard to the circumstances of the case, that the losing party shall compensate the winning party for the expenses reasonably incurred by it in pursuing the case. In deciding whether or not the winning party's expenses incurred in pursuing the case are reasonable, the arbitral tribunal shall take into consideration various factors such as the outcome and complexity of the case, the workload of the winning party and/or its representative(s), the amount in dispute, etc.”.

¹²⁷ Sull'allocazione dei costi nell'arbitrato internazionale si vedano, in generale: G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 3340 ss.; M. CURATOLA, *I costi nell'arbitrato internazionale*, in D. MANTUCCI (a cura di), “Trattato di Diritto dell'arbitrato. Vol. XII. L'arbitrato nei rapporti commerciali internazionali”, cit., p. 903 ss.; G. A. BERMANN, *Cost Allocation in International Arbitration: What Normative Source, If Any?*, in T. SHERLING, F. FORTESE e C. BALTAG (a cura di), “Finances in International Arbitration: Liber Amirocum Patricia Shaughnessy”, cit., p. 27 ss.; S. P. FINIZIO e R. GALVIN, *Allocation of Costs in International Arbitration: A Comparative Analysis of Approaches in International Commercial Arbitration and Investment Treaty Arbitration*, in T. SHERLING, F. FORTESE e C. BALTAG (a cura di), “Finances in International Arbitration: Liber Amirocum Patricia Shaughnessy”, cit., p. 115 ss.; C. KOCH, *Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration?*, in “Journal of International Arbitration”, 2014, p. 485 ss.; L. REED, *Allocation of Costs in International Arbitration*, in “ICSID Review – Foreign Investment Law Journal”, 2011, p. 76 ss.

another Party”; il secondo precisa, al par. 4, che “[t]he arbitral tribunal may take into account any third party funding arrangement in determining all or part of the costs of the arbitration”. Anche in questo caso, può notarsi come tutto ciò che queste disposizioni prevedono è che un tribunale possa tenere conto del finanziamento, senza però specificare in che termini ed entro quali limiti¹²⁸.

Come si è accennato in apertura della presente Sezione, due sono, essenzialmente, le domande alle quali occorre rispondere per comprendere il peso del finanziamento da parte di terzi nell’allocazione dei costi di un procedimento arbitrale, vale a dire: i) può la parte finanziata recuperare i costi all’esito del procedimento, pur in presenza di un terzo che quei costi abbia effettivamente sostenuto? E ii) nel caso di risposta affermativa, può la parte finanziata recuperare il costo del finanziamento stesso, vale a dire la somma spettante al finanziatore in cambio del capitale o dell’assunzione del rischio?

4.1. La recuperabilità dei costi da parte del soggetto finanziato da un terzo

È stato talvolta sostenuto dinanzi ai tribunali arbitrali, da soggetti non finanziati, che una parte che beneficia di un finanziamento non avrebbe diritto al recupero dei costi, anche in caso di vittoria; se i costi sono infatti sostenuti da un terzo, si è detto, consentirne il recupero significherebbe consentire alla parte finanziata di recuperare delle spese che non ha essa stessa effettivamente sostenuto.

Nei casi gemelli *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*¹²⁹, ad esempio, lo Stato convenuto ha sostenuto che “the Claimants’ legal costs are excessive and because the Claimants’ costs have been borne in part by a third party investor it is questionable whether such costs are properly recoverable”¹³⁰. Lo stesso è avvenuto nel più volte menzionato caso *Quasar de Valores v. Russia*; secondo quest’ultima, infatti, “[The Claimants] have incurred no costs in this case. [...] They don’t have to pay a penny of any recovery to counsel or to Menatep. It is a total free ride”¹³¹. Ancora, nel caso *RSM v. Grenada*¹³² è stato l’investitore ricorrente a sostenere che lo Stato ospite convenuto,

¹²⁸ Neppure le nuove regole ICSID che, come si è visto, contengono diverse previsioni relative al TPF (in particolare sulla sua *disclosure* e sul suo rilievo nel contesto di una decisione sulla concessione di una cauzione per le spese di giudizio), menzionano il finanziamento tra le circostanze delle quali un tribunale deve tener conto nel decidere sull’allocazione dei costi. V. Art. 52 (rubricata “Decisions on Costs”).

¹²⁹ *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18 e *Ron Fuchs v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/07/15.

¹³⁰ *Ivi*, Award, 3 marzo 2010, par. 686.

¹³¹ *Quasar de Valores v. Russia*, cit., par. 224.

¹³² *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14 (Annulment Proceeding).

finanziato da una società concorrente del primo¹³³, non potesse recuperare i costi in caso di vittoria, per essere stati gli stessi sostenuti, per l'appunto, da un terzo¹³⁴.

In realtà, non sembra esservi alcun motivo per cui i costi di un procedimento non possano essere recuperati da un soggetto che abbia beneficiato di un finanziamento da parte di un terzo. A ben vedere, infatti, anche nell'ipotesi in cui vi sia un accordo di TPF, la parte finanziata ha generalmente l'obbligo, ai sensi dell'accordo stesso, di *rimborsare simili costi al finanziatore*. Gli accordi di finanziamento, in effetti, tipicamente prevedono che ogni costo (difensori, esperti, etc.) sia imputato direttamente alla parte finanziata la quale (o per il tramite del proprio difensore) trasmette la relativa fattura al finanziatore, spesso accompagnata da una forma di report periodico sull'andamento della controversia. Laddove il finanziatore ritenga che la spesa sia in linea con il budget messo a disposizione della parte finanziata e con i termini dell'accordo di finanziamento, provvederà ad evadere il pagamento. Ad ogni modo, in caso di esito della controversia favorevole per la parte finanziata, quest'ultima dovrà corrispondere al finanziatore un importo pari ai costi da questo sostenuti maggiorato del costo del finanziamento stesso¹³⁵; può quindi dirsi che la parte finanziata sia "incorsa" nei costi del procedimento che cerca di recuperare al termine dello stesso.

Ovviamente, ne conseguirebbe che la conclusione dovrebbe essere diversa nell'ipotesi in cui la parte finanziata non abbia invece l'obbligo di restituire al finanziatore quanto da questi anticipato. Ciò avviene, tipicamente, nelle ipotesi di finanziamento non a scopo di lucro, nelle quali non può in effetti dirsi che la parte finanziata sia incorsa in spese che non ha l'obbligo di sostenere direttamente e neppure è tenuta a rimborsare a terzi.

La prassi arbitrale sembra in effetti aver recepito una simile distinzione. Ad esempio, in tre dei quattro casi menzionati in apertura della Sezione, *Kardassopoulos e Fuchs v. Georgia* e *RSM v. Grenada*, i Tribunali hanno tutti allo stesso modo constatato che "[t]he Tribunal knows of no principle why any such third party financing arrangement should be taken into consideration in determining the amount of recovery by the Claimants of their costs"¹³⁶. L'unico caso nel quale i costi non sono stati considerati recuperabili è *Quasar de Valores v. Russia* nel quale, come si è detto, la parte finanziata non aveva alcun obbligo di rimborsare tali costi al finanziatore, il quale non aveva neppure diritto ad

¹³³ L'identità del finanziatore dello Stato convenuto è ricavabile da *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, par. 4.5: "Claimants note the fact that, during the Prior Arbitration, Grenada's then Minister of Energy and Deputy Prime Minister confirmed that Global Petroleum Group Ltd ('Global') was paying Respondent's legal fees and expense. They state that if it turns out that Grenada is not paying its own expenses in this arbitration, then the request in its Security Application is dishonest, and security for costs is not required".

¹³⁴ *RSM Production Corporation v. Grenada*, cit., Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs, 28 aprile 2011, par. 68.

¹³⁵ M. SMITH e A. WESOLOWSKI, *Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder's Perspective*, cit.; ICCA-QMUL: INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 155.

¹³⁶ *Kardassopoulos e Fuchs v. Georgia*, cit., par. 691; *RSM v. Grenada*, cit., par. 68. Si veda anche *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding, 11 luglio 2011, par. 34.

alcuna remunerazione, essendo il finanziamento prestato *pro bono*. Il Tribunale, infatti, ha ritenuto che “the Claimants have neither expended money nor incurred obligations on account of the costs of pursuing their claims”¹³⁷.

Ancora, nel caso *Siag and Vecchi v. Egypt*¹³⁸, i ricorrenti – date le difficili condizioni economiche nelle quali versavano – avevano stipulato con i propri difensori un accordo di pagamento dell'onorario subordinandolo all'esito della controversia. Essi hanno quindi sostenuto che, essendo comunque contrattualmente obbligati al pagamento dell'onorario, avessero diritto a recuperare una somma pari a quella da corrispondere per il numero di ore fatturate dai difensori¹³⁹; Il Tribunale ha accettato tale posizione¹⁴⁰. Sebbene più scarsa, la prassi disponibile in materia di arbitrato commerciale ha adottato il medesimo approccio¹⁴¹.

In ultima analisi, quindi, i costi di un procedimento possono considerarsi recuperabili in tutte le ipotesi nelle quali il soggetto finanziato abbia un obbligo *giuridicamente vincolante* di rimborsare il finanziatore che li abbia anticipati. È stato talvolta sostenuto che anche nei casi di finanziamento *pro bono* il soggetto finanziato avrebbe l'obbligo di rimborsare il finanziatore in caso di esito vittorioso, sebbene si tratterebbe, in questo caso, di un mero obbligo *morale*; ad esempio, questa è stata la posizione assunta dai ricorrenti nel più volte menzionato caso *Quasar de Valores*¹⁴². Tuttavia, essa non sembra del tutto ragionevole: laddove i costi venissero “recuperati” da un soggetto che non li ha direttamente sostenuti e neppure ha un obbligo di rimborsare chi lo abbia in concreto fatto, l'effetto ultimo sarebbe quello di accrescere indebitamente la somma percepita da questi, senza che esso sia gravato da un obbligo di renderli al finanziatore, a discapito della parte non finanziata (verosimilmente soccombente)¹⁴³.

¹³⁷ *Quasar de Valores v. Russia*, cit., par. 224.

¹³⁸ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, cit.

¹³⁹ *Ivi*, Award, 1 giugno 2009, par. 604: “Because of the Claimants’ financial circumstances they had asked, and the Claimants’ counsel had agreed, that the Claimants will pay attorney’s fees only on a successful recovery in this matter. It was argued that since the Claimants were contractually obligated to pay such fees, they should be entitled to an award of fees equal to the value of the time worked by their counsel”.

¹⁴⁰ *Ivi*, par. 622: “The Tribunal is therefore satisfied that the Claimants should be compensated for their reasonable legal fees and related expenses in respect of both the original jurisdictional phase and subsequent phases”.

¹⁴¹ Si veda, ad esempio: ICC, *ICC Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration*, cit., par. 87 ss.; *Supplier v. First distributor, Second distributor*, ICC Case No. 7006, Final Award, 1992, in “ICC Bulletin”, 1993, p. 49 ss. Si vedano anche, a conferma, i lodi resi nei casi citati *infra*, note 147 e 148.

¹⁴² *Quasar de Valores v. Russia*, cit., parr. 32 e 223. Questa è anche la posizione assunta da alcuni membri della Task Force ICCA-QMUL: INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 90, nota 181. In questo caso, la posizione non è stata espressa direttamente nel corso del dibattito sull'allocazione dei costi, bensì nel corso del dibattito sulla possibilità che la definizione finanziamento di cui alle linee guida IBA sui conflitti di interessi (v. Capitolo I, Sezione 2.4), ai sensi della quale il finanziatore deve essere titolare di un “direct economic interest” nella controversia, includesse il finanziamento *pro bono*: “An argument was raised that this definition would encompass non-for-profit funding because such funding would imply a ‘moral obligation’ to reimburse for value received, and that moral obligation would be sufficient to constitute a ‘direct economic interest’ in the award”.

¹⁴³ In *Quasar de Valores v. Russia*, cit., i ricorrenti avevano sostenuto che i costi fossero recuperabili anche se il finanziamento del quale beneficiavano era *pro bono*, dal momento che il finanziatore “could

Con ciò non si vuole dire che i costi *debbano essere in effetti recuperati* dalla parte finanziata in ogni caso di vittoria della stessa. Come si è avuto modo di notare, l'allocazione dei costi è un'operazione nella quale la discrezionalità del tribunale arbitrale è ampia, e diversi sono i fattori che esso può o deve considerare al di là del semplice esito della controversia, quali: la condotta delle parti, la ragionevolezza dei costi sostenuti, la complessità delle questioni decise¹⁴⁴. Ciò che si vuole piuttosto sottolineare è che il fatto che questi costi siano stati anticipati da un soggetto che non è parte del procedimento non è uno di questi fattori, nella misura in cui la parte effettiva del giudizio – che del finanziamento ha beneficiato – abbia assunto un obbligo *giuridicamente vincolante* di rimborsare il terzo in questione.

4.2. La recuperabilità del costo del finanziamento

Più complessa appare la questione della recuperabilità del costo del finanziamento, vale a dire il costo del capitale apportato dal finanziatore o dell'assunzione del rischio da parte di questi.

Si è detto più volte, nel corso del lavoro, di come il ricorso al finanziamento da parte di terzi non sia necessariamente dettato dall'assenza di mezzi necessari ad agire o resistere in giudizio ma possa essere piuttosto il frutto di scelte commerciali relative alla gestione della liquidità o del rischio; anche laddove il finanziamento venga utilizzato per far fronte alle non ottimali condizioni economiche della parte in giudizio, tali condizioni possono non essere dipendenti dalla condotta della controparte o dall'operazione economica dedotta in arbitrato. Sulla base di simili considerazioni, sembrerebbe del tutto irragionevole consentire ad un soggetto finanziato il recupero delle somme che esso ha pagato al finanziatore *come costo del finanziamento stesso*. Ammettere la recuperabilità di queste somme, infatti, significherebbe, in ultima analisi, spostare in capo alla parte non finanziata il costo del TPF e, conseguentemente, il rischio assunto dal finanziatore con la stipulazione dell'accordo di finanziamento; se, però, il ricorso a quest'ultimo può ben essere una scelta commerciale strategica indipendente dall'oggetto della controversia, non si vede perché il suo costo debba essere addebitato ad altri che al compimento di quelle scelte non abbiano partecipato. Proprio per questi motivi, parte della dottrina ha negato del tutto la recuperabilità dei costi del TPF¹⁴⁵.

successfully sue the Claimants in Spain under the theory of unjust enrichment" (par. 223). Il Tribunale, tuttavia, ha giustamente concluso che tale argomento "does not lie comfortably in the mouth of the Claimants' own counsel, who in fact also acts for Menatep and indeed made it quite clear that while the latter would be pleased to receive some recompense from the Claimants, this would depend on the latter's sense of moral obligation rather than a legal entitlement. Indeed the unjust enrichment argument is hopelessly circular; the duty to pay compensation cannot arise because the Claimants would incur an obligation if compensation were ordered" (*Ibid.*).

¹⁴⁴ Art. 52, par. 1, lett. c), delle regole arbitrali ICSID.

¹⁴⁵ P. PINSOLLE, *Cost Allocation and Third-Party Funding in International Arbitration*, cit., p. 323 ss.; J. VON GOELER, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", cit., pp. 387 ss.; in particolare, pp. 392-393: "A party should not recover more or less costs than reasonably incurred by it in pursuing the case. If the funder's success portion is deemed recoverable, overcompensation would result"; M. BERARD, "Other Costs" in *International Arbitration: A Review of the Recoverability of Internal and Third-Party Funding Costs*, in J. C. BETANCOURT (a cura di), "Defining Issues in International

Per quanto ciò possa apparire condivisibile, non può non tenersi conto di come la prassi esistente sul punto abbia talvolta ammesso la possibilità che i costi di ricorso al finanziamento siano recuperati dalla parte che ne beneficia¹⁴⁶. In primo luogo, infatti, la recuperabilità di tali costi è stata positivizzata da almeno una istituzione arbitrale: l'Art. 48 delle regole arbitrali ACICA, infatti, prevede che "[t]he term 'costs of arbitration' includes: [...] the parties' legal and other costs, including, but not limited to, [...] third party funding costs, if such costs were claimed during the arbitration proceedings and only to the extent that the Arbitral Tribunal determines that such costs are reasonable". In secondo luogo, questa possibilità è stata ammessa da alcuni tribunali arbitrali – e confermata dalle corti interne – anche in assenza di una norma esplicitamente permissiva. Particolarmente esemplificativi appaiono, in tal senso, i casi *Essar v. Norscot*¹⁴⁷ e *Katanga v. Tenke*¹⁴⁸.

Nel primo, un Tribunale arbitrale con sede a Londra e operante secondo le regole arbitrali della ICC ha condannato il convenuto al pagamento delle spese di giudizio sostenute dall'attore e ha incluso, in queste, anche l'importo che quest'ultimo avrebbe dovuto corrispondere ad un finanziatore terzo in virtù di un accordo di TPF. In particolare, l'importo del finanziamento ammontava a circa 647,000 £, da rendere al finanziatore in caso di vittoria con l'aggiunta di una somma pari a quella più elevata tra il 300% del finanziamento stesso e il 35% dei danni riconosciuti al soggetto finanziato. Il Tribunale arbitrale ha fatto discendere il potere di allocare i costi del finanziamento dalla legge dello Stato della sede e, in particolare, dall'*English Arbitration Act* del 1996, la cui Sezione 59, par. 1, definisce i costi di un procedimento come "(a) the arbitrators' fees and expenses, (b) the fees and expenses of any arbitral institution concerned, and (c) the legal or other costs of the parties"; la nozione di "other costs", è stato ritenuto, è sufficientemente ampia da ricomprendere proprio i costi del ricorso ad un accordo di TPF¹⁴⁹.

Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators", Oxford, OUP, 2016, p. 293 ss., p. 302; Con riferimento ai *success fee* dei difensori, ad esempio, si veda B. HANOTIAU, *The Parties' Costs of Arbitration*, in R. H. KREIDLER e Y. DERAIS (a cura di), "Evaluation of Damages in International Arbitration", ICC Publication No. 668, 2006, p. 213 ss. e, in particolare, p. 219: "It also happens from time to time that counsel claim, beyond their legal fees, a success fee. Such success fees are normally not included in the costs fixed by the Arbitral Tribunal. They are not properly defence costs, since they do not cover real costs exposed for the defence of the case. They are rather a reward granted in consideration of the success obtained in the defence of the case and should be fully supported by the party concerned".

¹⁴⁶ Si veda, ad es., ICC, *ICC Commission Report: Decisions on Costs in International Arbitration*, cit., par. 92-93.

¹⁴⁷ Il lodo non è pubblico; ad ogni modo, una dettagliata analisi dello stesso è rinvenibile nella sentenza resa nel procedimento di impugnazione dello stesso: England and Wales High Court (Commercial Court), *Essar Oilfields Services Limited v. Norscot Rig Management Pvt Limited*, 15 settembre 2016. V. anche J. SULLIVAN, *Essar v. Norscot: Are the Costs Associated With Third Party Funding Recoverable?*, in "Transnational Dispute Management", 4/2018; D. GORJÃO HENRIQUES, *The Essar v. Norscot Case: A Final Argument for the "Full-Disclosure-Wingers" of TPF in International Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 15 ottobre 2016, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/15/the-essar-v-norscot-case-a-final-argument-for-the-full-disclosure-wingers-of-tpf-in-international-arbitration/>.

¹⁴⁸ *Katanga Contracting Services S.A.S. v. Tenke Fungurume Mining S.A.*, ICC Case No. 25063/TO/AZR/SPN (C-25064/TO), Final Award, 26 agosto 2021.

¹⁴⁹ *Essar Oilfields Services Limited v. Norscot Rig Management Pvt Limited*, cit., par. 5.

Il lodo è stato impugnato dinanzi alle corti inglesi da Essar, la quale ha sostenuto che una simile interpretazione della locuzione “other costs” fosse errata e che nell’allocare i costi del finanziamento il Tribunale avesse ecceduto i propri poteri, rendendo possibile l’annullamento del lodo ai sensi dell’Art. 68, par. 2, lett. e), dell’*English Arbitration Act*¹⁵⁰. La Corte ha rigettato le argomentazioni, ritenendo che l’espressione “other costs” potesse essere costruita nel senso di includere i costi di un finanziamento¹⁵¹. Ad ogni modo, essa ha altresì notato che il potere di allocare simili costi può essere esercitato solo laddove essi siano “ragionevoli”¹⁵². Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che il Tribunale avesse motivato adeguatamente sul punto, avendo ricostruito come la condotta della Essar fosse stata la causa delle condizioni economiche della controparte, la quale non aveva avuto altra scelta che ricorrere al TPF¹⁵³.

Similmente, nel caso *Katanga v. Tenke*, le corti inglesi hanno ritenuto che non fosse motivo di annullamento del lodo il fatto che nello stesso il Tribunale arbitrale (anche in questo caso costituito sotto l’egida dell’ICC) avesse condannato la prima al pagamento delle spese della seconda, tra le quali il costo di un accordo di finanziamento¹⁵⁴. Anche in questo caso, il Tribunale arbitrale aveva adeguatamente motivato sulla ragionevolezza della voce di spesa, intesa in un duplice senso: da un lato, affinché ne sia recuperabile il costo, il ricorso al TPF deve essere stato ragionevole; in aggiunta, il costo del finanziamento deve essere di per sé ragionevole¹⁵⁵.

Ciò che appare particolarmente interessante è che, a differenza di quanto avvenuto nel caso *Essar*, il Tribunale non ha ritenuto che per essere ragionevole il ricorso al

¹⁵⁰ “1. A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court challenging an award in the proceedings on the ground of serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award. [...] 2. Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant – [...] (e) any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers”.

¹⁵¹ *Essar Oilfields Services Limited v. Norscot Rig Management Pvt Limited*, cit., par. 68.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ivi*, par. 69: “The arbitrator’s exercise of his discretion here to award to Norscot the costs of its third party funding, while, of course itself not under challenge, is nonetheless a telling example of the good sense of reading ‘other costs’ in this way. This was a case, perhaps unusual, where the arbitrator ruled in detailed and robust terms that Essar drove Norscot into this expensive litigation because of its own reprehensible conduct going far beyond technical breaches of contract, in order to vindicate its rights. Further, as the tribunal found, Norscot had no option, but to obtain this funding from this third party funder. As a matter of justice, it would seem very odd and certainly unfortunate if the arbitrator was not entitled under s.59(1) (c) to include the costs of obtaining third party funding as part of ‘other costs’ where they were so directly and immediately caused by the losing party”.

¹⁵⁴ England and Wales High Court (Commercial Court), *Tenke Fungurume Mining S.A. v. Katanga Contracting Services S.A.S.*, 7 dicembre 2021; L. BARBER, *Tenke v Katanga: The English Commercial Court Provides Further Clarity on the Ability to Recover Third Party Funding Costs in Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 27 gennaio 2022, disponibile all’indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/27/tenke-v-katanga-the-english-commercial-court-provides-further-clarity-on-the-ability-to-recover-third-party-funding-costs-in-arbitration/>.

¹⁵⁵ *Katanga Contracting Services S.A.S. v. Tenke Fungurume Mining S.A.*, cit., par. 411; “the principal issue that the Tribunal needs to decide in relation to the claimed funding costs is whether they are ‘reasonable’ in two respects: as to the principle of the Claimant having recourse to this type of funding and as to the amount”.

finanziamento debba essere giustificato dalle condizioni economiche della parte finanziata, a loro volta attribuibili alla condotta della controparte. La questione sarebbe, piuttosto, “whether the Claimant’s recourse to this kind of funding was reasonable in the circumstances. In other terms, [Respondent’s] position does not have to be on all fours with that of Norscot in relation to Essar in order for [Respondent’s] funding choice to be considered reasonable”¹⁵⁶. Seguendo questo approccio, il Tribunale ha ritenuto che la scelta di ricorrere al finanziamento non fosse “inherently unreasonable”¹⁵⁷.

Le decisioni qui considerate consentono di svolgere alcune considerazioni. In primo luogo, in entrambi i casi, la recuperabilità del costo del finanziamento è stata ammessa in quanto la normativa applicabile consentiva una ricostruzione della nozione di “costi del procedimento” sufficientemente ampia, atta a ricomprendere l’eventuale *success fee* di un finanziatore¹⁵⁸. Laddove le norme pertinenti fossero formulate in maniera più restrittiva, ciò potrebbe non essere possibile¹⁵⁹.

In secondo luogo, il costo del finanziamento, per poter essere recuperato, deve essere ritenuto *ragionevole*. Il requisito della ragionevolezza dei costi nei quali la parte è incorsa è, in effetti, previsto dalla maggior parte dei regolamenti arbitrali¹⁶⁰. Così come articolato dalla giurisprudenza, il requisito deve essere inteso in un duplice senso: innanzitutto, infatti, deve apparire ragionevole la misura del costo del finanziamento; in aggiunta, deve esserlo anche la scelta stessa di ricorrere a quest’ultimo. Quanto al primo aspetto, è evidente che i tribunali arbitrali non potranno che riferirsi alle prassi normalmente in uso nel mercato del finanziamento del contenzioso nel valutare se la remunerazione spettante

¹⁵⁶ *Ivi*, par. 412.

¹⁵⁷ *Ivi*, par. 414.

¹⁵⁸ La già citata Sezione 68 dell’*English Arbitration Act*, nonché l’Art. 38 delle regole arbitrali ICC nella loro versione risalente al 2017, ai sensi del quale: “The costs of the arbitration shall include the fees and expenses of the arbitrators and the ICC administrative expenses fixed by the Court, in accordance with the scales in force at the time of the commencement of the arbitration, as well as the fees and expenses of any experts appointed by the arbitral tribunal and the reasonable legal and other costs incurred by the parties for the arbitration” (corsivo aggiunto).

¹⁵⁹ P. PINSOLLE, *Cost Allocation and Third-Party Funding in International Arbitration*, cit., p. 324; INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., pp. 158-159. Basti pensare, in proposito, alla possibilità che la normativa applicabile non consenta il recupero del *success fee* di un difensore. Ad ogni modo, moltissime regole arbitrali – caratterizzate, si è detto, da formulazione vaga che garantisce ampia discrezionalità ai tribunali – comprendono l’espressione “other costs” o altra simile servente il medesimo scopo: Si vedano, ad esempio, le già citate norme contenute nei regolamenti SCC, UNCITRAL e ICSID. Un esempio di previsione dalla formulazione un po’ più restrittiva potrebbe essere forse rappresentato dall’Art. 44 delle regole VIAC: “The costs of the arbitration consist of: 1.1 the administrative fees of VIAC, the arbitrators’ fees and the reasonable expenses (such as arbitrators’ or tribunal secretary’s travel and subsistence costs, costs for sending of communications, rent, court reporter fees), including any applicable value-added tax; as well as 1.2 the parties’ costs, i.e. the reasonable expenses of the parties for their legal representation; and 1.3 other expenses related to the arbitration, in particular those listed in Article 43 paragraph 1”. Le spese considerate nell’Art. 43, par. 1, sono quelle relative a “certain procedural steps that would have cost implications, such as the appointment of experts, interpreters, or translators, a verbatim transcript of the proceedings, a site visit, or relocation of the hearing”.

¹⁶⁰ V., ad esempio, l’Art. 44 delle regole VIAC, l’Art. 50 delle regole SCC, l’Art. 48 delle regole ACICA, l’Art. 52 delle regole CIETAC, l’Art. 34 delle regole HKIAC; Talvolta, la ragionevolezza è riferita non già ai costi, bensì alla loro allocazione che deve essere, per l’appunto, ragionevole: V. l’Art. 42 del regolamento UNCITRAL e l’Art. 28 delle regole LCIA.

al finanziatore possa dirsi ragionevole. Quanto al secondo aspetto, si è visto come la ragionevolezza della scelta di ricorrere al finanziamento sia stata interpretata in maniera significativamente diversa dalle decisioni *Essar* e *Katanga*. Nel primo caso, infatti, la scelta è stata ritenuta ragionevole in quanto giustificata dalla condotta della controparte del soggetto finanziato, alla quale era attribuibile la mancanza di mezzi per ricorrere in arbitrato dell'attore. Nel secondo, invece, è stato adottato un approccio di gran lunga più favorevole alla parte finanziata, in forza del quale basterebbe la dimostrazione che la scelta di optare per il TPF non sia "inerentemente irragionevole".

Ebbene, ci sembra che il primo dei due approcci sia senz'altro quello più corretto. Come si è già notato, infatti, non si vede perché il costo delle politiche di gestione del rischio o dei flussi di liquidità della parte finanziata debba ricadere sulla controparte estranea a tali scelte. In aggiunta, sembra difficile immaginare delle ipotesi nelle quali la scelta di concludere un accordo di finanziamento possa essere considerata "inherently unreasonable", giacché vi è sempre, presumibilmente, una valida ragione economico-commerciale per avvalersene, essendo inverosimile che vi si ricorra a proprio detrimento. Collegare la recuperabilità dei costi del finanziamento alla condotta di parte avversa, quindi, consentirebbe di contemperare l'esigenza di tutelare la parte che abbia ricorso al TPF per poter esercitare il proprio diritto di accesso alla giustizia arbitrale con quella di evitare un aggravio eccessivo della posizione della parte non finanziata (spesso convenuta).

In ultima analisi, quindi, il costo del finanziamento potrebbe essere recuperabile in circostanze eccezionali. Se da un lato, infatti, occorre evitare che il peso della scelta di ricorrere al TPF – scelta che, come più volte ricordato, può essere effettuata per le più svariate ragioni e non soltanto per far fronte a condizioni economiche avverse – ricada sulla parte non finanziata, è pur vero che la vaghezza delle norme sull'allocazione dei costi conferisce ai tribunali arbitrali sufficiente discrezionalità sul punto, come confermato dalla prassi. Tuttavia, al fine di bilanciare le esigenze di tutela di entrambe le parti, è opportuno che nel decidere dell'allocazione del costo del finanziamento il tribunale tenga conto: *i*) della situazione economica della parte finanziata, la quale deve essere tale da aver reso il finanziamento lo strumento attraverso il quale esercitare il proprio diritto di agire o resistere in arbitrato; e *ii*) della condotta della parte non finanziata, che a tale situazione economica deve aver contribuito.

5. LA DISCLOSURE DEGLI ACCORDI DI FINANZIAMENTO

Nelle Sezioni precedenti si è avuto modo di evidenziare come l'esistenza di un accordo di finanziamento possa incidere su tre momenti chiave di un procedimento arbitrale: la costituzione del tribunale, la concessione di misure cautelari (nello specifico, di una cauzione per le spese di giudizio) e l'allocazione dei costi del procedimento stesso. Quanto al primo aspetto, è infatti evidente come il finanziatore sia un soggetto la cui esistenza deve essere presa in considerazione ai fini della valutazione dell'esistenza di conflitti di interessi degli arbitri. Quanto al secondo aspetto, invece, il finanziamento è un elemento fattuale del quale tener conto nella valutazione della situazione economica del

soggetto nei cui confronti la misura è richiesta; per tale ragione, un tribunale che si trovi a dover decidere dell'imposizione di una *security for costs* in capo ad un soggetto finanziato potrebbe necessitare di informazioni sui termini dell'accordo di TPF, in particolare su quelli relativi all'esistenza o meno di un obbligo del finanziatore di pagamento delle spese di parte avversa. Quanto al terzo e ultimo aspetto, i termini dell'accordo possono assumere rilevanza ai fini della valutazione della recuperabilità dei costi del procedimento da parte del soggetto finanziato, nonché del costo dello stesso finanziamento.

Allo stesso tempo, però, come si è già osservato, l'imposizione di un generale obbligo di *disclosure* in capo al soggetto finanziato può essere problematica. Simili accordi, infatti, contengono spesso informazioni altamente sensibili e di natura confidenziale, relative alla situazione economico-finanziaria della parte finanziata, alla valutazione delle possibilità di successo operata dal finanziatore, alle possibili e più efficaci strategie processuali; informazioni la cui divulgazione potrebbe indebitamente avvantaggiare la parte non finanziata.

Non sorprende quindi che le posizioni sulla desiderabilità o meno di un obbligo di *disclosure* siano molto variegate; e ciò anche all'interno della stessa comunità dei finanziatori. Vi è infatti chi ritiene, da un lato, che la *disclosure* sia una pratica da incoraggiare in quanto necessaria a far emergere nella fase iniziale del procedimento tutti i possibili motivi di contestazione ad opera della parte non finanziata¹⁶¹. Non è infrequente, del resto, che la conclusione di accordi di finanziamento venga resa pubblica dai soggetti coinvolti nello stesso anche al di fuori del procedimento: per citare un caso recente, la società Asiaphos Limited ha reso noto, con un comunicato dell'agosto 2022¹⁶², di aver concluso con un fondo d'investimenti statunitense un accordo di finanziamento *non-recourse* del procedimento da essa intentato nei confronti della Cina¹⁶³.

Al contempo, vi è chi considera la *disclosure* un incoraggiamento all'uso di tattiche dilatorie da parte del soggetto non finanziato. Nelle parole di un finanziatore:

“‘I’m quite reluctant to disclose [a third party funding agreement] [...]. ‘Not because I have anything to hide, but because I see a lot of frivolous defences, especially in arbitration Knowing the existence of funding can lead to the other side abusively raising all kinds of arguments aimed at drawing out the case’, he claimed. ‘So why, if I am not influencing the case, would I disclose my funding role and risk that a defence lawyer jumps on it and says – as happened in [the ICSID case] Fuchs and Kardassopoulos v. Georgia – that the fact of funding means we cannot claim costs?’ Disclosure distracts attention from the main issues in the case and leads

¹⁶¹ V. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 86, nota 173. V. *supra*, nota 33.

¹⁶² Disponibile all'indirizzo <https://links.sgx.com/FileOpen/Asiaphos%20Entry%20into%20Investment%20Agreement.ashx?App=Announcement&FileID=729173>.

¹⁶³ *AsiaPhos Limited v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ADM/21/1.

to satellite arguments that are expensive and detrimental to the proceedings, he argued”¹⁶⁴.

Il dibattito, tuttavia, non si è limitato al solo aspetto della opportunità di positivizzare un obbligo di divulgazione dell'accordo di finanziamento, ma ha riguardato due aspetti ulteriori: in primo luogo, ci si è chiesti se la *disclosure* debba essere effettuata soltanto nei confronti del tribunale o anche della parte non finanziata; in secondo luogo, ci si è interrogati circa il contenuto concreto dell'obbligo, e nello specifico sulla necessità che, oltre all'identità del finanziatore e all'esistenza dell'accordo, vengano resi noti anche i termini specifici di questo¹⁶⁵.

Ad ogni modo, come si è già avuto modo di notare nel Capitolo I, dopo l'intenso dibattito di dottrina e istituzioni arbitrali circa la necessità di emendare le regole di queste ultime al fine di regolamentare l'istituto del finanziamento¹⁶⁶, la risposta affermativa ha ampiamente prevalso nella prassi.

Come già detto, una delle prime istituzioni arbitrali ad essere intervenuta è la CAM-CCBC che, con la Risoluzione amministrativa 18/2016¹⁶⁷, ha adottato raccomandazioni dirette agli arbitri e alle parti per la corretta gestione di un procedimento finanziato. A tal fine, le parti vengono incoraggiate a “report the existence of third-party funding to CAM-CCBC at the earliest opportunity. The complete qualification of the funder should be included in this communication. [...] The third-party funding information shall also be provided to the other party”¹⁶⁸. Similmente, l'Art. 43 del regolamento CAM dispone, al par. 1, che “[l]a parte che riceve da un terzo un finanziamento relativo al procedimento arbitrale e al suo esito deve dichiarare l'esistenza del finanziamento e l'identità del finanziatore”. Lo stesso approccio è stato adottato dalla SCC che, nella sua *SCC Policy: Disclosure of Third Parties with an Interest in the Outcome of the Dispute*¹⁶⁹, raccomanda alle parti di effettuare la *disclosure* dell'identità di ogni soggetto terzo con un interesse significativo nell'esito della controversia, inclusi i finanziatori¹⁷⁰. Ancora, l'Art. 44 delle regole HKIAC dispone che:

¹⁶⁴ L'osservazione è stata espressa nel corso di una tavola rotonda sul TPF organizzata da Global Arbitration Review, e riprodotta in W. KIRTLEY e K. WIETRZYKOWSKI, *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant is Relying upon Third-Party Funding?*, cit., p. 24.

¹⁶⁵ Si vedano, in generale, il Capitolo 4 di INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., nonché P. BERNARDINI, *Third Party Funding in International Arbitration*, cit.

¹⁶⁶ V. Capitolo I, nota 52.

¹⁶⁷ Cit., disponibile all'indirizzo <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ar-18-2016-recommendations-regarding-the-existence-of-third-party-funding-in-arbitrations-administered-by-cam-ccbc/>.

¹⁶⁸ *Ivi*, Artt. 4 e 5.

¹⁶⁹ Cit., disponibile all'indirizzo <https://sccinstitute.com/media/1035074/scc-policy-re-third-party-interests-adopted.pdf>.

¹⁷⁰ *Ivi*, lett. A).

“If a funding agreement is made, the funded party shall communicate a written notice to all other parties, the arbitral tribunal, any emergency arbitrator and HKIAC of:

- (a) the fact that a funding agreement has been made; and
- (b) the identity of the third party funder”.

L'obbligo di rendere note al tribunale e alla controparte l'esistenza dell'accordo di finanziamento e l'identità del finanziatore è altresì previsto dall'Art. 13a delle regole VIAC¹⁷¹, dall'Art. 54.2 di quelle ACICA¹⁷², dall'Art. 27, par. 2, del regolamento per i procedimenti in materia di investimenti CIETAC¹⁷³, dall'Art. 11, par. 7, del regolamento ICC¹⁷⁴ e dall'Art. 14 del regolamento ICSID¹⁷⁵.

Previsioni sulla *disclosure* degli accordi di finanziamento sono contenute anche in alcuni trattati in materia di investimenti. Ad esempio, l'Art. 8.26 del CETA dispone che “[w]here there is third party funding, the disputing party benefiting from it shall disclose to the other disputing party and to the Tribunal the name and address of the third party funder”. Formulazione pressoché identica è adottata dall'Art. 3.8 del trattato sulla protezione degli investimenti concluso tra l'UE e Singapore¹⁷⁶; una simile previsione è poi contenuta nel trattato in materia di investimenti concluso da UE e Vietnam¹⁷⁷. Da ultimo, una disposizione peculiare è quella di cui all'Art. 14.32 dell'accordo di *partnership* economica Australia-Indonesia, ai sensi del quale il Tribunale arbitrale può, in seguito alla mancata ottemperanza all'obbligo di rendere nota l'identità del finanziatore, sospendere o terminare il procedimento¹⁷⁸.

¹⁷¹ Par. 1: “A party shall disclose the existence of any third-party funding and the identity of the third-party funder in its statement of claim or its answer to the statement of claim, or immediately upon concluding a third-party funding arrangement”.

¹⁷² “A party and/or its representative shall, on its own initiative, disclose the existence of third party funding and the identity of the funder to the Arbitral Tribunal and ACICA, and the other parties, upon that party submitting a Notice of Arbitration or Answer to Notice of Arbitration or Answer to the Request for Joinder, or as soon as practicable after third-party funding is provided or after entering into an arrangement for third-party funding, whichever is earlier”.

¹⁷³ “As soon as the third party funding agreement is concluded, the party accepting the funding shall notify in writing, without delay, to the other party or parties, the arbitral tribunal, and the IDSC or the CIETAC Hong Kong Arbitration Center that administers the case, of the existence and nature of the third party funding arrangement, and the name and address of the third party funder”.

¹⁷⁴ “[E]ach party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties, of the existence and identity of any non-party which has entered into an arrangement for the funding of claims or defences and under which it has an economic interest in the outcome of the arbitration”.

¹⁷⁵ “A party shall file a written notice disclosing the name and address of any non-party from which the party, directly or indirectly, has received funds for the pursuit or defense of the proceeding [...]”.

¹⁷⁶ Par. 1: “Any disputing party benefiting from third party funding shall notify the other disputing party and the Tribunal of the name and address of the third party funder”.

¹⁷⁷ Art. 3.37, par. 1: “In case of third-party funding, the disputing party benefiting from it shall notify the other disputing party and the division of the Tribunal, or where the division of the Tribunal is not established, the President of the Tribunal the existence and nature of the funding arrangement, and the name and address of the third party funder”.

¹⁷⁸ “1. If there is third party funding, the disputing investor benefiting from it shall notify to the disputing Party and to the tribunal, or where the tribunal is not established, to the Appointing Authority of the tribunal, the name and address of the third party funder. [...] 3. If a disputing investor fails to disclose third party funding under this Article, the tribunal may order the suspension or termination of the proceedings”.

Come si può agevolmente notare, tutto ciò che è previsto è l'obbligo di divulgare l'esistenza dell'accordo di finanziamento e l'identità del finanziatore. Sono infatti una piccola minoranza le norme che fanno riferimento alla *disclosure* dei termini specifici dell'accordo. In tal senso, può menzionarsi l'Art. 24 delle regole SIAC per i procedimenti in materia di investimenti, ai sensi del quale

“the Tribunal shall have the power to: [...] (1) order the disclosure of the existence of a Party's third-party funding arrangement and/or the identity of the third-party funder and, where appropriate, details of the third-party funder's interest in the outcome of the proceedings, and/or whether or not the third-party funder has committed to undertake adverse costs liability”.

Similmente, il poco più su menzionato Art. 27, par. 2, del regolamento per i procedimenti in materia di investimenti CIETAC prevede – in aggiunta all'obbligo della parte finanziata di rendere note esistenza e identità del finanziatore – il potere del tribunale di imporre la *disclosure* di ogni altra caratteristica rilevante dell'accordo¹⁷⁹. Da ultimo, l'Art. 22 delle regole DIAC prevede che la parte finanziata debba comunicare l'esistenza dell'accordo di TPF, l'identità del finanziatore, e la presenza o meno, nell'accordo di finanziamento, dell'obbligo di questi di pagamento delle spese di parte avversa¹⁸⁰.

Come si ricava da questa breve panoramica, il dibattito sulla positivizzazione dell'obbligo di *disclosure* del finanziamento – solo pochi anni fa risolto da alcuni nel senso della sua assoluta non necessità¹⁸¹ – è stato in brevissimo tempo superato grazie alla celerità con la quale le istituzioni arbitrali hanno risolto di dotarsi di previsioni in materia¹⁸². In aggiunta, pressoché tutte le disposizioni in materia adottano il medesimo approccio, evidenziando un consenso sulle modalità pratiche di attuazione della *disclosure* di gran lunga maggiore di quanto il precedente dibattito potesse far sperare.

¹⁷⁹ “The arbitral tribunal shall have the power to order the disclosure by the party accepting the funding of any relevant information of the third party funding arrangement”.

¹⁸⁰ “22.1. Prior to the constitution of the Tribunal, a party who has entered into a Third-party Funding Arrangement must promptly disclose that fact to all other parties and the Centre, together with details of the identity of the funder, and whether or not the funder has committed to an adverse costs liability. 2.2. After the constitution of the Tribunal, the parties shall not enter into a Third-party Funding Arrangements if the consequence of that arrangement will or may give rise to a conflict of interest between the third-party funder and any member of the Tribunal. A party entering into such an arrangement shall make the same disclosure to all other parties, the Centre and the Tribunal, as required by Article 22.1 above”.

¹⁸¹ Si veda, su tutti, J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., p. 125 ss.

¹⁸² Come si è notato nel Capitolo I, soltanto nel 2018 il Report ICCA-QMUL sottolineava che “[m]ostly institutional rules do not include any provisions explicitly defining or addressing third-party funding, with only a few exceptions” (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 64). V. *supra*, Capitolo I, nota 53.

5.1. La disclosure come un obbligo della parte finanziata di cooperare al mantenimento dell'integrità del procedimento arbitrale

Come si è appena avuto modo di illustrare, le previsioni sulla divulgazione degli accordi di finanziamento – ad eccezione dell'Art. 24 del regolamento SIAC per i procedimenti in materia di investimenti – sono tutte formulate nel senso di prevedere la *disclosure* innanzitutto come un obbligo della parte finanziata piuttosto che un potere del tribunale arbitrale. Il motivo di ciò sembra evidente: prima della *disclosure*, la parte finanziata e il finanziatore sono gli unici soggetti *certamente* a conoscenza del finanziamento; la previsione di un potere delle istituzioni arbitrali nella fase di costituzione del tribunale o di quest'ultimo risulterebbe quindi non particolarmente utile, potendosi un simile potere esercitare soltanto laddove circostanze esterne rendessero altrimenti noto che il finanziamento viene utilizzato¹⁸³. Ad ogni modo, nessun obbligo può essere imposto *direttamente* in capo al finanziatore, soggetto estraneo al procedimento e svincolato dall'autorità del tribunale¹⁸⁴. Così, l'unico soggetto al quale l'obbligo può essere efficacemente imposto è, per l'appunto, la parte finanziata stessa.

Quanto al contenuto della *disclosure*, l'approccio dominante, lo si è visto, è quello di imporre soltanto la divulgazione dell'esistenza dell'accordo di finanziamento e dell'identità del finanziatore. Non devono invece essere resi noti i termini precisi dell'accordo¹⁸⁵. Tale approccio appare in effetti quello corretto, in quanto esso bilancia le esigenze di tutte le parti del procedimento e dello stesso tribunale arbitrale, giacché consente una valutazione da parte degli arbitri della sussistenza dei requisiti di imparzialità e indipendenza senza imporre alla parte finanziata l'onere eccessivo di

¹⁸³ L'imposizione di un obbligo in capo alla parte finanziata è l'approccio adottato anche dal *General Standard 7* delle linee guida IBA sui conflitti di interessi, cit., ai sensi del quale: "A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity". Si tratta, ovviamente, di uno strumento di *soft law*, in quanto tale non vincolante, il cui impatto effettivo sui procedimenti è ad oggi discusso: si veda in proposito G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 1971 ss.

¹⁸⁴ Come si è avuto modo di dimostrare nel Capitolo II del presente lavoro.

¹⁸⁵ Nel contesto dei lavori UNCITRAL sulla riforma dei meccanismi di ISDS è stata adottata anche una previsione sulla *disclosure* del finanziamento, pensata ai fini di una sua inclusione in IIAs (UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.219, cit., *Draft Provision E-2*), il cui par. 1 recita come segue: "The funded party shall disclose to the arbitral tribunal and the other disputing parties the following information: (a) the name and address of the third-party funder; (b) the name and address of the beneficial owner of the third-party funder and any natural or legal person with decision-making authority for or on behalf of the third-party funder in relation to the proceeding; and (c) the funding agreement or the terms thereof". Come si vede, quindi, la disposizione imporrebbe l'obbligo di *disclosure* dei termini dell'accordo di finanziamento; tuttavia, emerge dal Report dei lavori del *Working Group III* che "there was general support for subparagraphs 1(a) and 1(b). However, it was stated that disclosure should be limited to that necessary to identify and resolve a potential conflict of interest. With regard to subparagraph 1(c), diverging views were expressed on whether the funding agreement or the terms thereof should be subject to mandatory disclosure. One view was that the disclosure of such information was crucial [...]. Another view was that the funding agreement and its terms should only be disclosed when required by the arbitral tribunal insofar as it would be necessary to identify the nature of the funding arrangement" (UN Doc. A/CN.9/1124, cit., parr. 135-137).

rendere note informazioni sensibili contenute nell'accordo di finanziamento. Un onere la cui imposizione non sembra affatto necessaria: i termini dell'accordo, infatti, possono assumere rilevanza, come si è detto, nel contesto delle decisioni sulla imposizione di una cauzione per le spese di giudizio e sull'allocazione dei costi del procedimento. Quanto alla *security for costs*, tuttavia, che tale misura cautelare venga richiesta è del tutto eventuale, di talché sarebbe eccessivo pretendere dalla parte finanziata la divulgazione delle pattuizioni concluse con il finanziatore circa il pagamento delle spese di parte avversa prima che la richiesta venga effettivamente presentata. Anche in questo caso, peraltro, la *disclosure* potrebbe non essere necessaria, poiché circostanze diverse potrebbero essere dirimenti nel senso della concessione o meno della misura; basti pensare alla situazione nella quale, in aggiunta ad un finanziamento *non-recourse*, il ricorrente benefici anche di una polizza assicurativa ATE con idoneo massimale. Questo è quanto avvenuto, ad esempio, nel più volte menzionato caso *Eskosol v. Italy*¹⁸⁶, nel quale lo Stato convenuto aveva presentato, unitamente alla richiesta di cauzione per le spese di giudizio, una richiesta di *disclosure*, poiché “in order to protect its rights Italy needs to know whether the Claimant is funded by a third party and whether such third party would be financially sound as well as committed to execute a cost award adopted by the Tribunal against Eskosol”¹⁸⁷. Il Tribunale, aderendo alla posizione dell'investitore, ha invece concluso che la *disclosure* non fosse affatto necessaria, dal momento che quest'ultimo aveva dimostrato di essere il beneficiario di una polizza assicurativa ATE per un importo di gran lunga superiore a quello della cauzione richiesta dall'Italia; la *disclosure* è stata quindi considerata non necessaria e non urgente¹⁸⁸.

Ancora, nel caso *Bacilio Amorrortu v. Peru*, il Tribunale arbitrale si è dovuto confrontare con una richiesta di *disclosure*, presentata dallo Stato convenuto, dell'identità del finanziatore e dei termini dell'accordo di finanziamento concluso dal ricorrente relativi al pagamento dei costi di parte avversa e al ruolo del finanziatore nella conclusione del procedimento e in una eventuale definizione transattiva della vertenza¹⁸⁹. Tali termini, secondo il Perù, assumevano rilevanza ai fini della eventuale presentazione di una domanda di cauzione per le spese di giudizio¹⁹⁰. Il ricorrente, tuttavia, ha ritenuto

¹⁸⁶ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, cit., Procedural Order No. 3, cit.

¹⁸⁷ *Ivi*, par. 40.

¹⁸⁸ *Ivi*, parr. 44 e 45: “The Tribunal agrees with Eskosol that the issues raised by the Disclosure Application are largely moot, in that Eskosol has now answered Italy’s initial question, namely ‘whether the Claimant is funded by a third party,’ as well as at least part of the second question, ‘whether such third party would be financially sound as well as committed to execute a cost award adopted by the Tribunal against Eskosol.’ It is now clear that the funder has made arrangements to support any cost award against Eskosol up to the amount of €1 million. It is neither necessary nor urgent at this point to investigate whether the funder would be in a position to arrange (or willing to arrange) insurance coverage or other security for a potentially higher amount of costs. Such an investigation would be highly premature. For these reasons, Italy’s request for a provisional measure directing Eskosol to submit Exhibits C-005 and C-006 without redactions, ‘to permit ... confirmation whether a funding third party did commit itself to cover Eskosol[’s] costs of these proceedings,’ is hereby denied”.

¹⁸⁹ *Bacilio Amorrortu v. Republic of Peru (I)*, PCA Case No. 2020-11, Procedural Order No. 2, 19 ottobre 2020.

¹⁹⁰ *Ivi*, par. 9.

di poter rivelare al più l'identità del finanziatore al solo Tribunale, per consentire a questo una valutazione sulla sussistenza di eventuali conflitti di interessi, contestando invece la necessità di rendere noti i termini dell'accordo¹⁹¹. Il Tribunale ha aderito a quest'ultima posizione, ritenendo però che la *disclosure* andasse fatta anche nei confronti della controparte¹⁹²: "There is no [...] any other circumstance raised by the Respondent to justify more ample disclosure except for the simple fact that the Claimant has entered into a third party funding agreement"¹⁹³.

Quanto all'incidenza del TPF sull'allocazione dei costi, si è già detto che la tendenza dei tribunali arbitrali è nel senso di ritenere del tutto irrilevante il finanziamento ai fini dell'assunzione di determinazioni sul punto; circostanza, questa, che escluderebbe a monte la rilevanza di ogni *disclosure*. Se si accede, ad ogni modo, come qui si è fatto, all'idea che la natura *pro bono* del finanziamento possa escludere la recuperabilità delle spese di giudizio, sembra ancora una volta più opportuno affrontare la questione al momento della sua proposizione, laddove il tribunale dovesse ritenere di allocare i costi in capo alla parte finanziata. Del resto, essendo le decisioni sull'allocazione di costi caratterizzate – come si è detto – da un enorme grado di discrezionalità del tribunale arbitrale, anticipare la *disclosure* potrebbe non essere agevole, dovendo individuarsi *a priori* quali termini dell'accordo siano in principio rilevanti. È questo l'approccio adottato, ad esempio, nel caso *Muhammet Çap v. Turkmenistan*. Nel suo *Procedural Order No. 2*¹⁹⁴, il Tribunale ha identificato una serie di circostanze che possono rendere necessaria, in astratto, la *disclosure* dell'accordo di TPF: "It seems to the Tribunal that the following factors may be relevant to justify an order for disclosure, and also depending upon the circumstances of the case: [...] c. For the Tribunal to fairly decide how costs should be allocated at the end of any arbitration; [...]". Eppure, secondo il Tribunale,

"Respondent has failed to show that third party funding is likely, or that it is relevant for the Tribunal's determination of the issues currently under deliberation between the Tribunal members. [...] Accordingly, at the present time, the Tribunal is not persuaded that there is any reason to make an order requiring Claimants to disclose how they are funding this arbitration. Respondent's application is therefore denied"¹⁹⁵.

Quando, successivamente, la *disclosure* è stata ordinata, ciò è stato fatto essenzialmente per consentire la valutazione di eventuali conflitti di interessi, essendo emerso che uno degli arbitri aveva in passato svolto attività di consulenza per un finanziatore¹⁹⁶.

¹⁹¹ *Ivi*, par. 6.

¹⁹² *Ivi*, par. 8.

¹⁹³ *Ivi*, par. 11.

¹⁹⁴ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, cit., Procedural Order No. 2, 24 giugno 2014. La decisione non è pubblica, ma estratti della stessa sono riprodotti nel lodo del maggio 2021.

¹⁹⁵ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, cit., Award, cit., par. 44.

¹⁹⁶ V. *supra*, note 37-41 e relativo testo.

Che l'obbligo di *disclosure* in capo alla parte finanziata debba avere ad oggetto, in prima battuta, soltanto l'esistenza dell'accordo di finanziamento e l'identità del finanziatore appare confermato anche dalle (pochissime) legislazioni nazionali in tema di TPF. Singapore, ad esempio, ha adottato una disposizione ai sensi della quale,

“[w]hen conducting any dispute resolution proceedings before a court or tribunal, a legal practitioner must disclose to the court or tribunal, and to every other party to those proceedings —

(a) the existence of any third-party funding contract related to the costs of those proceedings; and

(b) the identity and address of any Third-Party Funder involved in funding the costs of those proceedings”¹⁹⁷.

Analoga previsione è contenuta nella legislazione in materia di finanziamento adottata da Hong Kong¹⁹⁸. La *Practice Direction No. 2 of 2017 on Third Party Funding in the DIFC Courts*, invece, è ancora più esplicita nel disporre che

“[a] Funded Party who enters into [a Litigation Funding Agreement (LFA)] in respect of Proceedings must put every other party to the relevant dispute on notice [...] of the fact that he has entered into an LFA in respect of the relevant Proceedings. *For the avoidance of doubt, this subsection [...] requires disclosure of the Funder's identity but does not require disclosure of a copy of or any part of the LFA unless the Court orders otherwise*”¹⁹⁹.

Le *ADGM Courts, Civil Evidence, Judgments, Enforcement and Judicial Appointments Regulations 2015*, poi, prevedono, all'Art. 225, par. 6, che chiunque entri in un accordo di finanziamento deve rendere noto *soltanto* il fatto in sé della conclusione dell'accordo, non specificando neppure che vada divulgata l'identità del finanziatore²⁰⁰.

È a questo punto doveroso notare, però, che i regolamenti arbitrali e i trattati menzionati, tendenzialmente, non affrontano espressamente il problema delle conseguenze della mancata ottemperanza all'obbligo di *disclosure*. Eccezioni sono il già

¹⁹⁷ *Legal Profession (Professional Conduct) Rules 2015*, Part 5A, Sezione 49A.

¹⁹⁸ *Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017*, Division 5, 98U. Il medesimo approccio è adottato anche nel già citato e non ancora definitivamente in vigore *Arbitration and Mediation Act 2022* della Nigeria, la cui Sezione 62 disporrebbe che “[i]f a Third-Party Funding agreement is made, the party benefitting from it shall give written notice to the other party or parties, the arbitral tribunal and, where applicable, the arbitral institution, of the name and address of the Third-Party Funder”. Secondo il par. 3 della medesima Sezione, poi, “[w]here a Respondent has brought an application for security for cost based on the disclosure of Third-Party Funding, the Tribunal may allow the funded party or its counsel to provide the Tribunal with an affidavit stating whether under the funding arrangement, the Funder has agreed to cover adverse costs order. The affidavit shall be a relevant consideration to the tribunal's decision on whether to grant security for costs”.

¹⁹⁹ Cit., par. 4, corsivo aggiunto.

²⁰⁰ Cit.: “A litigant who enters into a litigation funding agreement in respect of proceedings must put every other party to the relevant dispute on written notice [...] only of the fact that he has entered into a litigation funding agreement in respect of the relevant dispute”.

citato Art. 14.32 dell'accordo di *partnership* economica Australia-Indonesia, che dà al tribunale arbitrale il potere di disporre la sospensione o l'estinzione del procedimento, e l'Art. 27, par. 3, delle regole arbitrali CIETAC per i procedimenti in materia di investimenti, ai sensi del quale il Tribunale può tener conto della mancata *disclosure* nell'allocatione dei costi del procedimento.

Ad ogni modo, in assenza di norme specifiche sul punto, può comunque notarsi che la quasi totalità dei regolamenti arbitrali conferisce al tribunale il potere di tener conto, più genericamente, del comportamento delle parti e di sanzionarlo con appropriati provvedimenti, per lo più nella fase di allocatione dei costi del procedimento. Ad esempio, l'Art. 9, parr. 3 e 4, del regolamento CAM dispone che “[i]l Tribunale Arbitrale può sanzionare gli inadempimenti ai propri provvedimenti e i comportamenti abusivi contrari a buona fede. Nella ripartizione dei costi il Tribunale Arbitrale tiene conto della condotta delle parti e dei difensori”. Ancora, secondo l'Art. 38, par. 5, delle regole ICC, “[i]n making decisions as to costs, the arbitral tribunal may take into account such circumstances as it considers relevant, including the extent to which each party has conducted the arbitration in an expeditious and cost-effective manner”. Del resto, come si è visto nella Sezione 4, le norme sull'allocatione dei costi sono generalmente sufficientemente ampie da permettere ad un tribunale di tener conto di ogni circostanza che esso consideri rilevante, inclusa la condotta delle parti e la loro inottemperanza all'obbligo di divulgazione dell'accordo di finanziamento²⁰¹. Così, è stato suggerito che la mancata *disclosure* dell'accordo di finanziamento possa determinare la non recuperabilità del costo del finanziamento stesso giacché non potrebbe farsi sostenere alla parte non finanziata il costo di un accordo di TPF del quale essa non era a conoscenza²⁰².

A noi sembra che, in effetti, il momento dell'assunzione di determinazioni sui costi del procedimento sia quello nel quale l'adozione di provvedimenti “sanzionatori” dell'inottemperanza all'obbligo di *disclosure* appare più efficace. Coartare l'esecuzione dell'obbligo di *disclosure*, infatti, sembra quantomai difficile, se non impossibile, e l'adozione di qualunque altro provvedimento sembra ostacolata dalla estraneità del finanziatore al procedimento e dalla sua non assoggettabilità alla giurisdizione del tribunale arbitrale. Ciò sembra ad esempio confermato dai più volte menzionati lavori dell'UNCITRAL di riforma dei meccanismi di ISDS, nel contesto dei quali è stata discussa una disposizione apposita sulle conseguenze della mancata *disclosure* degli accordi di TPF (*Draft Provision E-3*), ai sensi della quale:

“[I]f a funded party fails to disclose the information in accordance with [draft provision E-2], the arbitral tribunal may:

- (a) order the party to terminate the agreement and to return any funding received;
- (b) suspend or terminate the proceeding;
- (c) order security for costs [...]

²⁰¹ A. CRIVELLARO e L. MELCHIONDA, *Disclosure and Conflicts of Interest in Relation to Third-Party Funding*, cit., p. 293.

²⁰² In questo senso INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 159.

(d) take this fact into account when allocating costs [...]”.

Come si può notare, al di là della possibilità che la mancata *disclosure* determini l'imposizione di una cauzione per le spese di giudizio o sia presa in considerazione nella fase di allocazione dei costi, le altre sanzioni proposte sono quella dell'ordine di conclusione dell'accordo di finanziamento e la restituzione di quanto ricevuto in virtù dello stesso o la sospensione o estinzione del procedimento. Tuttavia, come notato dal gruppo di lavoro,

“[d]oubts were expressed about subparagraph (a) as the arbitral tribunal would likely lack the competence to issue such an order. Doubts were also expressed about subparagraph (b), particularly when third-party funding was to be regulated only via disclosure requirements. However, it was noted that the possibility of suspension could incentivize disputing parties to abide by the disclosure obligations, particularly when so requested by the arbitral tribunal. It was generally felt that termination should not be listed as a possible sanction, as the outcome would be too severe”²⁰³.

In ultima analisi, quindi, l'imposizione di un obbligo di *disclosure* in capo alla parte finanziata appare la soluzione più opportuna nonché, in effetti, l'unica via davvero percorribile²⁰⁴. Questo in quanto, come si è detto, soltanto la parte finanziata e il finanziatore sono sicuramente a conoscenza dell'esistenza dell'accordo di TPF. La condotta del secondo, tuttavia, non può essere efficacemente regolata, essendo questi un soggetto estraneo al procedimento sul quale il tribunale arbitrale non ha giurisdizione. Il soggetto che beneficia del finanziamento, quindi, deve rendere note al tribunale e alla controparte soltanto l'esistenza dell'accordo di finanziamento e l'identità del finanziatore: tutto ciò che è necessario alla valutazione della sussistenza di eventuali conflitti di interessi. Tuttavia, come si vedrà nelle pagine che seguono, ciò non significa affatto che il tribunale non possa imporre la *disclosure* di termini dell'accordo rilevanti ai fini dell'assunzione di una qualunque decisione, ad esempio in materia di costi del procedimento. Tale possibilità, infatti, oltre ad essere espressamente prevista da alcuni regolamenti arbitrali²⁰⁵, può in ogni caso essere ricondotta alla categoria dei c.dd. poteri inerenti di cui un tribunale arbitrale è titolare.

5.2. Il potere inerente del tribunale arbitrale di disporre la disclosure di ogni elemento rilevante dell'accordo

Come poc'anzi detto, il fatto che l'approccio adottato dalle istituzioni arbitrali sia stato quello di prevedere la sola *disclosure* dell'esistenza dell'accordo di finanziamento e

²⁰³ UN Doc. A/CN.9/1124, cit., par. 141.

²⁰⁴ D. KAYALI, *Third-Party Funding in Investment Arbitration: How to Define and Disclose It*, in “ICSID Review – Foreign Investment Law Journal”, 2022, in corso di pubblicazione.

²⁰⁵ Si vedano i poco più su citati Art. 24 delle regole SIAC per i procedimenti in materia di investimenti, Art. 27 del regolamento CIETAC per i procedimenti in materia di investimenti e Art. 14 del Regolamento ICSID.

dell'identità del finanziatore non significa che un tribunale non disponga in ogni caso del potere di ordinare la divulgazione di ogni parte rilevante dell'accordo di TPF laddove dovesse ritenerlo necessario al corretto svolgimento del procedimento.

Come è noto, infatti, è ormai quasi unanimemente accettato, tanto dalla dottrina quanto dalla prassi, che i tribunali arbitrali dispongano di c.dd. poteri inerenti, vale a dire “quei poteri che ineriscono all'attività di un organo e che come tali non richiedono l'esistenza di una norma che espressamente ne consenta l'esercizio”²⁰⁶. La nozione di potere inerente è, come evidente, molto vaga, e le stesse giurisdizioni internazionali che l'hanno utilizzata lo hanno per lo più fatto senza giustificare il ricorso alla stessa; come notato dalla dottrina, “la copiosa giurisprudenza internazionale in materia raramente fornisce sicure indicazioni circa il fondamento dei poteri inerenti invocati, limitandosi, in gran parte dei casi, a dare per scontata la loro esistenza mediante riferimenti ad analoghi precedenti giurisprudenziali”²⁰⁷. Sebbene ne sia quindi ormai ampiamente accettata l'esistenza, ancora acceso è il dibattito sul loro fondamento normativo.

Così, vi è chi ritiene che i poteri inerenti tipicamente invocati siano in realtà altrettanti principi comuni agli ordinamenti domestici *ex* Art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia il quale, come è noto, enumera tra le fonti del diritto internazionale che la Corte applica alla risoluzione di una controversia ad essa demandata i “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”²⁰⁸. Ancora, vi è chi ricava l'esistenza dei poteri inerenti dalla natura giurisdizionale o arbitrale dell'organo che li esercita; in altri termini, il mero fatto che un organo sia qualificabile come corte o tribunale internazionale conferirebbe ad esso poteri inerenti a tale qualificazione, che in quanto tali prescindono da una espressa attribuzione da parte dello strumento costitutivo o da altra norma²⁰⁹. Altri ancora rintracciano il fondamento dei poteri inerenti nella c.d. teoria dei poteri impliciti, vale a dire la teoria secondo la quale un organo è titolare non

²⁰⁶ F. M. PALOMBINO, “Introduzione al diritto internazionale”, Roma – Bari, Laterza, II ed., 2021, p. 125. Sui poteri inerenti in generale si vedano: C. BROWN, *Inherent Powers in International Adjudication*, in C. ROMANO, K. ALTER e Y. SHANY (a cura di), “The Oxford Handbook of International Adjudication”, Oxford, OUP, 2013, p. 828 ss.; ID., *The Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, in “British Yearbook of International Law”, 2005, p. 195 ss.; P. GAETA, *Inherent Powers of International Court and Tribunals*, in L. CHAND VOHRAH, F. POCAR, Y. FEATHERSTONE, O. FOURMY, C. GRAHAM, J. HOCKING e N. ROBSON (a cura di), “Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese”, L'Aia, Kluwer Law International, 2003, p. 353 ss.; A. K. BJORKLUND e J. BROSSEAU, *Sources of Inherent Powers*, in F. FERRARI e F. ROSENFELD (a cura di), “Inherent Powers of Arbitrators”, New York, JurisNet, 2019, p. 1 ss. Quanto ai poteri inerenti nell'arbitrato in materia di investimenti si vedano: L. MAROTTI, *I poteri inerenti*, in D. MANTUCCI (a cura di), “Trattato di Diritto dell'arbitrato. Vol. XIII. L'arbitrato negli investimenti internazionali”, cit., p. 525 ss.; M. PAPARINSKIS, *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So*, in T. WEILER e I. A. LAIRD (a cura di), “Investment Treaty Arbitration and International Law”, Vol. V, New York, Juris Publishing, 2012. Il tema dei poteri inerenti nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale è stato approfondito molto meno dalla dottrina; si segnalano sul punto i lavori dell'International Law Association, raccolti in *ILA Report for the Biennial Conference in Washington D.C. April 2014*.

²⁰⁷ L. MAROTTI, *I poteri inerenti*, cit., p. 528.

²⁰⁸ C. BROWN, *The Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, cit., p. 224; P. GAETA, *Inherent Powers of International Court and Tribunals*, cit., p. 359 ss.

²⁰⁹ C. BROWN, *The Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, cit., p. 227 ss.; P. GAETA, *Inherent Powers of International Court and Tribunals*, cit., p. 364 ss.

soltanto dei poteri “*espressamente conferitigli* [...], ma anche [di] quelli impliciti che risultino funzionali all’esercizio dei poteri espressi”²¹⁰. Ancora, vi è chi considera esistente un principio generale di diritto internazionale in forza del quale un tribunale internazionale può esercitare tutti i poteri necessari ad una corretta amministrazione della giustizia e all’esplicazione della propria funzione giurisdizionale²¹¹. L’approccio che sembra avere maggiore supporto in dottrina, ad ogni modo, è il c.d. approccio “funzionalistico”, secondo il quale i poteri inerenti deriverebbero dall’esigenza di consentire a corti e tribunali internazionali di esercitare correttamente le funzioni ad essi demandate²¹².

La varietà delle tesi avanzate dalla dottrina rende evidente come non esista una risposta univoca alla domanda circa il fondamento normativo dei poteri inerenti; e tuttavia, la dottrina ha altresì sottolineato che “[i]n verità, lo stesso problema del fondamento giuridico dei poteri inerenti appare per certi versi sopravvalutato. Gran parte dei principali poteri inerenti dei tribunali internazionali appare ormai talmente consolidata nella giurisprudenza che un’indagine circa il fondamento giuridico di tali poteri rischia di tradursi in un mero esercizio teorico”²¹³.

Del resto, proprio nell’ambito dell’arbitrato commerciale e in materia di investimenti, il fondamento normativo dei poteri inerenti appare meno incerto che altrove. Se si guarda ai procedimenti dotati di sede, infatti, è stato notato che

“the widespread diffusion of national arbitration laws that give arbitrators substantial discretion over proceedings suggests that there exists a general recognition that arbitrators cannot carry out their mandate absent some authority to fill in gaps left unaddressed by party agreement. Indeed, common law and civil law jurisdictions alike have enacted national arbitration laws that afford arbitrators considerable flexibility in overseeing arbitral procedure”²¹⁴.

Lo stesso modello di legge UNCITRAL sull’arbitrato commerciale internazionale riconosce, all’Art. 19, par. 2, che “the arbitral tribunal may [...] conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate”²¹⁵.

Quanto ai procedimenti privi di sede, vale a dire quelli amministrati dall’ICSID, la possibilità di ricorrere ai poteri inerenti è stata in qualche modo “codificata”: l’Art. 44 della Convenzione ICSID, infatti, dispone che “[i]f any question of procedure arises

²¹⁰ F. M. PALOMBINO, “Introduzione al diritto internazionale”, cit., p. 124. V. C. BROWN, *The Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, cit., p. 225 ss.; P. GAETA, *Inherent Powers of International Court and Tribunals*, cit., p. 360.

²¹¹ P. GAETA, *Inherent Powers of International Court and Tribunals*, cit., p. 367.

²¹² C. BROWN, *The Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, cit., p. 228 ss.

²¹³ L. MAROTTI, *I poteri inerenti*, cit., p. 533.

²¹⁴ *ILA Report for the Biennial Conference in Washington D.C. April 2014*, cit., p. 6.

²¹⁵ *Ibid.*

which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question”²¹⁶.

Sembra quindi indiscutibile che i tribunali arbitrali siano dotati di poteri inerenti ai quali poter ricorrere per fronteggiare esigenze sorte nel corso del procedimento per le quali non vi sia una specifica disposizione; e in effetti, la giurisprudenza arbitrale è ricca di riferimenti all’istituto dei poteri inerenti. Il potere di ordinare alle parti la *disclosure* di termini dell’accordo di finanziamento che dovessero essere rilevanti nell’assunzione di altre decisioni, come quelle sulla giurisdizione o sui costi, è senz’altro riconducibile alla categoria di poteri in discorso. La prassi arbitrale in materia di investimenti ne è una conferma: ben prima dell’adozione del nuovo regolamento arbitrale ICSID, il cui Art. 14, par. 4, prevede che “[t]he Tribunal may order disclosure of further information regarding the funding agreement and the non-party providing funding”, i tribunali arbitrali non hanno mai messo in dubbio l’esistenza di tale potere.

Nel caso *Muhammet Çap v. Turkmenistan*, ad esempio, il Tribunale arbitrale ha affermato il proprio potere inerente di ordinare la *disclosure* dell’accordo di finanziamento nella misura in cui ciò fosse necessario a preservare i diritti delle parti e l’integrità del procedimento; tale potere, del resto, non era stato neppure contestato dallo stesso ricorrente finanziato²¹⁷. Altra giurisprudenza non è stata altrettanto esplicita nel qualificare il potere di ordinare la *disclosure* come potere inerente, eppure “there is an absence of clear justification for what can only be regarded as an exercise of inherent powers”²¹⁸.

Così, nel caso *South American Silver v. Bolivia*, il Tribunale si è limitato a osservare in poche righe che, per ragioni di trasparenza del procedimento, la richiesta dello Stato di ottenere la *disclosure* del nome del finanziatore andasse accolta. Il Tribunale non ha invece accolto la richiesta di *disclosure* dei termini dell’accordo, in quanto non rilevanti²¹⁹. Del resto, lo stesso investitore non aveva messo in dubbio che la *disclosure* potesse essere disposta²²⁰. Ancora, nel caso *EuroGas v. Slovakia*, il Tribunale ha lapidariamente osservato che “[w]e think that the Claimants should disclose the identity of the third-party funder, and that third-party funder will have the normal obligations of confidentiality”²²¹.

Nei casi *Guaracachi v. Bolivia* e *Eskosol v. Italy*, la richiesta di produzione dell’accordo di finanziamento è stata rigettata, ancora una volta in quanto non ritenuta

²¹⁶ In aggiunta, l’Art. 27 del regolamento arbitrale (precedentemente l’Art. 19) dispone che “[t]he Tribunal shall make the orders and decisions required for the conduct of the proceeding. V. C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH e A. SINCLAIR, “The ICSID Convention. A Commentary”, cit., p. 688.

²¹⁷ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, cit., Procedural Order No. 3, cit., par. 6: “As stated at § 9 of Procedural Order No. 2 the Tribunal considers that it has inherent powers to make orders of the nature requested where necessary to preserve the rights of the parties and the integrity of the process. Claimants have not challenged this inherent power under the ICSID Rules”.

²¹⁸ L. SHORE, *Inherent Powers: Disclosure of Third Party Funders*, in F. FERRARI e F. ROSENFELD (a cura di), “Inherent Powers of Arbitrators”, cit., p. 195 ss., p. 205 (corsivo aggiunto).

²¹⁹ *South American Silver v. Bolivia*, cit., Procedural Order No. 10, cit., par. 79 ss.

²²⁰ *Ivi*, par. 15.

²²¹ *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, cit., Transcript of the First Session and Hearing on Provisional Measures, 17 marzo 2015, p. 145; Award, 18 agosto 2017, par. 108.

giustificata dalle circostanze del caso concreto, non essendo però mai messo in dubbio tanto dal Tribunale quanto dalle parti che il potere di ordinare la *disclosure* esistesse²²².

Da ultimo, nel caso *Bacilio Amorrortu v. Peru* il Tribunale ha ordinato al ricorrente di rendere nota l'identità del finanziatore ma non anche i termini dell'accordo di finanziamento, senza discutere il fondamento del potere di disporre la *disclosure*, se non per notare che "[t]he Claimant does not dispute the authority of the Tribunal to order [it]"²²³.

Sembra quindi chiaro che il potere di imporre alla parte finanziata di rendere noti i termini di un accordo di TPF sia considerato dalla giurisprudenza un potere inerente, che può quindi essere esercitato anche in assenza di una norma specifica che lo attribuisca espressamente al tribunale. La giurisprudenza qui menzionata, tuttavia, rende anche evidente come tale potere sia stato usato con estrema cautela: ad eccezione del caso *Muhammet Çap*, infatti, nessuna delle decisioni citate ha effettivamente disposto che i termini dell'accordo di finanziamento venissero resi noti; al più, esse hanno ordinato alle parti finanziate di divulgare l'identità del finanziatore²²⁴. Ciò conferma quanto più volte affermato nel corso del presente Capitolo: l'onere di divulgare i termini dell'accordo di finanziamento può essere particolarmente gravoso per la parte finanziata, poiché esso contiene spesso informazioni altamente sensibili concernenti la situazione economico-finanziaria della parte finanziata, la valutazione delle possibilità di successo operata dal finanziatore, nonché le possibili e più efficaci strategie processuali. Si tratta di informazioni la cui divulgazione potrebbe indebitamente avvantaggiare la parte non finanziata; non si vede quindi perché quest'ultima dovrebbe avervi accesso a meno che non vi sia una ragione concreta.

Del resto, nello stesso caso *Muhammet Çap*, il Tribunale ha sì ordinato che venisse effettuata la *disclosure* "of the name or names and details of the third-party funder(s), and the nature of the arrangements concluded with the third-party funder(s), including whether and to what extent it/they will share in any successes that Claimants may achieve in this arbitration"²²⁵; e però, di fronte al rifiuto dell'investitore di produrre l'accordo perché contenente informazioni sensibili, esso ha accettato la semplice produzione di *affidavit* relativi alle previsioni rilevanti per le proprie determinazioni e su questi ha proceduto a decidere dell'obiezione alla giurisdizione mossa dal Turkmenistan, secondo la quale il *claim* era stato trasferito al finanziatore²²⁶. Ciò rappresenta, a ben vedere, un ulteriore vantaggio del ricorso alla categoria dei poteri inerenti per consentire la *disclosure* dei termini degli accordi di finanziamento, poiché tali poteri consentono al tribunale di valutare caso per caso come essa debba essere in concreto effettuata,

²²² *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, cit., Procedural Order No. 3. *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, cit., Procedural Order No. 3, cit., par. 40 ss.

²²³ *Bacilio Amorrortu v. Republic of Peru (I)*, cit., Procedural Order No. 2, cit., par. 6.

²²⁴ Si veda anche *Angel Samuel Seda and others v. Republic Colombia*, ICSID Case No. ARB/19/6, Procedural Order No. 2, 18 febbraio 2021, e Procedural Order No. 11, 15 luglio 2022.

²²⁵ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, cit., Procedural Order No. 3, cit., par. 13.

²²⁶ V. Capitolo II, Sezione 3.3.

limitandone gli effetti negativi per la parte finanziata e riducendo il rischio che la stessa possa opporre al tribunale la confidenzialità dell'accordo di finanziamento²²⁷.

La semplice attribuzione di un potere al tribunale di ordinare la *disclosure* dei termini e di attuarla in concreto calibrandola sulle necessità del procedimento sembra quindi di gran lunga la soluzione preferibile, giacché consente di salvaguardare il diritto della parte non finanziata a che l'accordo di finanziamento venga preso in considerazione quando necessario senza essere, allo stesso tempo, eccessivamente intrusiva nelle scelte della parte finanziata circa la gestione del rischio connesso al procedimento arbitrale e, in generale, circa la propria situazione economica.

6. CONCLUSIONI

L'analisi condotta nel presente Capitolo ha evidenziato come l'esistenza di un accordo di finanziamento possa incidere su alcuni momenti chiave dello svolgimento di un procedimento arbitrale.

In primo luogo, infatti, si è visto che l'impiego di forme di TPF è in grado di influire sul processo di costituzione del tribunale, avendo un peso sulla valutazione della sussistenza dei requisiti di imparzialità e indipendenza dei quali gli arbitri devono essere dotati. Se da un lato ci sembra che questo peso non vada sovrastimato – dal momento che i finanziatori, in quanto soggetti che profittano dell'esito di un procedimento arbitrale, difficilmente interferiranno con la sua regolare conduzione –, neppure è persuasivo l'argomento secondo il quale l'esistenza di un finanziamento non sia mai in grado di incidere sui requisiti in questione. Il finanziatore, *al pari di un qualunque soggetto terzo estraneo al procedimento ma con un interesse nell'esito dello stesso*, deve necessariamente essere preso in considerazione nell'accertamento della capacità degli arbitri di rendere una decisione imparziale.

In secondo luogo, l'esistenza di un accordo di TPF può assumere rilevanza nel contesto dell'assunzione di una decisione su una richiesta di cauzione per le spese di giudizio ad opera della parte non finanziata. Questo in quanto la concessione della misura cautelare in discorso ha come presupposto necessario la insufficienza dei mezzi per ottemperare ad una eventuale condanna al pagamento delle spese; così, il finanziamento può divenire un importante elemento dal quale desumere informazioni circa la situazione economico-finanziaria della parte nei confronti della quale la misura è richiesta. Ad ogni modo, si è provato ad evidenziare che il peso attribuito all'esistenza di un accordo di TPF nella decisione dell'imposizione della cauzione non dovrebbe mai spingersi fino a ritenere che tali accordi determinino un'inversione dell'onere della prova in capo al soggetto finanziato, al quale spetterebbe dimostrare la non necessità dell'imposizione della misura. L'opinione contraria, oltre ad essere allo stato minoritaria, non convince poiché fondata sulla discutibile premessa per la quale l'uso del TPF aumenterebbe il rischio di

²²⁷ Sulle conseguenze della mancata ottemperanza all'obbligo di *disclosure* si veda *supra*, Sezione precedente. Sulla questione della possibilità di far valere nel procedimento la confidenzialità dell'accordo di finanziamento si veda in generale INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, cit., p. 117 ss.

proposizione di liti temerarie e di non esecuzione delle decisioni sui costi. Del resto, questa conclusione appare perfettamente in linea con l'approccio da sempre adottato dalla giurisprudenza nei confronti di tale misura cautelare, considerata molto gravosa e da imporre quindi in circostanze del tutto eccezionali. La creazione di una presunzione in favore della concessione della misura in presenza di un accordo di finanziamento significherebbe, in ultima analisi, rendere particolarmente semplice ottenere la cauzione nei confronti di una parte finanziata, subordinando il diritto di accesso alla giustizia della stessa alla prova di condizioni economiche favorevoli, non richiesta invece per soggetti che non beneficino di un finanziamento.

Da ultimo, il TPF può assumere rilevanza nella decisione sull'allocazione dei costi al termine di un procedimento; se è ormai pacificamente accettato che i costi siano recuperabili dalla parte finanziata anche quando sia stata supportata da un finanziatore – purché essa abbia un obbligo giuridicamente vincolante di rimborsare quest'ultimo al termine del procedimento –, più complessa è la diversa questione della recuperabilità del costo del finanziamento stesso, vale a dire il costo del capitale o dell'assunzione del rischio. In proposito, bisogna tenere a mente che le norme sull'allocazione dei costi di un procedimento arbitrale tendenzialmente attribuiscono al tribunale una discrezionalità tale da consentire che il costo del finanziamento possa essere recuperato dalla parte che lo ha sostenuto, purché esso sia ragionevole secondo un duplice significato: *i)* il ricorso al TPF deve essere stato ragionevole; e *ii)* il costo in sé considerato deve ritenersi ragionevole.

L'analisi dell'incidenza del TPF sulle tre fasi del procedimento prese in considerazione ha reso evidente che numerose sono le ipotesi nelle quali un tribunale arbitrale potrebbe necessitare di venire a conoscenza dell'esistenza del finanziamento, dell'identità del finanziatore e di termini specifici dell'accordo. Il dibattito sull'opportunità della previsione di un obbligo di *disclosure* degli accordi di TPF è stato in brevissimo tempo superato, essendosi ormai la quasi totalità delle istituzioni arbitrali dotata di una qualche disposizione sul punto. Il processo di positivizzazione dell'obbligo di *disclosure*, però, ha riguardato soltanto la divulgazione dell'esistenza stessa dell'accordo e dell'identità del finanziatore, avendo le istituzioni arbitrali tendenzialmente approcciato la questione guardando alla sola necessità di salvaguardare l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri. Non si è invece positivizzato, in linea di massima, l'obbligo di *disclosure* dei termini dell'accordo di finanziamento. Ciò appare del tutto ragionevole, essendo questa una *disclosure* particolarmente onerosa per la parte finanziata: l'accordo contiene spesso, infatti, informazioni altamente sensibili sulla situazione economica di questa, sulle possibili strategie processuali e sulla valutazione delle possibilità di successo dell'azione operata dal finanziatore. Ciò non significa, però, che la divulgazione dei termini dell'accordo non possa essere imposta: indipendentemente dal fatto che un simile potere del tribunale venga previsto dalle pertinenti norme applicabili, può dirsi senz'altro che il potere di ordinare la *disclosure* sia ormai considerato dai tribunali arbitrali un potere inerente, esercitabile quindi anche in assenza di una disposizione specifica che lo attribuisca espressamente.

CAPITOLO IV

L'IMPATTO DEL FINANZIAMENTO SULL'ESEGUIBILITÀ DEI LODI ARBITRALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'annullamento dei lodi ICSID. – 2.1. “[T]he Tribunal has manifestly exceeded its powers”. – 2.2. “[T]he Tribunal was not properly constituted” o “there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure”. – 3. L'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere ai sensi della Convenzione di New York del 1958. – 3.1. Non esecuzione del lodo per impropria estensione della giurisdizione del tribunale arbitrale al finanziatore. – 3.2. Non esecuzione per violazione delle norme sul giusto processo arbitrale. – 3.3. Non esecuzione per violazione dell'ordine pubblico dello Stato nel quale essa è richiesta. – 4. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

L'ultima parte della ricerca che si intende svolgere è relativa all'impatto del finanziamento sull'eseguibilità dei lodi emessi al termine di procedimenti finanziati, impatto che può derivare essenzialmente da due circostanze: in primo luogo, dal fatto che, come già menzionato, la presenza di un terzo potrebbe pregiudicare il regolare svolgimento del procedimento arbitrale, incidendo ad esempio sulla costituzione del tribunale; in secondo luogo, dalla potenziale violazione di norme nazionali poste a divieto di determinate forme di finanziamento. Come si è avuto modo di anticipare, infatti, ciascun ordinamento può porre limiti di varia natura alla possibilità di finanziare una controversia altrui. A titolo meramente esemplificativo, si è già detto di come in alcuni ordinamenti di *common law* il finanziamento possa essere precluso da dottrine quali *champerty*, *maintenance* e *barratry*, le quali fanno appunto divieto di istigare un'azione o supportare in altro modo una delle parti in giudizio. Addirittura, alcuni di questi ordinamenti prevedevano fino a tempi recenti che il finanziamento fosse un reato; sebbene oggi ciò non sia più vero, *champerty* e *maintenance* possono ancora operare come principi di ordine pubblico in grado di determinare la non eseguibilità di un contratto di TPF. In aggiunta, anche ordinamenti che non contemplano simili istituti possono contenere norme specifiche che, di fatto, precludono il ricorso ad alcuni meccanismi di finanziamento: basti pensare alle norme sul divieto di determinazione dell'onorario del difensore subordinandolo all'esito vittorioso della controversia¹.

Una analisi esaustiva del fenomeno del TPF, quindi, non può che passare anche attraverso la valutazione del possibile impatto di questo sulla eseguibilità dei lodi resi al termine di procedimenti finanziati. Del resto, il successo dell'investimento operato da un

¹ Si veda *supra*, Capitolo I, Sezione I.

finanziatore dipende nella maggior parte dei casi non soltanto dall'ottenimento di un lodo favorevole alla parte finanziata, ma anche dalla concreta esecuzione di questo. In effetti, i procedimenti arbitrali internazionali necessitano spesso – per poter essere effettivi – del supporto dei sistemi giudiziari nazionali, i quali possono dover intervenire, tra l'altro, nelle fasi di deferimento delle parti in arbitrato, di nomina degli arbitri, dell'adozione di misure cautelari, nonché, per l'appunto, nelle successive fasi di riconoscimento ed esecuzione dei lodi. Ciò ha quindi portato la dottrina a chiedersi quali siano gli ostacoli nell'eseguire “a funded award in an anti-funding environment”².

Ai fini dell'indagine che qui ci si propone di svolgere, una precisazione è necessaria: come è noto, la Convenzione istitutiva dell'ICSID ha introdotto un regime peculiare per l'esecuzione dei lodi resi dai tribunali arbitrali amministrati dallo stesso Centro. Essi sono in primo luogo sottratti all'impugnazione dinanzi alle corti degli Stati contraenti, così che nessuno spazio è lasciato alla possibilità, per la parte soccombente, di impugnare il lodo reso nei propri confronti dinanzi ai giudici di uno degli Stati parte della Convenzione³. In secondo luogo, questi ultimi hanno – ai sensi dell'Art. 54, par. 1, della Convenzione stessa – l'obbligo di eseguire i lodi resi da tribunali amministrati dal Centro alla stregua di decisioni interne definitive, non potendosi far valere alcuna ragione per sottrarsi all'esecuzione⁴, fatta salva la possibilità per lo Stato convenuto e soccombente di invocare la propria immunità dalla stessa⁵.

La Convenzione ICSID, però, prevede un proprio autonomo meccanismo di annullamento dei lodi, di cui all'Art. 52. Questo dispone infatti, al par. 1, che:

² B. KNOWLES e P. BAKER, *Enforcing a Funded Award in an Anti-Funding Environment*, Global Arbitration Review, 20 agosto 2017, disponibile all'indirizzo <https://globalarbitrationreview.com/article/enforcing-funded-award-in-anti-funding-environment>.

³ L'Art. 53, par. 1, della Convenzione ICSID recita infatti come segue: “The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention”.

⁴ Art. 54, par. 1: “Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State”.

⁵ L'Art. 55 della Convenzione ICSID dispone infatti che “[n]othing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution”. È bene segnalare come non manchino, sul punto, posizioni contrarie. L'art. 54, par. 3, della Convenzione ICSID, infatti, prevede che l'esecuzione del lodo sia disciplinata dalla legge dello Stato nel quale essa è richiesta. Conseguentemente, ci si è interrogati sull'esistenza della possibilità di resistere all'esecuzione di un lodo ICSID quando tale legge preveda dei motivi di non esecuzione. Per un'analisi del problema si veda A. K. BJORKLUND, L. VANHONNAEKEER e J. MARCOUX, *State Immunity as a Defense to Resist the Enforcement of ICSID Awards*, in “ICSID Review – Foreign Investment Law Journal”, 2020, p. 506 ss. La Convenzione, quindi, prevede un procedimento (cognitivo) di riconoscimento pressoché automatico – senza la possibilità di opporre alcun rimedio – seguito da un procedimento di materiale esecuzione nel quale senz'altro sarà possibile sempre opporre l'immunità dei beni statali dall'esecuzione. Resta invece dubbio se sia possibile, come da taluni affermato, ricorrere altresì al rimedio dell'opposizione all'esecuzione così come previsto dai codici di procedura civile nazionali (in senso affermativo si vedano R. SABIA e C. TRECROCI, *Ascesa e declino dell'“Investor-State Arbitration”, fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e Free Trade Agreements*, in “Rivista dell'Arbitrato”, 2016, p. 165 ss.).

“Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

- (a) that the Tribunal was not properly constituted;
- (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
- (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
- (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure;

or

- (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based”.

Quanto ai lodi resi da tribunali non amministrati dall'ICSID, invece, la disciplina appare significativamente diversa. Innanzitutto, infatti, detti lodi possono essere impugnati dinanzi alle corti interne dello Stato della sede⁶, la cui legislazione è libera di prevedere i motivi di annullamento ritenuti più opportuni. Quanto al riconoscimento e all'esecuzione, invece, la disciplina è ormai tendenzialmente uniforme a livello globale in virtù dell'adozione, nel 1958, della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere. Si tratta di una Convenzione internazionale di grandissimo successo, contando essa ad oggi ben 170 Stati parte⁷. A differenza della Convenzione ICSID, tuttavia, la Convenzione di New York prevede che una corte interna possa rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo; ciò, però, soltanto laddove ricorra uno dei motivi di cui all'Art. V della Convenzione stessa, in forza del quale:

“1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters

⁶ In proposito, una precisazione è necessaria: i lodi arbitrali sono, generalmente, “final and binding. There are no or very limited grounds on which arbitrators' awards can be appealed to the courts on the basis that the arbitrators' conclusions are wrong” (J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS e S. M. KRÖLL, “Comparative International Commercial Arbitration”, cit., p. 6). La possibilità di appellare il merito di una decisione è quindi rara. Un'eccezione è rappresentata, ad esempio, dalla Sezione 69 dell'*English Arbitration Act*, ai sensi del quale: “Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings”. Ad ogni modo, nelle pagine che seguono, ci si riferirà – con l'espressione “impugnazione” della decisione arbitrale – all'eventualità che ne venga chiesto l'annullamento presso lo Stato della sede per *circostanze diverse* dalla errata determinazione del merito della controversia.

⁷ <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028002a36b>.

submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country”.

È bene notare che la Convenzione di New York disciplina esclusivamente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere. Nulla è prescritto, invece, a livello internazionale, circa i motivi per i quali uno Stato può decidere di annullare un lodo reso da un tribunale arbitrale ivi avente sede. Ad ogni modo, la tendenza che si riscontra nella prassi è nel senso di uniformare la disciplina dell'annullamento dei lodi e della loro esecuzione, al fine di facilitarne la circolazione. È evidente, infatti, che l'annullamento del lodo da parte delle corti interne dello Stato della sede mina fortemente la possibilità che questo lodo venga eseguito altrove⁸. Questo, ad esempio, è l'approccio sposato dal modello di legge UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale che, come già ricordato, è un modello di legge in materia di arbitrato del quale l'UNCITRAL consiglia l'adozione da parte dei singoli Stati. L'Art. 34, concernente i motivi per i quali i lodi possono essere annullati, infatti, appare pressoché identico all'Art. V della Convenzione di New York del 1958⁹. Il modello di legge UNCITRAL è ad oggi adottato

⁸ Per quanto non la renda del tutto impossibile. L'Art. V, par. 1, lett. e), della Convenzione di New York, infatti, dispone che una corte interna *possa*, non debba, rifiutare l'esecuzione di un lodo annullato presso lo Stato della sede. Si veda, in generale, G. ZARRA, *L'esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo Stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?*, in “Rivista dell'Arbitrato”, 2015, p. 561 ss.

⁹ Art. 34, par. 2: “(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement [...] was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

in 85 giurisdizioni; ad ogni modo, è stato osservato dalla dottrina come anche gli Stati che non lo abbiano adottato tendano a utilizzare il medesimo standard in proposito¹⁰.

Quanto appena detto consente di svolgere una analisi unitaria, che non distingua tra l'annullamento dei lodi presso lo Stato della sede e l'esecuzione degli stessi presso uno Stato diverso, utilizzando indifferentemente la prassi in tema di annullamento e quella applicativa della Convenzione di New York.

Alla luce di queste brevi premesse, il Capitolo indagherà quindi l'eventuale incidenza del TPF sull'eseguibilità dei lodi arbitrali resi al termine di un procedimento finanziato. L'analisi verrà divisa sulla base della distinzione operata poc'anzi: si guarderà dapprima all'eventuale annullamento dei lodi ICSID (Sezione 2) e, successivamente, si valuterà se – e in che misura – il TPF sia suscettibile di incidere sull'esecuzione degli obblighi gravanti sugli Stati ex Art. V della Convenzione di New York del 1958 (Sezione 3).

Tale analisi metterà in evidenza che l'impiego di accordi di finanziamento del procedimento arbitrale non è in grado, verosimilmente, di incidere significativamente sull'eseguibilità dei lodi resi all'esito del procedimento finanziato. Tanto per i lodi ICSID quanto per quelli resi da tribunali non amministrati dal Centro, si vedrà che la prassi applicativa dei rilevanti strumenti internazionali (essenzialmente, l'Art. 52 della Convenzione ICSID e l'Art. V della Convenzione di New York) tende ad interpretare restrittivamente i motivi di annullamento e di non esecuzione invocabili e, quindi, evidenzia un chiaro favore per la conservazione dei lodi.

2. L'ANNULLAMENTO DEI LODI ICSID

Come poc'anzi anticipato, i lodi ICSID non sono annullabili dalle corti interne ma sono invece soggetti ad un meccanismo di annullamento amministrato dal Centro stesso; ed è proprio la previsione di tale meccanismo che ha portato alcuni tribunali a definire l'arbitrato amministrato dall'ICSID come un sistema “self-contained”¹¹. I motivi per i quali l'annullamento può essere richiesto, in aggiunta, sono soltanto quelli di cui all'Art. 52, essendo la lista in esso contenuta esaustiva¹².

La prassi in materia di annullamento dei lodi ICSID è, ad oggi, alquanto scarsa. In effetti, il numero limitato dei motivi di annullamento ex Art. 52 ha fatto sì che le richieste

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State”.

¹⁰ G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 3422 ss.

¹¹ *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/12, Decision on Annulment, 10 giugno 2022, par. 399 (ma v. anche Decision on the Continuation of the Stay of Enforcement of the Award, 27 ottobre 2020, par. 122); *Standard Chartered Bank (Hong Kong) v. Tanzania Electric Supply*, ICSID Case No. ARB/10/20, Decision on the Application for Annulment, 22 agosto 2018, par. 58.

¹² C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH e A. SINCLAIR, “The ICSID Convention: A Commentary”, cit., pp. 932-933.

di ottenere lo stesso siano ben poche, se paragonate alla quantità di decisioni che i tribunali amministrati dal Centro rendono¹³; in aggiunta, le richieste effettivamente accolte sono ancor meno: basti osservare che, nel periodo compreso tra il 2011 e il 2020, soltanto 7 sono state accolte, con conseguente annullamento totale o parziale del lodo impugnato, e 56 sono state invece respinte¹⁴. Ad ogni modo, possono da questa prassi trarsi alcune importanti indicazioni rispetto al possibile impatto del fenomeno del TPF in procedimenti di annullamento di decisioni rese all'esito di controversie finanziate.

Come si è detto, che il finanziamento possa incidere sull'eseguibilità del lodo potrebbe discendere: i) dalla possibile interferenza dell'esistenza di un terzo finanziatore con la regolare conduzione del procedimento arbitrale; o ii) dall'esistenza di norme nazionali poste a divieto di particolari forme di finanziamento. Dal momento che i lodi ICSID non risentono delle eventuali limitazioni poste dai singoli ordinamenti, che hanno invece un obbligo di eseguirli alla stregua di decisioni interne definitive, ciò che rileva è esclusivamente la circostanza *sub i*). Nelle Sezioni che seguono, quindi, si prenderanno in esame i motivi di annullamento di cui all'Art. 52 della Convenzione potenzialmente rilevanti, e nello specifico quelli di cui alle lettere a) ("*the Tribunal was not properly constituted*"), b) ("*the Tribunal has manifestly exceeded its powers*") e d) ("*there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure*").

2.1. "[T]he Tribunal has manifestly exceeded its powers"

Si è detto, nel Capitolo II, che non pochi Stati convenuti dinanzi a tribunali arbitrali per una controversia in materia di investimenti hanno provato a sostenere la tesi secondo la quale l'esistenza di un accordo di TPF avrebbe l'effetto di rendere il finanziatore la parte effettiva della controversia, in luogo del soggetto finanziato, con conseguente carenza di giurisdizione del tribunale su una domanda presentata dal secondo. Si è altresì detto, però, che una simile tesi non appare sostenibile, giacché la prassi dei tribunali arbitrali in materia di investimenti ha sempre considerato irrilevante, ai fini della determinazione della giurisdizione o dell'ammissibilità di una domanda, l'assenza di un concreto interesse economico del ricorrente nell'esito del procedimento, con l'unica eccezione dell'eventualità che il *claim* sia stato ceduto ad un terzo.

Ad ogni modo, per ragioni di completezza dell'analisi qui condotta, va considerata l'eventualità che argomentazioni di questo tipo vengano effettivamente accolte da un collegio arbitrale: sebbene ciò non sia ad oggi mai avvenuto, è pur vero che alcuni dei tribunali che si sono dovuti confrontare con obiezioni alla giurisdizione fondate

¹³ Si veda *The ICSID Caseload – Statistics*, 2021, disponibile all'indirizzo <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20ENG.pdf>, dove si evidenzia (p. 16) che, nel periodo 2011-2020, di 225 lodi resi, per 88 è stata presentata una richiesta di annullamento. Nel precedente periodo 2001-2010, invece, una richiesta di annullamento è stata presentata per 26 dei 96 lodi resi.

¹⁴ *Ibid.* <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20ENG.pdf>. Per 25 richieste di annullamento, invece, non si è arrivati ad una decisione nel merito.

sull'esistenza di un accordo di TPF hanno lasciato aperta la possibilità che, laddove il controllo esercitato dal finanziatore sul procedimento dovesse essere ritenuto eccessivamente intenso, ciò potrebbe incidere sulla possibilità di un tribunale di conoscere della controversia¹⁵.

La prassi dei comitati *ad hoc* ICSID, costituiti per decidere dell'annullamento dei lodi resi da tribunali amministrati dal Centro, conferma che un errore nella determinazione dei confini della propria giurisdizione da parte di un collegio arbitrale possa dar luogo ad annullamento ai sensi dell'Art. 52, par. 1, lett. b), della Convenzione, trattandosi di una ipotesi di eccesso di potere¹⁶. La stessa prassi ha altresì evidenziato che l'errore nella determinazione della giurisdizione può essere di un duplice tipo: *i*) può in primo luogo aversi annullamento, infatti, laddove il tribunale abbia ecceduto i limiti della propria giurisdizione e assunto la stessa pur se ne era invece carente¹⁷; *ii*) in aggiunta, può aversi annullamento nell'eventualità che il tribunale erroneamente declini la propria giurisdizione¹⁸. Ad ogni modo, l'ipotesi *sub i*) non sembra poter venire in rilievo nel caso di accordi di finanziamento da parte di terzi, poiché che un tribunale estenda i limiti della propria giurisdizione assumendola anche sul finanziatore appare del tutto implausibile¹⁹. Come si è già notato nel Capitolo II, la giurisdizione dei tribunali arbitrali in materia di investimenti è limitata tanto *ratione materiae* quanto *ratione personae*: essa può esercitarsi soltanto per le controversie relative ad un investimento effettuato nel territorio dello Stato ospite, e soltanto su investitori che possano qualificarsi come aventi la nazionalità di uno Stato con il quale lo Stato ospite abbia concluso un IIA; sono, questi, requisiti dei quali un finanziatore di norma difetta. Non a caso, gli Stati ospiti convenuti non hanno mai provato ad includere i finanziatori nei procedimenti contro di loro intentati, avendo piuttosto eccepito la assoluta impossibilità per il tribunale di conoscere della controversia²⁰.

¹⁵ V. *supra*, Capitolo II, Sezione 3.2.

¹⁶ C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH e A. SINCLAIR, "The ICSID Convention: A Commentary", cit., p. 943 ss.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ivi*, p. 947 ss.

¹⁹ L'ipotesi sembra potersi ragionevolmente verificare soltanto nel caso in cui un tribunale erri nell'assumere giurisdizione su un soggetto finanziato pur se vi è stato trasferimento del *claim* al finanziatore. Può in proposito menzionarsi il recente caso *Teinver v. Argentina* (*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, cit., Decision on Argentina's Application for Annulment, 29 maggio 2019) nel quale il presunto errore del tribunale è stato invocato anche per il tramite dell'Art. 52, lett. d), della Convenzione ICSID, quale "serious departure from a fundamental rule of procedure". L'Argentina, infatti, ha sostenuto che "the Funding Agreement amounts to a substitution of Burford as the real party in the arbitration [...]". As a consequence, the Tribunal's decision to take jurisdiction in spite of the illegal Funding Agreement was a serious departure from a fundamental rule of procedure" (par. 183). Il Tribunale, tuttavia, si è limitato a notare quanto segue: "[I]t is a fundamental rule of procedure that a party may not appear on behalf of another without disclosing the representation and being empowered to that effect. As a matter of fact, a party is entitled to know against whom it is litigating. In the instant case, however, the Committee [...] found that the Funding Agreement did not operate a transfer to Burford of the rights in dispute in the arbitration" (parr. 188-189). V. anche parr. 91-95.

²⁰ V. *supra*, Capitolo II, Sezione 3.2.

Ebbene, laddove un tribunale dovesse effettivamente accertare questa impossibilità e ritenere di non avere giurisdizione su una controversia finanziata da un terzo, una tale determinazione potrebbe essere oggetto di una richiesta di annullamento da parte dell'investitore. In proposito, però, occorre notare che l'accertamento della giurisdizione arbitrale è retto dal c.d. principio di *kompetenz-kompetenz* (o *compétence de la compétence*), in forza del quale è il tribunale stesso a dover decidere della sussistenza o meno della propria giurisdizione²¹. Nel contesto dell'arbitrato ICSID, tale principio è codificato dall'Art. 41 della Convenzione, il cui par. 1 dispone che “[t]he Tribunal shall be the judge of its own competence”. Ne consegue che “*ad hoc* committees do not have the power to reconsider ICSID tribunals’ jurisdictional decisions *de novo*. Any attempt to establish a ground under Article 52 must be scrupulously examined to ensure that it is not a ‘back door’ attack on the tribunal’s decision on its substantive jurisdiction”²².

In ogni caso, la lettera dell'Art. 52 rende poi chiaro che, affinché un errore nella determinazione della propria giurisdizione assurga a motivo di annullamento di una decisione, è necessario che esso sia manifesto. Tale standard è stato interpretato in maniera tendenzialmente uniforme dalla prassi dei comitati *ad hoc*, i quali hanno adottato un approccio in virtù del quale il carattere manifesto del vizio che affligge la decisione della quale si richiede l'annullamento sarebbe relativo non già alla sua gravità, quanto alla facilità con la quale il comitato stesso è in grado di rilevarlo. Il comitato nel recentissimo procedimento di annullamento del lodo reso nel caso *RREEF v. Spain*, ad esempio, ha ritenuto che un vizio sia manifesto quando è “so obvious, or so evident on a first reading of the document without need for further investigation or inquiry”²³. Similmente, nel caso *Soles Badajoz v. Spain*, il comitato ha considerato manifesto un vizio rilevabile da una semplice lettura della decisione e senza difficoltà²⁴. Ancora, una

²¹ A. MILLS, *Arbitral Jurisdiction*, in T. SCHULTZ e F. ORTINO, “The Oxford Handbook of International Arbitration”, Oxford, OUP, 2020, p. 70 ss. e, in particolare, p. 90 ss.; J. PAULSSON, “The Idea of Arbitration”, cit., p. 54 ss.

²² *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Annulment Application, 10 giugno 2022, par. 19; v. anche *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on Annulment, 28 marzo 2022, par. 176; *OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Decision on the Application for Annulment of the Bolivarian Republic of Venezuela, 6 dicembre 2018, par. 183; *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Annulment, 1 marzo 2011, par. 144.

²³ *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, cit., par. 22.

²⁴ *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38, Decision on Annulment, 16 marzo 2022, par. 66.

simile conclusione è stata raggiunta nei casi *Antin v. Spain*²⁵, *Blusun v. Italy*²⁶, *Teinver v. Argentina*²⁷ e *AES v. Hungary*²⁸.

In ultima analisi, quindi, come si è avuto modo di notare nel Capitolo II, l'esistenza di un accordo di finanziamento in favore di una delle parti del procedimento non potrebbe portare un tribunale arbitrale a declinare la propria giurisdizione sulla controversia. Ad ogni modo, anche laddove ciò dovesse accadere, appare difficile che ciò risulti nell'annullamento del lodo: essendo il tribunale dotato di *kompetenz-kompetenz*, il fatto che un tribunale sbagli nel declinare la propria giurisdizione viene assunto a motivo dell'annullamento di un lodo soltanto in circostanze del tutto eccezionali, laddove tale determinazione sia manifestamente errata, al punto che il vizio possa essere rilevato in maniera immediata e senza necessità di approfondimenti da un comitato *ad hoc*.

2.2. “[T]he Tribunal was not properly constituted” o “there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure”

Nel precedente Capitolo si è avuto modo di rilevare come una delle maggiori preoccupazioni espresse da dottrina e giurisprudenza con riferimento all'incidenza del TPF sulla regolare conduzione di un procedimento arbitrale riguardi il fatto che l'esistenza di un terzo non parte del procedimento ma con un interesse nell'esito dello stesso possa compromettere l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri. Si è altresì detto di come il rispetto dei requisiti di imparzialità e indipendenza da parte di tutti i membri del collegio arbitrale sia una norma di importanza fondamentale, tale per cui la mancanza degli stessi può determinare, per l'appunto, un annullamento del lodo reso.

Nell'ambito dell'annullamento dei lodi ICSID, la carenza di imparzialità e indipendenza degli arbitri viene in rilievo innanzitutto grazie all'Art. 52, lett. a), della Convenzione, in forza del quale un lodo può essere vacato laddove il tribunale che lo ha reso non fosse correttamente costituito. La prassi dei Comitati *ad hoc* per l'annullamento dei lodi ICSID ha ormai confermato che il motivo di annullamento in discorso si riferisce non soltanto all'eventualità che non siano state rispettate le norme procedurali sulla costituzione del tribunale ma anche quelle sui requisiti dei quali gli arbitri devono essere in possesso per esercitare le proprie funzioni²⁹. In particolare, la Convenzione prevede la

²⁵ *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V.* (precedentemente *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.*) v. *Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Decision on Annulment, 30 luglio 2021, par. 149 ss.

²⁶ *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Decision on Annulment, 13 aprile 2020, par. 283.

²⁷ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic*, cit., Decision on Argentina's Application for Annulment, cit., par. 59.

²⁸ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment, 29 giugno 2012, par. 31.

²⁹ C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH e A. SINCLAIR, “The ICSID Convention: A Commentary”, cit., p. 936; v. *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Decision on Annulment, 5 febbraio 2016, in particolare par. 140 ss.; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.* (precedentemente *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.*) v. *Argentine Republic (II)*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Argentina's

formazione di liste (*panels*) di soggetti in grado di svolgere le funzioni di conciliatore e arbitro; ai sensi dell'Art. 14, par. 1, della Convenzione ICSID, “[p]ersons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, *who may be relied upon to exercise independent judgment*” (corsivo aggiunto). L'Art. 40 della Convenzione ammette poi che gli arbitri possano essere scelti anche al di fuori di tali liste; anche in questo caso, però, essi devono possedere i requisiti di cui all'Art. 14, par. 1.

In aggiunta, la carenza di indipendenza e imparzialità è motivo di annullamento *ex Art. 52*, lett. d), che considera l'ipotesi che vi sia stato, nel procedimento principale, un netto scostamento da una norma procedurale di importanza fondamentale. In effetti, “[i]t is difficult to imagine a rule of procedure more fundamental than the rule that a case must be heard by an independent and impartial tribunal”³⁰.

Ad ogni modo, sia che essa sia stata invocata sulla base della lett. a) che sulla base della lett. d) dell'Art. 52, la carenza di imparzialità e indipendenza di uno dei membri del tribunale o dell'intero collegio arbitrale ha molto di rado determinato l'effettivo annullamento di una decisione³¹.

Quanto al motivo di cui alla lett. a) relativo alla costituzione del tribunale arbitrale, sebbene esso sia stato più volte invocato³², soltanto un lodo è stato ad oggi annullato su tale base. Si tratta della decisione resa nel caso *Eiser v. Spain*³³, nel quale lo Stato

Application for Annulment, 5 maggio 2017, par. 92 ss.; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Annulment, 14 dicembre 2018, par. 160 ss.; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/16, Decision on Annulment, 8 maggio 2019, par. 44 ss.; *Contra, v. Azurix Corp. v. The Argentine Republic (I)*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 1 settembre 2009, par. 279 ss.

³⁰ *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, cit., par. 123. È opportuno notare che l'unico caso nel quale l'Art. 52, lett. d), della Convenzione ICSID sembra essere stato invocato per ragioni legate all'esistenza di un accordo di finanziamento è il già menzionato *Teinver v. Argentina (Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, cit., Decision on Argentina's Application for Annulment, cit.). Nello stesso, tuttavia, l'Argentina ha semplicemente sostenuto che “agreements based on principles of *champerty* and *maintenance* are an abuse of process that is contrary to public policy, as well as to international law and the ICSID Convention. According to Argentina, the Tribunal failed to verify that the Funding Agreement complied with good practices applicable to third-party funding, so as to avoid any situation of conflicts of interest and the improper exercise of an undue control on the arbitration” (par. 183). Il Comitato *ad hoc*, ad ogni modo, oltre ad aver notato che l'Argentina non avesse affatto dimostrato perché l'accordo di finanziamento dovesse considerarsi illecito o abusivo, ha dismesso gli argomenti dello Stato sulla base del fatto che “Argentina has not identified any fundamental rule of procedure that would be inconsistent with the Funding Agreement” (par. 196).

³¹ *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, cit., par. 477: “[A]nnulment on the basis of alleged impartiality is highly unusual and the threshold is high”. C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH e A. SINCLAIR, “The ICSID Convention: A Commentary”, cit., p. 986: “[P]artiality and unequal treatment will not be assumed lightly by an *ad hoc* committee”.

³² V. i casi citati *supra*, nota 29.

³³ *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Decision on the Kingdom of Spain's Application for Annulment, 11 giugno 2020. Sulla decisione si veda, più diffusamente, M. IOVANE e G. ZARRA, *Riflessioni a margine della decisione di annullamento nel caso Eiser c. Spagna: tra imparzialità e indipendenza degli arbitri e ruolo*

convenuto ha richiesto l'annullamento del lodo per essere stato lo stesso reso da un collegio arbitrale un cui membro – l'arbitro Stanimir Alexandrov – aveva mancato di rendere nota la propria relazione con alcuni degli esperti di parte nominati dagli investitori ricorrenti. In particolare, secondo la Spagna, l'arbitro aveva operato per ben 15 anni presso uno studio legale che, nel corso dello stesso periodo, aveva più volte ricorso ai medesimi esperti, anche in diversi procedimenti ICSID. In aggiunta, ben due di questi procedimenti si erano svolti contestualmente al procedimento principale al quale la richiesta di annullamento era relativa³⁴.

Il Comitato *ad hoc*, dopo aver notato che la previsione di cui all'Art. 52, par. 1, lett. a), copre anche la violazione delle norme che prescrivono l'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri³⁵, è passato a identificare lo standard applicabile all'analisi della questione. Esso ha quindi ritenuto che andasse verificato se vi fosse una “evident or obvious appearance of lack of impartiality or independence on the part of an arbitrator on a reasonable evaluation of the facts of the case”³⁶. Il Comitato ha quindi ritenuto che non dovesse provarsi una concreta parzialità dell'arbitro, quanto piuttosto una apparenza di parzialità, per quanto manifesta o ovvia agli occhi di un terzo³⁷.

Ebbene, il Comitato ha concluso che nel caso in esame vi fosse tale apparenza, in ragione del fatto che vi era stata una relazione non resa nota tra l'arbitro e gli esperti in vari procedimenti, due dei quali pendenti contemporaneamente al procedimento principale; tale relazione, inoltre, avrebbe dovuto essere oggetto della *disclosure* operata dall'arbitro al momento dell'assunzione dell'incarico³⁸.

La carenza di indipendenza e imparzialità di uno degli arbitri era stata invocata dalla Spagna anche quale motivo di annullamento *ex* Art. 52, lett. d), della Convenzione, in quanto “serious departure from a fundamental rule of justice”. Il Comitato ha quindi parzialmente sovrapposto l'analisi dei due motivi di annullamento: avendo infatti accertato che vi fosse manifesta apparenza di parzialità, ha con facilità concluso che vi fosse stato un effettivo scostamento da una regola procedurale di importanza fondamentale³⁹. Tuttavia, ai sensi dell'Art. 52, lett. d), tale scostamento deve essere netto, serio. Il Comitato ha quindi ritenuto che, per poter annullare il lodo sulla base di carenza di imparzialità e indipendenza di uno dei membri del tribunale arbitrale, fosse anche necessario dimostrare che tale carenza avesse avuto “a material effect on the award”⁴⁰. Nel concludere che un simile effetto vi fosse stato nel caso specifico, però, esso ha semplicemente rilevato che “had the relationship been disclosed, [...] the arbitrators would have arrived at their decision with full knowledge of the Alexandrov-Sidley

dell'annullamento nel sistema ICSID, in A. ANNONI, S. FORLATI e P. FRANZINA, “Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno”, Napoli, Jovene, 2021, p. 365 ss.

³⁴ *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, cit., in particolare parr. 55 e 56.

³⁵ *Ivi*, par. 156 ss.

³⁶ *Ivi*, par. 180.

³⁷ *Ivi*, parr. 191 ss.

³⁸ *Ivi*, par. 228.

³⁹ *Ivi*, parr. 240-242.

⁴⁰ *Ivi*, par. 180.

Austin-Lapuerta-Brattle Group relationship, whatever the outcome. [...D]ue to this nondisclosure Spain lost the possibility of a different award”⁴¹.

Va tuttavia notato che l'interpretazione di tale ultimo requisito ha generato una giurisprudenza non sempre coerente: altri comitati *ad hoc* hanno infatti adottato un approccio significativamente più restrittivo alla valutazione dell'incidenza del difetto di imparzialità e indipendenza sull'esito della controversia⁴². Ad esempio, nel caso *Vivendi v. Argentina*, il Comitato ha osservato che il fatto che uno degli arbitri non avesse reso nota l'acquisizione di una posizione apicale all'interno di una banca che deteneva quote di due delle società ricorrenti fosse una “serious departure from a fundamental rule of justice”. Eppure, ha ritenuto che ciò non avesse avuto effetti sul lodo, essendo stato questo assunto all'unanimità, vale a dire con il voto comunque favorevole dei restanti due membri del collegio arbitrale⁴³. Ancora, nel più recente caso *OI European Group v. Venezuela*, il Comitato *ad hoc* ha ritenuto insufficiente la dimostrazione del fatto che lo scostamento da una norma procedurale avrebbe potuto potenzialmente avere effetti sul lodo, dovendosi invece dimostrare che esso abbia fatto sì che il tribunale raggiungesse una conclusione *significativamente differente* da quella che avrebbe raggiunto se la norma fosse stata osservata⁴⁴.

Altri comitati hanno ritenuto irragionevole pretendere dalla parte che richiede l'annullamento una prova del fatto che l'esito sarebbe stato effettivamente diverso se la

⁴¹ *Ivi*, par. 351.

⁴² Si veda, per una più dettagliata analisi della giurisprudenza rilevante, M. IOVANE e G. ZARRA, *Riflessioni a margine della decisione di annullamento nel caso Eiser c. Spagna: tra imparzialità e indipendenza degli arbitri e ruolo dell'annullamento nel sistema ICSID*, cit., p. 375 ss.

⁴³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007, 10 agosto 2010, par. 232 ss.: “The *ad hoc* Committee thus understands the argument that the Second Tribunal was no longer properly constituted after the board appointment of Professor Kaufmann-Kohler, and that there was a serious departure from a fundamental rule of procedure and considers that this could lead to annulment whenever justified within the context of the case under consideration. Nevertheless, the *ad hoc* Committee must establish whether in this particular case the conduct and attitudes of Professor Kaufmann-Kohler constitute a sufficient ground under Article 52 effectively to annul the Second Award [...]. The *ad hoc* Committee consequently accepts that the relationship between UBS and the Claimants had no material effect on the final decision of the Tribunal, which was in any event unanimous”. La decisione del Comitato *ad hoc* nel caso *Eiser*, sebbene abbia sposato lo stesso approccio secondo il quale la mancanza di indipendenza e imparzialità deve aver avuto un effetto concreto sulla decisione, ha però sottolineato che il fatto che la decisione fosse stata raggiunta all'unanimità non impedisse di ritenere che fosse così, giacché gli arbitri “exchange opinions and are persuaded or influenced by the opinions of their colleagues. That makes us conclude that it would be unsafe to hold that Dr. Alexandrov's views and analysis could not have had any material bearing on the opinions of his fellow arbitrators” (par. 246).

⁴⁴ *OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Decision on the Application for Annulment of the Bolivarian Republic of Venezuela, 6 dicembre 2018, par. 248 ss.: “[T]he Committee finds that in the circumstances of the instant case it does not suffice that the alleged departure could potentially have affected the Award; the departure must be shown effectively to have caused the Tribunal to reach a substantially different result from what it would have reached, if the relevant rule had been observed” (par. 249). V. anche *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile, 18 dicembre 2012, in particolare par. 333 ss.;

norma procedurale fosse stata rispettata, essendo sufficiente una prova che “there was a genuine prospect of a different result”⁴⁵.

Ciò che è certo, in ogni caso, è che la prassi dimostra che la carenza di imparzialità e indipendenza da parte di uno dei membri del collegio arbitrale può dar luogo ad annullamento del lodo soltanto laddove abbia avuto un effetto concreto sullo stesso; se si esclude il caso *Eiser*, inoltre, i comitati *ad hoc* si sono dimostrati tendenzialmente restii a concludere che un tale effetto vi fosse stato.

Una ulteriore precisazione sulla rilevanza del difetto di imparzialità e indipendenza quale motivo di annullamento di un lodo è opportuna: affinché tale difetto possa essere invocato, esso deve essere stato anche eccepito nel corso del procedimento principale; ciò, essenzialmente, per evitare abusi del meccanismo di annullamento delle decisioni ad opera di soggetti insoddisfatti di lodi ad essi sfavorevoli. È chiaro però che una simile regola non vale laddove delle circostanze dalle quali si evince la parzialità la parte venga a conoscenza soltanto dopo che il lodo è stato reso, nel qual caso il comitato *ad hoc* può decidere della questione *ex novo*⁴⁶.

Alla luce di questa prassi, possono svolgersi alcune considerazioni: si è detto nel Capitolo precedente che l'incidenza del finanziamento sull'indipendenza e l'imparzialità dei membri di un collegio arbitrale non va sovrastimata: il finanziamento non è, di per sé, un fenomeno che determina conflitti di interessi, che pure però possono sorgere per la presenza di un ulteriore soggetto, il finanziatore, interessato all'esito del procedimento. Laddove vi fosse una relazione tra questi e uno degli arbitri, ciò potrebbe ben essere invocato come motivo di annullamento del lodo. Ad oggi, però, la presenza nel regolamento ICSID di una specifica norma che impone alla parte finanziata un obbligo di *disclosure* dell'esistenza del finanziamento e dell'identità del finanziatore può far supporre un maggiore controllo su tali conflitti di interessi nel corso del procedimento principale. Di norma, quindi, la parte non finanziata ha l'obbligo di eccepire la non indipendenza e imparzialità dell'arbitro nel corso dello stesso; se non lo facesse, la richiesta di annullamento presentata su tali basi sarebbe da ritenere inammissibile. Nell'ipotesi in cui la questione sia sollevata o, in alternativa, nell'ipotesi in cui della stessa la parte venga a conoscenza solo dopo l'emanazione del lodo, la richiesta di annullamento sarebbe ammissibile. Tuttavia, nel primo caso, il comitato *ad hoc* potrebbe soltanto

⁴⁵ *Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/06/4, Decision on Annulment, 26 aprile 2019, par. 81. In generale, sulla prassi generata dall'Art. 52, lett. d), con riferimento al requisito della “serious departure”, si vedano: C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH e A. SINCLAIR, “The ICSID Convention: A Commentary”, cit., p. 980 ss.; M. SCHERER, *ICSID Annulment Proceedings Based on Serious Departure from a Fundamental Rule of Procedure*, in “Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration”, 2007, p. 211 ss.; C. MILO, *Il principio della parità delle armi nell'arbitrato in materia di investimenti: una tutela incompleta?*, in “Diritto del Commercio Internazionale”, 2021, p. 707 ss.

⁴⁶ *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, cit., par. 129 ss.; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, cit., Decision on Annulment, 8 gennaio 2020, par. 564; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (precedentemente Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v. Argentine Republic (II)*, cit., par. 86; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, cit., par. 180.

valutare la ragionevolezza della decisione assunta dal tribunale sul punto, non potendo valutare *ex novo* la sussistenza dei requisiti da parte dell'arbitro; nella seconda ipotesi, invece, potrebbe effettuare una completa valutazione, dovendosi però accertare che la carenza di indipendenza e imparzialità abbia avuto un effetto concreto sulla decisione della quale si richiede l'annullamento. Se si esclude il recente caso *Eiser v. Spain*, inoltre, il requisito dell'effetto concreto sulla decisione è stato per lo più interpretato in maniera restrittiva, tale da non permettere l'annullamento di lodi resi all'unanimità o da permettere l'annullamento soltanto laddove sia dimostrato che il tribunale, osservando le norme sull'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri, avrebbe potuto ragionevolmente raggiungere una conclusione significativamente differente.

3. L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE ARBITRALI STRANIERE AI SENSI DELLA CONVENZIONE DI NEW YORK DEL 1958

I lodi resi da tribunali arbitrali non amministrati dall'ICSID sono soggetti ad un differente meccanismo di riconoscimento ed esecuzione: in primo luogo, essi possono essere impugnati – prima dell'esecuzione – dinanzi alle corti interne dello Stato della sede, la cui legislazione sarà applicabile; in secondo luogo, il riconoscimento e l'esecuzione degli stessi sono regolamentati dalla Convenzione di New York del 1958, la quale, contando ormai 170 parti, può ben considerarsi lo standard internazionale in materia. Ad ogni modo, si è notato che la tendenza è quella di utilizzare, anche per l'annullamento del lodo, gli stessi motivi che permettono la non esecuzione ai sensi della Convenzione di New York, per favorire la circolazione delle decisioni arbitrali; l'analisi può essere quindi condotta in maniera unitaria.

Come anticipato, la Convenzione prevede sette motivi per i quali il riconoscimento e l'esecuzione possono essere rifiutati: *i)* l'invalidità dell'accordo di arbitrato o l'incapacità delle parti di concluderlo; *ii)* l'eventualità che ad una delle parti non sia stata notificata la pendenza del giudizio o che essa non abbia avuto l'opportunità di essere sentita dal tribunale; *iii)* il fatto che il tribunale abbia ecceduto l'autorità conferitagli dall'accordo di arbitrato; *iv)* il fatto che il tribunale non fosse correttamente costituito; *v)* l'essere il lodo non ancora definitivamente vincolante o l'essere stato questo annullato presso lo Stato della sede; *vi)* il fatto che la controversia non fosse arbitrabile; e, infine, *vii)* il fatto che l'esecuzione del lodo sia contraria all'ordine pubblico dello Stato nel quale l'esecuzione stessa è chiesta.

Nelle seguenti Sezioni si prenderanno in considerazione i motivi di non esecuzione potenzialmente rilevanti per i lodi resi all'esito di procedimenti finanziati; in proposito, però, occorre notare come manchi, allo stato, una prassi in materia. Cionondimeno, la prassi applicativa della Convenzione con riferimento ad altre, simili fattispecie rende evidente come possa dirsi un'eventualità trascurabile che l'esistenza di un accordo di TPF a supporto del procedimento arbitrale determini la non esecuzione del lodo che dal procedimento risulta.

3.1. Non esecuzione del lodo per impropria estensione della giurisdizione del tribunale arbitrale al finanziatore

Anche con riferimento ai lodi resi da tribunali non amministrati dall'ICSID, si pone in primo luogo il problema di comprendere se ed in che misura un errore nella determinazione della propria giurisdizione da parte del tribunale possa essere causa di annullamento o non esecuzione del lodo. Quanto al primo, è chiaro che ciò dipenderà esclusivamente dalla possibilità che tale errore possa essere fatto valere in sede di impugnazione del lodo ai sensi della legislazione dello Stato della sede. Quanto alla non esecuzione, invece, è innanzitutto evidente come – a differenza dei lodi ICSID – non possa venire in rilievo l'errore nel declinare la propria giurisdizione: in un simile caso, infatti, avendo ritenuto il tribunale di non avere giurisdizione sulla controversia, non vi sarebbe alcun lodo da eseguire. Potrebbe invece verificarsi la diversa ipotesi di opposizione all'esecuzione per avere il tribunale esteso la propria giurisdizione *anche* sul finanziatore non firmatario della convenzione arbitrale: sebbene si sia detto, nel Capitolo II, che le teorie generalmente utilizzate al fine di coinvolgere i terzi in un procedimento non sembrano applicabili alla figura del finanziatore, l'eventualità che esse vengano in concreto applicate non può del tutto escludersi (quantomeno con riferimento all'assunzione di determinazioni sui costi del procedimento). Ci si può quindi chiedere se l'eventuale estensione della giurisdizione del tribunale arbitrale sul soggetto finanziatore possa determinare la non eseguibilità del lodo.

In realtà, ad oggi è controverso se l'estensione dell'accordo di arbitrato ad un soggetto non firmatario dello stesso possa essere motivo di non esecuzione del lodo *ex Art. V* della Convenzione di New York. Quest'ultima è silente sul punto, non essendo quindi neppure del tutto chiaro in quale dei sette motivi poc'anzi citati l'ipotesi potrebbe essere ricompresa⁴⁷.

Così, nella recente decisione resa nel caso *Integrated Sales Services v. DMC and others*⁴⁸, la Corte Suprema indiana – riferendosi al motivo di cui alla lett. a) dell'Art. V – ha ritenuto che non fosse possibile, per una corte interna, non eseguire un lodo sulla base del fatto che il tribunale aveva assunto giurisdizione su un non firmatario della clausola arbitrale. Nel notare che la Convenzione di New York “has a pro-enforcement bias”⁴⁹, la Corte ha rilevato che

⁴⁷ “[T]he New York Convention is silent on non-signatories. The Convention also does not address whether the extension of an arbitration agreement is an issue linked to the scope and ambit of the arbitration agreement, or a stand-alone jurisdictional question. Accordingly, such silence raises the question of whether awards involving non-signatories might pose any issues at the enforcement stage” (L. A. MISTELIS e G. RAO, *The Judicial Solution to the Arbitrator's Dilemma: Does the “Extension” of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award?*, in “Journal of International Arbitration”, 2022, p. 351 ss., p. 357).

⁴⁸ Supreme Court of India, *Integrated Sales Services, Ltd. v. (1) DMC Management Consultants, Ltd., (2) DMC Global, Inc, (3) Arun Dev Upadhyaya, (4) Gemini Bay Consulting Limited, and (5) Gemini Bay Transcription Private Limited*, ICDR Case No. 50-181-T-00327-09, 10 agosto 2021.

⁴⁹ *Ivi*, par. 40.

“Section 48(1)(a)⁵⁰ speaks only of parties to the agreement being under some incapacity, or the agreement being invalid under the law to which parties have subjected it. There can be no doubt that a non-party to the agreement, alleging that it cannot be bound by an award made under such agreement, is outside the literal construction of Section 48(1)(a). [...] To attempt to bring non-parties within this ground is to try and fit a square peg in a round hole”⁵¹.

Al contrario, altre corti domestiche hanno ritenuto di poter rifiutare l'esecuzione di lodi perché resi (anche) nei confronti di soggetti non firmatari del compromesso ad arbitrare, e hanno ben affrontato la questione nel merito⁵². Va tuttavia notato che l'ipotesi di contestazione del lodo per errata estensione della giurisdizione su terzi non firmatari del compromesso è un'eventualità verificatasi di rado, di talché la prassi in materia appare alquanto scarsa⁵³.

Sebbene la questione sia strettamente dipendente dalla legislazione dell'ordinamento nel quale l'esecuzione è chiesta, gli studi condotti su questa prassi evidenziano come la tendenza sia nel senso di non sconfessare quanto deciso da un tribunale arbitrale, salva l'ipotesi in cui l'estensione della giurisdizione risulti in un *manifesto* eccesso di potere⁵⁴.

⁵⁰ Della legislazione indiana che adotta la Convenzione di New York e il suo Art. V.

⁵¹ *Integrated Sales Services, Ltd. v. (1) DMC Management Consultants, Ltd., (2) DMC Global, Inc, (3) Arun Dev Upadhyaya, (4) Gemini Bay Consulting Limited, and (5) Gemini Bay Transcription Private Limited*, cit., par. 42.

⁵² Si veda l'analisi condotta in L. A. MISTELIS e G. RAO, *The Judicial Solution to the Arbitrator's Dilemma: Does the "Extension" of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award?*, cit. Si veda anche la decisione citata *supra*, Capitolo II, Sezione 2.2.3, *GE Energy Power Conversion France SAS v. Outokumpu Stainless USA*, della Corte d'appello statunitense per l'undicesimo circuito. Essa era in realtà relativa al diverso problema della possibilità di deferire in arbitrato un soggetto non firmatario della clausola arbitrale; ad ogni modo, è significativo che la Corte abbia ritenuto che la Convenzione di New York non permetta l'applicazione dell'*estoppel*, potendosi deferire in arbitrato soltanto soggetti che abbiano effettivamente sottoscritto una convenzione arbitrale. Come si è detto, però, la decisione è stata sconfessata dalla Corte Suprema.

⁵³ *Ivi*, p. 363; A. I. PULLÉ, *Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Non-Signatories: A Plea for Strict Scrutiny*, in "Asia Pacific Law Review", 2008, p. 177 ss. In effetti, della questione non si fa neppure menzione in alcuni dei maggiori commentari della Convenzione di New York. Si veda, ad esempio, R. WOLFF (a cura di), "New York Convention. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958. Article-by-Article Commentary", Monaco – Oxford – Baden-Baden, Beck – Hart – Nomos, II ed., 2019.

⁵⁴ "[O]ne can observe a clear pro-enforcement policy in the vast majority of New York Convention states. Consequently, when national courts review awards for purposes of enforcement or setting aside, they are very reluctant to interfere with arbitral tribunals' decisions on the merits. Hence, they only address jurisdiction issues in a review that aims to establish whether a tribunal manifestly exceeded its powers or otherwise violated a fundamental rule of procedure. As a corollary, the burden of proof on the party resisting enforcement or challenging an award is quite high" (L. A. MISTELIS e G. RAO, *The Judicial Solution to the Arbitrator's Dilemma: Does the "Extension" of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award?*, cit., p. 363). È stato sostenuto in dottrina (v. A. MAZZONI, *Third-Party Funding in International Arbitration: Views from a Conflict-of-Law Perspective and Beyond*, in S. TUNG, F. FORTESE e C. BALTAG, "Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy", cit., p. 299 ss.) che un ostacolo all'esecuzione di un lodo reso all'esito di un procedimento finanziato potrebbe derivare dal fatto che esisterebbe nella maggior parte degli ordinamenti interni un c.d. divieto di *decoupling*, vale a dire un divieto di separazione della titolarità di un diritto sostanziale dalla titolarità del diritto di azionare lo stesso in giudizio (*Ivi*, in particolare p. 315 ss.). Sebbene chi sostiene questa tesi non faccia espresso riferimento ad alcuno dei motivi di cui all'Art. V della Convenzione di New York, ci sembra

Del resto, ciò appare perfettamente in linea con l'idea più generale, ormai ampiamente confermata tanto dalla prassi quanto dalla dottrina, secondo la quale le corti interne, nel pronunciarsi su di una richiesta di riconoscimento o esecuzione di un lodo, abbiano un potere limitato dalla impossibilità di rivedere il merito della decisione arbitrale, dovendo quindi adottare una certa deferenza nei confronti della stessa che non frustri lo scopo della Convenzione di facilitare la circolazione dei lodi⁵⁵.

In sintesi, quindi, le teorie sul coinvolgimento dei terzi non firmatari di una clausola arbitrale nei procedimenti derivanti da contratto, si è detto, non sembrano applicabili alla figura del finanziatore. Non potendosi tuttavia escludere, in principio, che la tesi di chi sostiene che il finanziatore debba essere assoggettato all'autorità del tribunale arbitrale, quantomeno per l'assunzione di decisioni sui costi del procedimento, venga in futuro accolta, è opportuno valutare se ciò possa costituire un ostacolo in fase di esecuzione del lodo. Gli scenari possibili sembrano essere due: alcune corti interne hanno sostenuto che l'errata estensione della giurisdizione su un soggetto non firmatario del compromesso ad arbitrare non rientri tra i motivi di non esecuzione del lodo *ex* Art. V della Convenzione di New York; laddove invece la questione sia stata esaminata nel merito, è stato comunque generalmente adottato un approccio in forza del quale soltanto violazioni macroscopiche del principio consensualistico alla base dell'arbitrato giustificerebbero la non esecuzione, in linea con l'idea più generale che l'autorità delle corti dinanzi alle quali l'esecuzione è richiesta sarebbe limitata da un certo grado di deferenza nei confronti dell'operato del tribunale arbitrale.

3.2. Non esecuzione per violazione delle norme sul giusto processo arbitrale

Ancora una volta, va presa in considerazione l'eventualità che la presenza del terzo finanziatore interferisca con la regolare conduzione del procedimento arbitrale.

Le ipotesi di violazione di norme procedurali il cui rispetto è considerato essenziale possono venire in rilievo, nell'ambito della Convenzione di New York, grazie a più d'uno dei motivi di cui all'Art. V. In primo luogo, esse possono venire in rilievo ai sensi della lett. b) del par. 1, che prevede la possibilità di non eseguire il lodo laddove ad una delle parti non sia stata notificata la pendenza del giudizio o questa non abbia altrimenti avuto la possibilità di essere sentita; in secondo luogo, possono essere ricondotte alla lett. d) del par. 1, relativo al rispetto delle norme sulla costituzione del tribunale arbitrale; da ultimo, possono rientrare nella nozione di ordine pubblico dello Stato nel quale l'esecuzione è

che si tratti, anche qui, di un problema di individuazione del soggetto sul quale esercitare la giurisdizione arbitrale. Ad ogni modo, questa tesi non sembra condivisibile, per ragioni tanto di merito quanto di metodo. In primo luogo, infatti, non può dirsi in linea generale e aprioristica che il TPF determini una cessione al finanziatore del diritto sostanziale fatto valere in giudizio; ciò è possibile ma non è affatto la regola (v. *supra*, Capitolo II). In ogni caso, l'esistenza del c.d. divieto di *decoupling* nella maggior parte degli ordinamenti interni viene postulata dall'autore ma non dimostrata per il tramite di una analisi comparativa.
⁵⁵ Si veda, ad esempio, C. BORRIS e R. HENNECKE, *Art. V. General*, in R. WOLFF (a cura di), "New York Convention. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958. Article-by-Article Commentary", cit., p. 255 ss., e la giurisprudenza ivi citata; v. anche G. BORN, "International Commercial Arbitration", cit., p. 3735; J. D. M. LEW, L. A. MISTELIS e S. M. KRÖLL, "Comparative International Commercial Arbitration", cit., p. 705.

richiesta, *ex Art. V*, par. 2, lett. b). L'ordine pubblico, infatti, come è noto, può essere definito come

“una nozione storica e relativa, a contenuto variabile, che si riempie [...] di quei principi dell'ordinamento di volta in volta rilevanti e inviolabili. Ove [...] la normativa o il provvedimento stranieri che ‘reclamano applicazione’ nel caso di specie siano in contrasto con i principi di volta in volta richiamati dalla clausola generale in oggetto, essi [...] non dovranno trovare applicazione”⁵⁶.

L'ordine pubblico, quindi, può avere tanto una dimensione “sostanziale” quanto una dimensione “procedurale”, intendendosi con quest'ultima quella comprensiva delle norme ispirate dal bisogno degli ordinamenti domestici di proteggere “domestic conceptions of procedural regularity”⁵⁷. L'ordine pubblico, così, può essere utilizzato anche per rifiutare l'esecuzione del lodo laddove esso sia stato reso all'esito di un procedimento che non abbia rispettato delle norme procedurali ritenute fondamentali dallo Stato nel quale l'esecuzione è chiesta.

In effetti, la parziale sovrapposizione dei menzionati motivi di non esecuzione dei lodi ha portato alcuna dottrina a ritenere che la possibilità di invocare l'ordine pubblico *ex Art. V*, par. 2, lett. b), sarebbe limitata al solo ordine pubblico sostanziale, essendo invece gli unici vizi procedurali eccepibili in fase di esecuzione quelli di cui al par. 1, lett. b) e lett.

⁵⁶ G. PERLINGIERI e G. ZARRA, “Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale”, Napoli, ESI, 2019, pp. 30-31. Sul concetto di ordine pubblico, in generale, si vedano: G. BADIALI, “Ordine pubblico e diritto straniero”, Milano, Giuffrè, 1963; G. BARILE, “I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi”, CEDAM, Padova, 1969; P. BENVENUTI, “Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale”, Milano, Giuffrè, 1977; F. MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 217, 1989; O. FERACI, “L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea”, Milano, Giuffrè, 2012. Quanto all'ordine pubblico specificamente nel contesto dell'arbitrato internazionale si vedano: K.-H. BÖCKSTIEGEL, *Public Policy and Arbitrability*, in P. SANDERS (a cura di), “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration”, ICCA Congress Series No. 3, L'Aja, TMC Asser Institute, 1987, p. 177 ss.; S. M. SCHWEBEL e S. G. LAHNE, *Public Policy and Arbitral Procedure*, in P. SANDERS (a cura di), “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration”, cit., p. 205 ss.; Y. DERAIS, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, in P. SANDERS (a cura di), “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration”, cit., p. 227 ss.; P. LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in P. SANDERS (a cura di), “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration”, cit., p. 258 ss.; M. HUNTER e G. J. CONDE E SILVA, *Transnational Public Policy and its Applicability in Investment Arbitration*, in “The Journal of World Investment”, 2003, p. 367 ss.; F. MANTILLA-SERRANO, *Towards a Transnational Procedural Public Policy*, in “Arbitration International”, 2004, p. 333 ss.; G. J. CONDE E SILVA, “Transnational Public Policy in International Arbitration”, Londra, Queen Mary University of London, 2007; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in “Rivista dell'Arbitrato”, 2006, p. 629 ss.; J. D. FRY, *Désordre Public International Under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy*, in “Chinese Journal of International Law”, 2009, p. 81 ss.; T. ROSSI, *Arbitrabilità e controllo di conformità all'ordine pubblico*, Napoli, ESI, 2017.

⁵⁷ S. M. SCHWEBEL e S. G. LAHNE, *Public Policy and Arbitral Procedure*, cit., p. 206. Sulla distinzione tra ordine pubblico sostanziale e procedurale v. anche G. ZARRA, “Imperativeness in Private International Law. A View from Europe”, L'Aja, Springer, 2022, p. 131 ss.

d)⁵⁸. È pur vero che una significativa differenza esiste tra la non esecuzione per tali ultimi motivi e quella per contrasto con l'ordine pubblico dello Stato del foro: nel primo caso, infatti, è necessario che la parte che cerca di resistere all'esecuzione invochi i motivi in discorso; al contrario, il contrasto con l'ordine pubblico dello Stato al quale l'esecuzione è chiesta è rilevabile *ex officio* dalle corti di questo⁵⁹. Ad ogni modo, buona parte della dottrina ha ritenuto il dibattito per lo più privo di risvolti pratici rilevanti, in quanto l'esistenza di un motivo di non esecuzione specifico, nella Convenzione di New York, per l'eventualità di vizi procedurali farebbe sì che chiunque tenti di resistere all'esecuzione di una decisione arbitrale per simili vizi invochi tale motivo, piuttosto che la contrarietà del lodo all'ordine pubblico dello Stato del foro⁶⁰.

Al di là di simili distinzioni, ciò che qui rileva è che la violazione delle norme sul giusto processo (e, in particolare, il mancato rispetto del requisito dell'imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante) possano concretamente venire in rilievo grazie a più d'una delle disposizioni contenute nell'Art. V.

Ebbene, quale che sia il motivo di non esecuzione preso in considerazione, possono qui riproporsi le medesime considerazioni svolte con riferimento alla violazione dei canoni del giusto processo arbitrale nel contesto dell'annullamento dei lodi ICSID: in primo luogo, un vizio del procedimento non può essere eccepito in fase di non esecuzione (o di annullamento) laddove esso non sia stato fatto valere nel corso del procedimento principale⁶¹; in aggiunta, la prassi delle corti interne dimostra che affinché un vizio procedurale determini la non esecuzione del lodo risultante dal procedimento vi debba essere un *nesso causale tra la violazione e l'esito concreto del procedimento*⁶². Del resto, i motivi di non esecuzione di un lodo di cui alla Convenzione di New York lasciano comunque alle corti interne un buon grado di discrezionalità in proposito, prevedendo essa che “[r]ecognition and enforcement *may be refused*” (corsivo aggiunto), non *debbano* essere rifiutati.

⁵⁸ “[C]oncepts of procedural public policy have been applied rarely and restrictively under Article V(2)(b). More fundamentally, it is unclear what legitimate purpose the notion of ‘procedural public policy’ under Article V(2)(b) serves. [...] Article V(1)(b) was drafted specifically to establish a uniform international standard for the procedural conduct of arbitrations, while Article V(1)(d) permits non-recognition of awards based on violations of the parties’ agreed arbitral procedures or (absent agreement) the procedural law of the arbitral seat. In these circumstances, the application of procedural public policies under Article V(2)(b) serves only to permit a limited imposition of local public policies on international arbitrations seated abroad which, by hypothesis (given Article V(1)(b)), satisfy international procedural standards. Given the Convention’s objectives, it is difficult to see why such a basis for non-recognition would have been intended or would serve any desirable or legitimate purpose. The better course would be not to expand the scope of Article V(2)(b) and instead to limit it to substantive public policies”. G. BORN, “International Commercial Arbitration”, cit., p. 4049.

⁵⁹ Come si evince dalla differente formulazione del primo e del secondo paragrafo dell'Art. V. Il primo, infatti, dispone che il lodo può essere annullato se la parte fornisce prova dell'esistenza di uno dei motivi elencati, laddove il secondo prevede che il lodo possa essere annullato “if the competent authority [...] finds that [...]”.

⁶⁰ M. SCHERER, *Art. V(1)(b)*, in R. WOLFF (a cura di), “New York Convention. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958. Article-by-Article Commentary”, cit., p. 303.

⁶¹ *Ivi*, p. 300.

⁶² *Ivi*, p. 298 ss.

Così, ad esempio, nel contesto dell'applicazione dell'Art. V, par. 1, lett. b), il Tribunale superiore regionale di Hamm, in Germania, ha rigettato l'opposizione all'esecuzione presentata da un soggetto soccombente nel procedimento arbitrale principale sulla base di una presunta violazione del diritto dello stesso ad essere sentito. La Corte, infatti, ha ritenuto, *inter alia*, che questi non avesse dimostrato che il vizio procedurale avesse avuto un qualche effetto sul risultato del procedimento⁶³. Nel caso *Pacific China Holdings Ltd v. Grand Pacific Holdings Ltd*⁶⁴, le corti di Hong Kong hanno invece dovuto decidere di una domanda di annullamento di un lodo arbitrale⁶⁵ reso all'esito di un procedimento che, secondo il soggetto soccombente, non aveva garantito il diritto dello stesso ad essere ascoltati e nel quale il tribunale arbitrale non era correttamente costituito; in aggiunta, veniva lamentata la contrarietà del lodo all'ordine pubblico. Nel farlo, si è dovuto valutare "whether or not there has been a violation [...] and then examine the quality of any violations established to see whether or not [...] the result would not be different"⁶⁶. Ancora, il medesimo approccio è stato adottato dalla Corte d'appello di Singapore nel caso *CBS v. CBP*⁶⁷, nel quale la richiesta di annullamento di un lodo per vizi del procedimento è stata accolta, in quanto vi era "a real possibility that the deliberation and conclusion of the arbitration would [have been] different"⁶⁸.

È chiaro che l'individuazione del grado di correlazione tra la violazione e l'esito del procedimento la cui prova è richiesta per garantire la non esecuzione del lodo è rimessa alle corti interne che concretamente interpretano l'Art. V della Convenzione di New York (o il diverso parametro a venire in rilievo)⁶⁹. Ad ogni modo, ciò che qui rileva è che – come detto nell'ambito dell'annullamento dei lodi ICSID – la parte non finanziata ha innanzitutto l'onere di eccepire eventuali distorsioni del procedimento generate dall'accordo di TPF nel corso dello stesso. In ogni caso, anche laddove tali distorsioni potessero essere invocate come motivi di annullamento o non esecuzione del lodo, le corti interne tendono a valutare se esse abbiano avuto un effetto concreto sulla decisione. Ne consegue che anche laddove sia accertato che norme effettivamente applicabili al procedimento non siano state rispettate – come, ad esempio, quelle che prescrivono

⁶³ Oberlandesgericht Hamm, Beschl., 28 novembre 2008, 25 Sch. 07/07.

⁶⁴ High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance, *Pacific China Holdings Ltd (in liquidation) v. Grand Pacific Holdings Ltd*, 29 giugno 2011, HCCT 15/2010.

⁶⁵ Ma che, per i motivi più su esplicitati, rileva anche nel contesto di un discorso sul diverso problema della non esecuzione dei lodi.

⁶⁶ *Pacific China Holdings Ltd (in liquidation) v. Grand Pacific Holdings Ltd*, cit., par. 109.

⁶⁷ Court of Appeal of the Republic of Singapore, *CBS v. CBP*, 20 gennaio 2021, [2021] SGCA 4. Per un commento alla decisione si veda C. MILO, *Due Process Limits to Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration: A "by the Book" Approach the Court of Singapore*, in "Rivista dell'Arbitrato", 2021, p. 833 ss.

⁶⁸ *CBS v. CBP*, cit., par. 85.

⁶⁹ È stato però notato dalla dottrina come, in generale, lo standard probatorio richiesto sia relativamente basso: "The standard required for the causal nexus between the violation of procedural fairness and the outcome of the arbitration is relatively low ('very lenient,' 'appears likely to have affected,' 'could' or 'may have affected'). Sometimes a mere 'possibility' of a different outcome is sufficient, and sometimes courts will even presume that the outcome would have been different. Such a low standard is justifiable because, in most cases, it would be difficult to clearly demonstrate the causal link between any one or more procedural violations and the particular outcome of an award". M. SCHERER, *Art. V(1)(b)*, cit., p. 299.

l'obbligo di *disclosure* dell'accordo di finanziamento o quelle che obbligano gli arbitri a rendere nota la propria relazione con il finanziatore – ciò non necessariamente è sufficiente a travolgere gli effetti della decisione arbitrale⁷⁰.

3.3. Non esecuzione per violazione dell'ordine pubblico dello Stato nel quale essa è richiesta

Come anticipato nella precedente Sezione, l'ordine pubblico ha anche una dimensione sostanziale, la quale viene in rilievo esclusivamente per il tramite dell'Art. V, par. 2, lett. b), della Convenzione di New York. Grazie a tale motivo di annullamento, le corti di uno Stato possono rifiutare l'esecuzione di una sentenza arbitrale straniera ove essa contrasti, appunto, con l'ordine pubblico del foro, vale a dire con principi che esso considera irrinunciabili.

Ebbene, ci si potrebbe chiedere quindi se le più volte richiamate norme nazionali poste a divieto di determinate forme di finanziamento possano costituire per l'appunto principi di ordine pubblico la cui importanza, per lo Stato nel quale è richiesta, è tale da giustificare il rifiuto dell'esecuzione di un lodo reso all'esito di un procedimento finanziato.

Può menzionarsi, in proposito, il caso *Banglar v. Ranka*, deciso dalla Corte superiore di giustizia dell'Ontario⁷¹. Esso riguardava la richiesta di annullamento di tre lodi da parte del convenuto soccombente, il quale riteneva che dovessero essere annullati per essere stato il procedimento finanziato. Il convenuto, infatti, faceva valere l'applicabilità, in Ontario, dei richiamati divieti di *champerty* e *maintenance*, in forza dei quali l'accordo di finanziamento del procedimento sarebbe stato da ritenere invalido⁷². La Corte ha ritenuto che l'accordo di finanziamento in questione non rientrasse tra quelli vietati per *champerty* e *maintenance*; di conseguenza, non ha dovuto pronunciarsi sulla eventuale applicabilità di questi istituti in arbitrato⁷³ e neppure ha dovuto decidere della loro incidenza sull'eseguibilità delle decisioni arbitrali. Ad ogni modo, il caso dimostra senz'altro la possibilità che soggetti non finanziati e soccombenti cerchino di far valere la contrarietà all'ordine pubblico dell'accordo di TPF come ultimo tentativo di resistere all'esecuzione del lodo nei loro confronti reso.

Ancora una volta, l'analisi della questione può difficilmente prescindere dall'identificazione della specifica giurisdizione nella quale l'esecuzione è in concreto richiesta; ciò è vero, come si è già avuto modo di notare, per ciascuno dei motivi di annullamento *ex Art. V* della Convenzione di New York, ma appare ancora più vero con riferimento al motivo in discorso, giacché la funzione stessa dell'ordine pubblico è quella di salvaguardare principi identificativi di un dato ordinamento. Non a caso, la dottrina ha in passato espresso la preoccupazione che l'inclusione della contrarietà del lodo all'ordine

⁷⁰ Il che, a noi sembra, conferma indirettamente la desiderabilità dell'obbligo di *disclosure* degli accordi di finanziamento, per consentire allo stesso tribunale arbitrale di gestire gli eventuali effetti di esso sul procedimento.

⁷¹ Ontario Superior Court of Justice, *Banglar Progoti Ltd v. Ranka Enterprises Inc and others*, CV-08-792300 CL e CV-09-80244-00CL, 8 aprile 2009.

⁷² *Ivi*, par. 2.

⁷³ *Ivi*, par. 15 ss.

pubblico tra i motivi che giustificherebbero la sua non esecuzione abbia il potenziale di vanificare gli sforzi della Convenzione nel senso di favorire la circolazione dei lodi; e questo in quanto ciascuno Stato avrebbe il potere, per il tramite di una simile nozione, di dare copertura convenzionale ad ogni norma interna della quale abbia deciso di pretendere applicazione⁷⁴.

Nonostante quanto appena detto, alcune considerazioni di carattere generale possono senz'altro essere svolte. In primo luogo, la preoccupazione della dottrina circa il potenziale eversivo dell'Art. V, par. 2, lett. b) della Convenzione di New York sembra essersi rivelata per lo più infondata. In realtà, è stato ampiamente dimostrato che ben pochi lodi non vengono eseguiti per essere gli stessi in contrasto con l'ordine pubblico dello Stato nel quale l'esecuzione è richiesta. Recentemente, un Report dell'IBA sull'eccezione di ordine pubblico nella Convenzione di New York ha concluso⁷⁵, dopo aver preso in esame la prassi di più di 40 giurisdizioni, che

“[i]n most of the countries covered by this report, courts tend to construe narrowly violation of public policy as a ground for denying the enforcement of a foreign arbitral award: it does not suffice that public policy is offended or violated by the foreign award, but the violation must be of a certain nature or level. The level of required violation of public policy varies from one jurisdiction to another: the violation must be ‘clear’, ‘concrete’, ‘evident’ or ‘patent’, ‘blatant’, ‘manifest’, ‘obvious and manifest’, ‘flagrant’, ‘particularly offensive’, ‘severe’, ‘intolerable’, ‘unbearable’, ‘repugnant to the legal order’, etc.”⁷⁶.

Se si assume che l'eccezione di ordine pubblico non sia utilizzata con leggerezza dalle corti interne, si fa fatica ad immaginare che anche laddove un accordo di TPF possa dirsi contrario all'ordine pubblico dello Stato nel quale l'esecuzione è richiesta, tale contrarietà sia in grado di dispiegare i propri effetti sull'intero procedimento finanziato e, in ultima analisi, sul lodo che da esso risulta.

Una simile conclusione sembra indirettamente supportata dall'atteggiamento delle giurisdizioni che più a lungo hanno applicato i divieti di *champerty* e *maintenance*, fino a tempi relativamente recenti. Basti pensare a Singapore, dove, nel 2006, la Corte Suprema ha affermato che “[i]n principle and on authority, the law of champerty ought to

⁷⁴ Si veda, ad esempio, H. M. HOLTZMANN, *A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards*, in M. HUNTER, A. MARRIOTT e V. V. VEEDER, “The Internationalisation of International Arbitration. The LCIA Centenary Conference”, Londra – Dodrecht – Boston, Graham & Trotman – Martinus Nijhoff, 1995, p. 109 ss.; il problema si è poi posto all'attenzione della dottrina, ad esempio, in occasione della ratifica della Convenzione di New York da parte di alcuni paesi islamici: C. N. BROWER, e J. K. SHARPE, *International Arbitration and the Islamic World: The Third Phase*, in “The American Journal of International Law”, 2003, p. 643 ss.; A. H. EL-AHDAB, *Enforcement of Arbitral Awards in the Arab Countries*, in “Arbitration International”, 1995, p. 169 ss.

⁷⁵ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, SUBCOMMITTEE ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS, *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention*, 2015, riprodotto in *Dispute Resolution International*, 2016, p. 35 ss.

⁷⁶ *Ivi*, p. 43.

apply [...] to arbitration proceedings as it applies to proceedings in court. If it is contrary to public policy to traffic in causes of actions without a sufficient interest to sustain the transaction, what does it matter if the cause of action is to be prosecuted in court or in an arbitration?"⁷⁷. Eppure, soltanto poco più di 10 anni dopo, nel 2017, la legislazione di Singapore è stata modificata al fine di rendere esplicito che gli accordi di finanziamento di taluni tipi di procedimenti, tra i quali figura l'arbitrato internazionale, non sono da ritenersi invalidi per *champerty* o *maintenance*⁷⁸. Lo stesso può dirsi per l'ordinamento di Hong Kong⁷⁹. Ciò sembra indice di un atteggiamento di complessiva tolleranza – e finanche di incoraggiamento – del fenomeno del finanziamento che, a ben vedere, gli Stati hanno interesse a sposare. Dato il crescente impiego di forme di finanziamento dell'arbitrato internazionale, l'approccio contrario avrebbe l'effetto di ridurre l'attrattività degli Stati che lo applicano come sede di procedimenti arbitrali.

In ultima analisi, quindi, sembra possibile concludere che, anche laddove principi di ordine pubblico contrari al finanziamento da parte di terzi che renderebbero gli accordi di TPF inesequibili effettivamente esistano, ciò non si ripercuoterebbe sull'eseguibilità del lodo straniero reso all'esito di un procedimento finanziato. La nozione di ordine pubblico, infatti, è generalmente utilizzata con grande cautela dalle corti interne, le quali, oltre a salvaguardare i propri principi fondamentali, mantengono un certo grado di apertura verso il fenomeno arbitrale; ciò sembra indirettamente confermato dal progressivo riconoscimento della legittimità dell'uso di forme di finanziamento anche da parte di ordinamenti storicamente ostili allo stesso.

4. CONCLUSIONI

L'analisi condotta nel presente Capitolo rende evidente che l'impiego di accordi di finanziamento del procedimento arbitrale non incide in maniera significativa sull'eseguibilità dei lodi resi all'esito del procedimento finanziato. In effetti, dalla prassi applicativa tanto della Convenzione ICSID quanto della Convenzione di New York del 1958 emerge una consolidata tendenza ad interpretare i motivi di annullamento o non esecuzione in maniera restrittiva e a conservare per quanto possibile i lodi e favorirne la circolazione.

Quanto ai lodi resi da tribunali amministrati dall'ICSID, essi devono essere eseguiti dalle corti degli Stati parte della Convenzione istitutiva del Centro alla stregua decisioni interne definitive, potendo essere soggetti soltanto al meccanismo di annullamento previsto dalla stessa Convenzione all'Art. 52, ed esclusivamente per i motivi ivi contemplati. Ad ogni modo, una valutazione complessiva della prassi applicativa di tale norma ad opera dei comitati *ad hoc* ai quali le richieste di annullamento vengono deferite evidenzia una interpretazione tendenzialmente restrittiva dei motivi di cui all'Art. 52 e, quindi, un chiaro favore per la conservazione dei lodi. Così, nell'eventualità che il lodo

⁷⁷ Supreme Court of Singapore, Court of Appeal, *Otech Pakistan Pvt Ltd v. Clough Engineering Ltd and Another*, cit., par. 37.

⁷⁸ V. Capitolo I, Sezione 2.1.

⁷⁹ V. Capitolo I, Sezione 2.1.

venga impugnato per errata determinazione della giurisdizione ad opera del tribunale, appare difficile che ciò risulti nel suo annullamento: la circostanza che un tribunale abbia errato nel declinare la propria giurisdizione per la presenza di un finanziatore (ipotesi, come si è visto nel Capitolo II, allo stato mai verificatasi) potrebbe essere assunta a motivo dell'annullamento di un lodo soltanto in casi eccezionali, laddove tale determinazione sia al punto errata che il vizio possa essere rilevato in maniera immediata e senza necessità di approfondimenti da un comitato *ad hoc*. Nell'ipotesi in cui invece la presenza del finanziatore alteri il regolare svolgimento del procedimento (in particolare, incidendo sull'indipendenza e imparzialità del tribunale), la prassi ha dimostrato che ciò può determinare l'annullamento della decisione soltanto quando il vizio procedurale abbia avuto un effetto concreto sull'esito del procedimento stesso, così che non tutte le violazioni procedurali possano essere fatte valere una volta che il procedimento principale si sia chiuso.

Spostando il *focus* dell'indagine sui lodi non ICSID, la conclusione non sembra significativamente diversa: in primo luogo, non è neppure universalmente accettato che una errata determinazione della giurisdizione possa essere assunta a motivo di annullamento o non esecuzione di un lodo ai sensi dell'Art. V della Convenzione di New York del 1958; in secondo luogo, anche la prassi domestica applicativa della Convenzione, nonché quella relativa all'annullamento dei lodi, dimostra che nell'ipotesi in cui il finanziamento dovesse incidere sulla regolarità del procedimento ciò potrebbe essere rilevante soltanto quando, ancora una volta, il vizio procedurale abbia avuto ripercussioni sulla decisione concretamente adottata dal tribunale arbitrale. Da ultimo, neppure sembra condivisibile la preoccupazione che l'esistenza di norme nazionali a divieto di determinate forme di finanziamento possa essere assunta a motivo di annullamento o non esecuzione del lodo, anche laddove tali divieti dovessero considerarsi parte dell'ordine pubblico del foro. Il concetto di ordine pubblico, infatti, è tradizionalmente interpretato in maniera restrittiva, al fine di salvaguardare un certo grado di apertura verso il fenomeno dell'arbitrato internazionale, così che sembra eccessivo immaginare che, anche laddove un accordo di TPF possa dirsi contrario all'ordine pubblico dello Stato nel quale l'esecuzione è richiesta, tale contrarietà dispieghi i propri effetti sull'intero procedimento finanziato e, in ultima analisi, sul lodo che ne deriva.

CONCLUSIONI

“Alternative funding is here to stay, and not just for small or cash-strapped claimants”¹.

Il TPF è un fenomeno ormai ampiamente diffuso; ad esso fanno ricorso tanto coloro che necessitano di fondi per far fronte a situazioni finanziarie avverse, quanto soggetti che intendono gestire l’ineludibile rischio economico insito nella partecipazione ad un procedimento giudiziario o arbitrale. I numerosi casi ai quali si è potuto far riferimento ne sono la testimonianza, e sembrano essere altresì la prova della necessità di superare il dibattito sulla opportunità dell’impiego di forme di finanziamento del contenzioso e volgere lo sguardo alle questioni relative alla gestione ed eventuale regolamentazione dello stesso.

Come si è più volte detto nel corso del lavoro, infatti, sebbene gli accordi di finanziamento possano essere utilizzati anche per supportare domande presentate dinanzi alle corti interne, è stato suggerito che il loro impiego nell’ambito di procedimenti arbitrali internazionali possa essere particolarmente problematico, per la natura strettamente consensuale dell’arbitrato che mal si presterebbe a tollerare la presenza di un terzo (in questo caso, il finanziatore) il quale, pur avendo un interesse anche rilevante nell’esito del procedimento, non sia dello stesso parte e non possa essere assoggettato all’autorità del tribunale arbitrale.

Nelle pagine che precedono si è cercato di contribuire alla comprensione del fenomeno, al fine di valutare se e, eventualmente, in che misura esso incida sul regolare svolgimento dei procedimenti arbitrali commerciali e in materia di investimenti, identificando altresì eventuali lacune nel quadro normativo tipicamente applicabile agli stessi che non consentirebbero agli arbitri un’efficace gestione di tale incidenza. Lo si è fatto partendo – nel Capitolo I – dalla imprescindibile e preliminare questione della definizione di TPF: definire quest’ultimo, infatti, è quantomai complesso in ragione della varietà di strumenti economici e contrattuali a disposizione di chi intenda finanziare i costi di lite altrui e della conseguente divergenza delle definizioni adottate a livello nazionale e internazionale da chiunque abbia tentato uno sforzo di regolamentazione dell’istituto. Come si è cercato di dimostrare, anche i fenomeni sulla cui inclusione nella definizione di finanziamento sono stati espressi i maggiori dubbi – e segnatamente: il finanziamento *pro bono*, le polizze assicurative e i patti di quota lite – non sembrano potersi distinguere dalle forme più classiche di finanziamento *non-recourse* in quanto a potenziale incidenza sullo svolgimento dei procedimenti e vanno a queste accomunati. Come si è evidenziato, infatti, l’adozione di definizioni che di tali fenomeni non tengano conto sembra dettata per lo più da un eccessivo *focus* sulla possibilità che la presenza di

¹ FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER, *International Arbitration: 10 Trends in 2016*, cit., p. 8.

un finanziatore accresca il rischio di conflitti di interessi tra gli altri soggetti coinvolti nel procedimento finanziato; un rischio, è evidente, di gran lunga minore – sebbene non del tutto assente – se il finanziatore non ha diritto a remunerazione o è un soggetto, come l'assicuratore, che svolge professionalmente attività di distribuzione del rischio connesso alle proprie operazioni o, ancora, nell'ipotesi in cui il finanziatore sia altresì un difensore, la cui condotta è regolata da norme deontologiche specifiche. Tuttavia, il finanziamento può incidere anche in larga misura su altri aspetti di un procedimento arbitrale, in particolare sulla assunzione di decisioni sui costi del procedimento e, nello specifico, sulla concessione di una cauzione per le spese di giudizio e sulla successiva allocazione dei costi. In quest'ottica, ad essere di per sé rilevante è la mera eventualità che una parte non sostenga autonomamente – in tutto o in parte – i costi del procedimento, indipendentemente dal soggetto che concede il supporto economico e dalla forma con la quale ciò viene fatto. Una analisi del TPF, quindi, dovrebbe prendere in considerazione ogni fenomeno che determini uno spostamento (anche solo parziale) del rischio economico di soccombenza in capo ad un soggetto diverso dalla parte in giudizio.

Fornita una definizione operativa di finanziamento, si è passati a interrogarsi, nei restanti tre Capitoli, circa il concreto grado di incidenza di questo sull'arbitrato internazionale: a ben vedere, l'analisi condotta sembra aver evidenziato che l'impatto del TPF sulla conduzione di un procedimento arbitrale è, in definitiva, modesta.

In particolare, nel Capitolo II si è avuto modo di analizzare criticamente le posizioni di coloro che ritengono che il finanziamento, attribuendo al finanziatore l'interesse nell'ottenimento di una decisione favorevole nonché, talvolta, alcuni diritti procedurali in principio spettanti alla parte connessi alla gestione del procedimento, potrebbe determinare l'alterazione dei confini della giurisdizione di un tribunale arbitrale, consentendogli di esercitare la propria autorità *direttamente* sul finanziatore anche se questi non dovesse aver sottoscritto la convenzione arbitrale. Ciò, ovviamente, è stato fatto distinguendo le ipotesi di arbitrato sorto da un contratto da quelle, c.dd., di *arbitration without privity*, dati i diversi requisiti giurisdizionali che devono essere soddisfatti nei due casi. Ad ogni modo, l'analisi ha evidenziato come l'esistenza di un accordo di TPF non sia di per sé in grado di alterare i limiti giurisdizionali del mandato di un tribunale arbitrale, potendosi esercitare giurisdizione sul finanziatore soltanto nelle ipotesi – del tutto eccezionali – in cui l'accordo di finanziamento determini la cessione del diritto controverso o dell'azione a quest'ultimo, il quale non potrà in questi casi considerarsi un terzo.

Quanto all'arbitrato contrattuale, infatti, le teorie elaborate da dottrina e giurisprudenza sul coinvolgimento dei terzi non firmatari della clausola arbitrale in un procedimento – già grandemente dibattute, dato lo scostamento che determinano dal principio consensualistico sul quale l'arbitrato si fonda – mal si prestano ad essere applicate alla figura del finanziatore, in ragione della tendenziale assenza di legami di natura societaria tra questo e la parte finanziata e della non partecipazione del finanziatore all'operazione economica dalla quale insorge la controversia.

Con riferimento alle ipotesi di arbitrato in materia di investimenti fondato su trattato, si è visto che l'approccio adottato dai tribunali arbitrali alla questione dell'accertamento della propria giurisdizione è da sempre caratterizzato da estremo formalismo, che porta a ritenere l'eventuale discrepanza tra il soggetto ricorrente e colui che effettivamente beneficia dell'esito favorevole del procedimento circostanza non sufficiente a spogliare il tribunale del proprio potere di conoscere e decidere della controversia. Un simile approccio è stato in effetti confermato dalla prassi nei casi nei quali le eccezioni alla giurisdizione e/o all'ammissibilità muovevano dall'esistenza di un accordo di finanziamento.

Avendo concluso che un tribunale arbitrale non possa, salva l'ipotesi di cessione del *claim* al finanziatore, esercitare su quest'ultimo giurisdizione, nel Capitolo III si sono valutate le conseguenze di ciò sulla gestione del procedimento: se da un lato è vero che sul finanziatore un tribunale arbitrale non può esercitare la propria autorità, è altresì vero che questi, condividendo con la parte finanziata il rischio economico di esito sfavorevole della controversia, è in grado di esercitare un controllo potenzialmente pervasivo su aspetti cruciali del procedimento. Ci si è chiesti quindi quali siano (se vi sono) le ripercussioni pratiche di una simile asimmetria nella relazione tra il finanziatore, la parte finanziata e il tribunale arbitrale. Lo si è fatto prendendo in considerazione i tre momenti chiave di un procedimento sul quale un accordo di TPF può incidere, vale a dire: *i*) la costituzione del tribunale arbitrale, in ragione dei potenziali conflitti di interessi dovuti alla presenza del finanziatore; *ii*) la decisione sulla richiesta di cauzione per le spese di giudizio da parte del soggetto non finanziato; e *iii*) l'allocazione dei costi.

Ebbene, si è in primo luogo potuto osservare come la prassi consideri tendenzialmente irrilevante l'esistenza di un accordo di finanziamento ai fini dell'assunzione di determinazioni sui costi del procedimento.

Quanto alla cauzione per le spese di giudizio, infatti, la giurisprudenza maggioritaria opportunamente considera l'esistenza di un accordo di TPF come un mero elemento fattuale dal quale desumere informazioni circa la complessiva situazione economica del soggetto finanziato, nei confronti del quale la misura è richiesta, al fine di valutare se esso disponga dei mezzi per ottemperare ad una eventuale condanna al pagamento delle spese. L'opinione di chi sostiene che l'esistenza del finanziamento dovrebbe essere di per sé sufficiente a concedere la cauzione o, quantomeno, a determinare un'inversione dell'onere della prova della sua non necessità in capo al soggetto finanziato, è infatti non convincente, in quanto fondata sulla discutibile premessa per la quale l'uso del TPF aumenterebbe il rischio di proposizione di liti temerarie e di non esecuzione delle decisioni sui costi; tale opinione, inoltre, sembra discostarsi dalla giurisprudenza ormai consolidata che considera la misura cautelare in discussione estremamente gravosa e da imporre in circostanze del tutto eccezionali, al fine di non limitare eccessivamente l'accesso alla giustizia arbitrale di soggetti in difficoltà economica.

Con riferimento all'allocazione dei costi del procedimento, invece, è emersa l'idea che il ruolo del TPF nella decisione della questione sia limitato. Innanzitutto, è pacificamente accettato che il fatto di essere finanziati da un terzo non renda i costi del procedimento

non recuperabili, nella misura in cui la parte finanziata abbia l'obbligo di rimborsare al finanziatore le spese sostenute. Laddove sia impiegato invece un accordo di finanziamento *pro bono*, la parte finanziata non potrebbe considerarsi come un soggetto che è incorso in costi di giudizio, che non avrebbe quindi diritto a recuperare. In secondo luogo, sembra anche possibile, in virtù dell'ampia discrezionalità che le norme sull'allocazione dei costi normalmente attribuiscono ai tribunali arbitrali, che possa a certe condizioni recuperarsi anche il costo del finanziamento stesso, vale a dire il costo del capitale o dell'assunzione del rischio da parte del finanziatore, purché tale costo sia ragionevole.

Un aspetto sul quale invece il finanziamento sembra poter incidere in misura maggiore è quello dell'indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante; se da un lato ci sembra che questa incidenza non vada sovrastimata, essendo i finanziatori soggetti che traggono profitto dell'esito di un procedimento arbitrale e, di conseguenza, soggetti tendenzialmente non interessati a minarne l'efficienza, dall'altro lato la presenza di un finanziatore, al pari di quella di un qualunque soggetto terzo estraneo al procedimento ma con un interesse nell'esito dello stesso, deve necessariamente essere valutata nell'accertare la capacità degli arbitri di rendere una decisione imparziale.

Alla luce di tali conclusioni, si è quindi esaminata la questione della *disclosure* dell'accordo di finanziamento. Nel farlo, però, si è dovuto necessariamente prendere atto del fatto che il dibattito sull'opportunità della previsione di un obbligo di *disclosure* degli accordi di TPF è stato ormai in buona parte superato, essendosi la quasi totalità delle istituzioni arbitrali dotata di una qualche disposizione sul punto. In linea con quanto poc'anzi detto, e cioè che l'aspetto del procedimento sul quale l'esistenza dell'accordo di finanziamento sembra poter incidere maggiormente è quello dell'accertamento dell'indipendenza e imparzialità degli arbitri, si è notato come il processo di positivizzazione dell'obbligo di *disclosure* abbia opportunamente riguardato soltanto la divulgazione dell'esistenza stessa dell'accordo e dell'identità del finanziatore. Non ci si è invece spinti fino alla previsione di un obbligo di divulgazione dei termini dell'accordo di finanziamento, il quale contiene spesso informazioni altamente sensibili e di natura confidenziale la cui conoscenza potrebbe avvantaggiare indebitamente la parte non finanziata. Ad ogni modo, la divulgazione dei termini dell'accordo sembra poter comunque essere imposta laddove il tribunale la ritenesse necessaria, indipendentemente dal fatto che ciò sia espressamente consentito dalle pertinenti norme applicabili, potendosi considerare il potere di ordinare la *disclosure* un potere inerente, esercitabile quindi anche in assenza di una disposizione specifica che lo attribuisca agli arbitri.

Da ultimo, nel Capitolo IV ci si è chiesti se l'esistenza di un accordo di finanziamento possa incidere sull'eseguibilità dei lodi resi al termine di procedimenti finanziati, arrivando ad una risposta negativa: tanto per i lodi ICSID – soggetti ad un peculiare meccanismo di annullamento amministrato dal Centro e non impugnabili dinanzi alle corti interne degli Stati parte della Convenzione – quanto per quelli resi da tribunali non amministrati dal Centro, la prassi applicativa dei rilevanti strumenti internazionali – vale a dire, l'Art. 52 della Convenzione ICSID e l'Art. V della Convenzione di New York del

1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere – tende ad adottare una interpretazione restrittiva dei motivi di annullamento e di non esecuzione invocabili e, quindi, un chiaro favore per la conservazione dei lodi.

Quanto ai lodi resi da tribunali ICSID, la prassi dei comitati *ad hoc* ai quali le richieste di annullamento vengono deferite evidenzia, in primo luogo, che un eventuale errore del tribunale arbitrale nella determinazione della propria giurisdizione difficilmente risulta nell'annullamento della decisione; così, la circostanza che un tribunale erri nel declinare la propria giurisdizione per la presenza di un finanziatore (ipotesi, come si è visto nel Capitolo II, allo stato mai verificatasi) potrebbe essere assunta a motivo dell'annullamento di un lodo soltanto in casi eccezionali, laddove tale determinazione sia al punto errata che il vizio possa essere rilevato in maniera immediata e senza necessità di approfondimenti da un comitato *ad hoc*. Nell'ipotesi in cui invece la presenza del finanziatore alterasse il regolare svolgimento del procedimento (in particolare, incidendo sull'indipendenza e imparzialità del tribunale), la prassi ha dimostrato che ciò potrebbe risultare nell'annullamento del lodo soltanto quando il vizio procedurale abbia avuto un effetto concreto sull'esito del procedimento stesso, così che non tutte le violazioni procedurali possano essere fatte valere una volta che il procedimento principale si sia chiuso.

La conclusione non sembra significativamente diversa laddove si prendano in considerazione i lodi non ICSID, per i quali, innanzitutto, non è neppure universalmente accettato che una errata determinazione della giurisdizione possa essere assunta a motivo di annullamento o non esecuzione dinanzi alle corti interne ai sensi dell'Art. V della Convenzione di New York; in aggiunta, anche la prassi domestica applicativa della Convenzione, nonché quella relativa all'annullamento dei lodi presso lo Stato della sede, rende chiaro che laddove il finanziamento dovesse incidere sulla regolarità del procedimento ciò potrebbe essere rilevante soltanto quando, ancora una volta, ciò abbia avuto un effetto materiale sulla decisione concretamente adottata dal tribunale arbitrale. Da ultimo, neppure può dirsi condivisibile la preoccupazione che l'esistenza di norme nazionali a divieto di determinate forme di finanziamento possa essere assunta a motivo di annullamento o non esecuzione del lodo, anche laddove tali divieti dovessero considerarsi parte dell'ordine pubblico del foro. Il concetto di ordine pubblico, infatti, è tradizionalmente utilizzato con grande cautela dalle corti interne, le quali cercano, tendenzialmente, di mantenere un certo grado di apertura verso il fenomeno dell'arbitrato internazionale; ne consegue che sembra difficile che, anche laddove un accordo di TPF possa dirsi contrario all'ordine pubblico dello Stato nel quale l'esecuzione è richiesta, tale contrarietà dispieghi i propri effetti sull'intero procedimento finanziato e, in ultima analisi, sul lodo che ne deriva.

Quanto si è osservato nel corso della trattazione, ben lungi dall'evidenziare una esigenza di regolamentazione del finanziamento, sembra far emergere la complessiva efficienza dell'arbitrato quale sistema di risoluzione delle controversie.

Con riferimento alla questione dell'impossibilità per un tribunale di assumere giurisdizione *direttamente* su un finanziatore, in effetti, tale impossibilità non sembra

affatto problematica. Nel contesto dell'arbitrato contrattuale, infatti, alcuni hanno ritenuto la difficoltà di assoggettare *direttamente* il finanziatore alle decisioni di un tribunale arbitrale particolarmente preoccupante, poiché consentirebbe a questi di ottenere un vantaggio economico dal procedimento senza essere vincolato alle determinazioni del tribunale, in particolare a quelle sui costi di giudizio. Tuttavia, a noi sembra che manchi, allo stato, qualunque prova del fondamento di tali preoccupazioni, che anzi appaiono infondate se si tiene conto della enorme crescita del mercato del finanziamento, composto per lo più da soggetti che svolgono tale attività professionalmente, affidabili e altamente solvibili, i quali non hanno alcun interesse a non onorare l'accordo di finanziamento. Così, laddove quest'ultimo prevedesse l'obbligo del finanziatore di pagare le spese della controparte del soggetto finanziato, non si vede perché tale obbligo non debba essere eseguito per il sol fatto di essere lo stesso previsto nel contratto di finanziamento piuttosto che sancito da una decisione del tribunale arbitrale.

Nel contesto dell'arbitrato in materia di investimenti fondato su trattato, l'assenza di giurisdizione sul finanziatore è invece finanche opportuna. La giurisdizione di un tribunale arbitrale in materia di investimenti è infatti limitata *ratione personae* e può essere esercitata solo su soggetti che siano investitori e abbiano una specifica nazionalità (quella di uno Stato con il quale lo Stato ospite ha concluso un accordo di protezione degli investimenti); così, il tribunale non può esercitare la propria giurisdizione su chiunque non rispetti questi requisiti. Di conseguenza, laddove si accogliesse la tesi per la quale l'esistenza di un accordo di TPF farebbe sì che il soggetto finanziato non sia più "the real party in interest", ciò non comporterebbe affatto l'estensione della giurisdizione sul finanziatore, ma soltanto la sua assenza rispetto al finanziato. Non vi sarebbe quindi alcun soggetto legittimato ad agire, con una notevole compressione del diritto di accesso alla giustizia arbitrale degli investitori finanziati.

Con riferimento all'incidenza del finanziamento sulla concessione di una cauzione per le spese di giudizio, l'approccio ormai consolidato nella prassi, che non vede nel TPF un elemento dirimente in tal senso, è certamente quello più opportuno, poiché la creazione di una presunzione in favore della concessione della misura in presenza di un accordo di finanziamento significherebbe, in ultima analisi, rendere particolarmente semplice ottenere la cauzione nei confronti di una parte finanziata, subordinando il diritto di accesso alla giustizia della stessa alla prova di condizioni economiche favorevoli, non richiesta invece per soggetti che non beneficino di un finanziamento.

Quanto poi al ruolo del finanziamento nell'assunzione di determinazioni sull'allocazione dei costi, si è visto che le norme di tutte le istituzioni arbitrali conferiscono ai tribunali enorme discrezionalità, che consente agli stessi di valutare di volta in volta la natura dell'accordo di finanziamento, il costo di questo, le ragioni del ricorso al TPF e ogni altro elemento rilevante a raggiungere una soluzione che sia rispondente alle esigenze del caso concreto.

Come si è già detto, l'aspetto sul quale il finanziamento sembra poter incidere in misura maggiore è quello dell'indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante, e quindi sulla sua costituzione. Ad ogni modo, tutte le principali istituzioni arbitrali hanno

inserito nel proprio regolamento un obbligo di *disclosure* dell'esistenza dell'accordo di finanziamento e dell'identità del finanziatore, essendo inoltre possibile, per un tribunale, ordinare la divulgazione di specifici termini rilevanti dell'accordo facendo ricorso alla categoria dei poteri inerenti; categoria, questa, che consente di modulare l'obbligo di *disclosure* in ragione delle specificità del singolo caso, evitando così che venga imposto in maniera generalizzata alla parte finanziata il gravoso obbligo di rendere note eventuali informazioni confidenziali e/o altamente sensibili contenute nell'accordo.

Da ultimo, si è detto che il finanziamento non sembra neppure in grado di incidere in maniera significativa sull'eseguità dei lodi. Questo, più che evidenziare una inadeguatezza degli strumenti che regolano l'annullamento e l'esecuzione delle decisioni arbitrali ad adattarsi all'emersione del fenomeno del TPF, è spiegabile con la tendenza – consolidatasi ben prima di tale emersione – a garantire la conservazione dei lodi e la loro circolazione, interpretando in maniera restrittiva i motivi di annullamento o non esecuzione.

Nel complesso, quindi, l'analisi condotta in questo lavoro ha evidenziato che, contrariamente a quanto paventato da una parte di dottrina e giurisprudenza, il TPF non determina (e non dovrebbe determinare) modifiche strutturali dell'arbitrato, tanto commerciale quanto in materia di investimenti. Le eventuali ripercussioni dell'impiego di forme di finanziamento in un procedimento arbitrale, in effetti, possono essere efficacemente gestite attraverso l'uso degli strumenti dei quali i tribunali arbitrali già dispongono, come la discrezionalità in materia di costi, di misure cautelari e la categoria dei poteri inerenti. Del resto, quando non è sembrato possibile lasciare che l'arbitrato si autoregolamentasse in maniera spontanea per limitare gli effetti negativi del finanziamento sull'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri, la prassi ha reagito con estrema celerità, adottando un gran numero di norme sulla *disclosure* nei singoli regolamenti arbitrali che consentono di gestire eventuali conflitti di interessi nelle fasi iniziali del procedimento.

Una simile conclusione sembra quella che consente maggiormente di preservare le peculiarità dell'arbitrato che lo rendono, ancora oggi, uno dei più apprezzati meccanismi di risoluzione delle controversie commerciali e in materia di investimenti, e in particolare la sua flessibilità e capacità di adattarsi ai bisogni dei soggetti in lite: “arbitration is becoming increasingly over-formalistic, at the expense of efficiency. [...] [Arbitrators] have seen the development over the years of what they referred to as ‘a kind of arbitration-formality’ which, taken too far, can amount to ‘depriving the parties of the efficiencies they hoped for when they signed the arbitration clause’”².

Le eventuali questioni sollevate dal finanziamento, quindi, “can be addressed using a scalpel rather than a hatchet”³. Attraverso un uso prudente di tutti gli strumenti di cui i

² QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON AND WHITE&CASE, *International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, 2021, disponibile all'indirizzo https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf, p. 14.

³ J. VON GOELER, “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure”, cit., p. 437.

tribunali arbitrali già dispongono, il TPF può essere con successo integrato nel sistema senza avere ripercussioni negative sullo stesso e anzi divenirne un alleato fondamentale in grado di facilitare l'accesso alla giustizia arbitrale.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO, T., *Third-Party Funding or a Tale of Two Siblings*, in “Arbitraje”, 2017, p. 929 ss.

ALONSO, T., *Third-Party Funding’s Older Sibling: Legal Costs Insurance and the Issue of Regulation*, Kluwer Arbitration Blog, 31 agosto 2017, disponibile all’indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/31/third-party-fundings-older-sibling-legal-costs-insurance-issue-regulation/>.

ALTENKIRCH, M. e KLODT, E., *Arbitration Statistics 2020 – In Full Sail Through the COVID Storm*, Global Arbitration News, 12 ottobre 2021, disponibile all’indirizzo <https://globalarbitrationnews.com/arbitration-statistics-2020/>.

ANGOURA, S., “The Impartiality and Independence of Arbitrators in International Commercial Arbitration”, Baden-Baden, Nomos, 2022.

ANUKARAN, S., *Security for Costs in International Arbitration: Mandate, Exercise of Mandate, Standards and Third Party Funding*, in “Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management”, 2018, p. 77 ss.

BACHMANN, S., *The Impact of Third-Party Funding on Security for Costs Requests In International Arbitration Proceedings in Switzerland. Why and How Third-Party Funding Should be Considered Under the Swiss Lex Arbitri*, in “ASA Bulletin”, 2020, p. 842 ss.

BADIA, A., “Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration”, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014.

BADIALI, G., “Ordine pubblico e diritto straniero”, Milano, Giuffrè, 1963.

BALLANTYNE, J., *EU Parliament Calls for Regulation of Third-Party Funding*, Global Arbitration Review, 23 settembre 2022, disponibile all’indirizzo <https://globalarbitrationreview.com/article/eu-parliament-calls-regulation-of-third-party-funding>.

BAO, C., *Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter*, in “Journal of International Arbitration”, 2017, p. 387 ss.

BARBER, L., *Tenke v Katanga: The English Commercial Court Provides Further Clarity on the Ability to Recover Third Party Funding Costs in Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 27 gennaio 2022, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/27/tenke-v-katanga-the-english-commercial-court-provides-further-clarity-on-the-ability-to-recover-third-party-funding-costs-in-arbitration/>.

BARILE, G., "I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi", CEDAM, Padova, 1969.

BARRINGTON, L., *Third-Party Funding and the International Arbitrator*, in P. L. SHAUGHNESSY e S. TUNG (a cura di), "The Powers and Duties of an Arbitrator: *Liber Amicorum* Pierre A. Karrer", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2017, p. 15 ss.

BEHARRY, C. L., *Herzig v Turkmenistan Request for Security for Costs in ICSID Arbitrations Involving Third-Party Funded Insolvent Claimants*, in "ICSID Review – Foreign Investment Law Journal", 2021, p. 14 ss.

BENCH NIEUWVELD, L., *Third Party Funding: Why the Fuss? The Insurance Industry Holds the Answer*, in "Transnational Dispute Management", 7/2012.

BENCH NIEUWVELD, L. e SAHANI, V. S., "Third-Party Funding in International Arbitration", L'Aja, Kluwer Law International, II ed., 2017.

BENTHAM, J., "A Defense of Usury; Shewing the Impolicy of the Present Legal Restraints on the Terms of Pecuniary Bargains", 1787, ripubblicato da CUP, Cambridge, 2014.

BENVENUTI, P., "Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale", Milano, Giuffrè, 1977.

BERARD, M., "Other Costs" in *International Arbitration: A Review of the Recoverability of Internal and Third-Party Funding Costs*, in J. C. BETANCOURT (a cura di), "Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators", Oxford, OUP, 2016, p. 293 ss.

BERMANN, G. A., *Cost Allocation in International Arbitration: What Normative Source, If Any?*, in T. SHERLING, F. FORTESE e C. BALTAG (a cura di), "Finances in International Arbitration: *Liber Amicorum* Patricia Shaughnessy", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2019, p. 27 ss.

BERNARDINI, P., *Third Party Funding in International Arbitration*, in "Rivista dell'Arbitrato", 2017, p. 1 ss.

- BETTS, M. e KASIORA, E., *The Impact of the Covid-19 Pandemic on Third Party Funding and Security for Costs in International Commercial Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 30 luglio 2020, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/30/the-impact-of-the-covid-19-pandemic-on-third-party-funding-and-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration/>.
- BJORKLUND, A. K. e BROSSEAU, J., *Sources of Inherent Powers*, in F. FERRARI e F. ROSENFELD (a cura di), "Inherent Powers of Arbitrators", New York, JurisNet, 2019, p. 1 ss.
- BJORKLUND, A. K., VANHONNAEKER, L. e MARCOUX, J., *State Immunity as a Defense to Resist the Enforcement of ICSID Awards*, in "ICSID Review – Foreign Investment Law Journal", 2020, p. 506 ss.
- BOARDMAN, M., *Insurers Defend and Third-Parties Fund: A Comparison of Litigation Participation*, in "Journal of Law, Economics & Policy", 2012, p. 673 ss.
- BÖCKSTIEGEL, K.-H., *Public Policy and Arbitrability*, in P. SANDERS (a cura di), "Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration", ICCA Congress Series No. 3, L'Aja, TMC Asser Institute, 1987, p. 177 ss.
- BOGART, C., *Litigation Finance Disclosure: Transparency or Tactics?*, Burford Blog, 14 agosto 2017, disponibile all'indirizzo <https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/litigation-finance-disclosure-transparency-or-tactics/>.
- BORN, G., "International Commercial Arbitration", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, III ed., 2021.
- BREKOULAKIS, S., "Third Parties in International Commercial Arbitration", Oxford, OUP, 2010.
- BREKOULAKIS, S., *The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Report*, Kluwer Arbitration Blog, 18 febbraio 2016, disponibile all'indirizzo http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/?_ga=2.62058021.88012943.1647854244-1204868998.1570972334.
- BREKOULAKIS, S., *Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality*, in S. BREKOULAKIS, J. D. M. LEW e L. MISTELIS (a cura di), "The Evolution and Future of International Arbitration", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, p. 119 ss.

- BREKOULAKIS, S., *Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories*, in “Journal of International Dispute Settlement”, 2017, p. 610 ss.
- BREKOULAKIS, S. e ROGERS, C. A., *Third-Party Financing in ISDS. A Framework for Understanding Practice and Policy*, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/13, disponibile all'indirizzo <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/papers/13-rogers-brekoulakis-tpf-isds-af-13-2019-version-2.pdf>.
- BROWER, C. N., e SCHILL, S. W., *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in “Chicago Journal of International Law”, 2009, p. 471 ss.
- BROWER, C. N. e SHARPE, J. K., *International Arbitration and the Islamic World: The Third Phase*, in “The American Journal of International Law”, 2003, p. 643 ss.
- BROWN, C., *The Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, in “British Yearbook of International Law”, 2005, p. 195 ss.
- BROWN, C., *Inherent Powers in International Adjudication*, in C. ROMANO, K. ALTER e Y SHANY (a cura di), “The Oxford Handbook of International Adjudication”, Oxford, OUP, 2013, p. 828 ss.
- BURGSTALLER, M. e ZAROWNA, A., *Effects of Disposal of Investments on Claims in Investment Arbitration*, in “Journal of International Arbitration”, 2019, p. 231 ss.
- CARRARA, C., *Il third-party funding: evoluzione storica e ruolo nell'arbitrato internazionale*, in D. MANTUCCI (a cura di), “Trattato di diritto dell'arbitrato. Vol. XII. L'arbitrato nei rapporti commerciali internazionali”, Napoli, ESI, 2021, p. 925 ss.
- CHEN, T.-F., *The Outsider's Identity in International Commercial Arbitration – From the Group of Companies Doctrine and IBA Guidelines on Conflict of Interest to Adverse Costs Awards Against Third-party Funders*, in “Contemporary Asia Arbitration Journal”, 2019, p. 21 ss.
- CLANCHY, J., *Third Party Funding in Arbitration: Breaking down Barriers and Building Bridges*, in “Croatian Arbitration Yearbook”, 2016, p. 53 ss.
- COHEN, R. L. e SCHWARTZ, R. M., *Champerly and Claims Trading*, in “American Bankruptcy Institute Law Review”, 2003, p. 197 ss.
- CONDE E SILVA, G. J., “Transnational Public Policy in International Arbitration”, Londra, Queen Mary University of London, 2007.

COOKE, E., "The Modern Law of Estoppel", Oxford, OUP, 2000.

CORM-BAKHOS, S., *DIAC 2022 Rules of Arbitration: A Modernised Set of Rules for a New Era*, Kluwer Arbitration Blog, 21 marzo 2022, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/03/21/diac-2022-rules-of-arbitration-a-modernised-set-of-rules-for-a-new-era/>.

CRAWFORD, J., "Brownlie's Principles of Public International Law", Oxford, OUP, VIII ed., 2019.

CREMADES, JR., B. M., *Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration*, in "Transnational Dispute Management", 4/2011.

CRIVELLARO, A., *Third-party Funding and "Mass" Claims in Investment Arbitrations*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), "Third-party Funding in International Arbitration", ICC Dossier X, ICC, 2013, p. 137 ss.

CRIVELLARO, A. e MELCHIONDA, L., *Disclosure and Conflicts of Interest in Relation to Third-Party Funding*, in "BCDR International Arbitration Review", 2018, p. 281 ss.

CURATOLA, M., *I costi nell'arbitrato internazionale*, in D. MANTUCCI (a cura di), "Trattato di Diritto dell'arbitrato. Vol. XII. L'arbitrato nei rapporti commerciali internazionali", cit., p. 903 ss.;

D'ALESSANDRO, E., "Contratto di finanziamento della lite": mera operazione finanziaria finalizzata a trarre profitto dal processo civile ovvero strumento che agevola l'accesso alla tutela giurisdizionale?, in "Int'l Lis", 2016, p. 142 ss.

DALY, B. W. e MELIKIAN, S., *Access to Justice in Dispute Resolution. Financial Assistance in International Arbitration*, in K. N. SCHEFER (a cura di), "Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World's Poor", Cambridge, CUP, 2013, p. 211 ss.

DARWAZEH, N. e LELEU, A., *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, in "Journal of International Arbitration", 2016, p. 125 ss.

DE BRABANDERE, E. e LEPELTAK, J., *Third Party Funding in International Investment Arbitration*, in "ICSID Review – Foreign Investment Law Journal", 2012, p. 379 ss.

DE MORPURGO, M., *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, in "Cardozo Journal of International and Comparative Law", 2011, p. 343 ss.

DELANEY, J., *Mistakes to Avoid When Approaching Third-Party Funders*, Global Arbitration Review, 15 aprile 2014, disponibile all'indirizzo

<https://globalarbitrationreview.com/article/1033321/mistakes-to-avoid-when-approaching-third-party-funders>.

DERAINS, Y., *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, in P. SANDERS (a cura di), "Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration", cit., p. 227 ss.

DERAINS, Y., *Foreword*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), "Third-party Funding in International Arbitration", cit., p. 5 ss:

DLUZNIAK, S., *Litigation Funding and Insurance*, 2009, disponibile all'indirizzo <https://portal.omnibridgeway.com/docs/default-source/site-documents/paper---dluzniak>.

DOLZER, R., KRIEBAUM, U. e SCHREUER, C., "Principles of International Investment Law", Oxford, OUP, III ed., 2022.

DOUGLAS, Z., "The International Law of Investment Claims", Cambridge, CUP, 2009.

EBERHARDT, P. e OLIVET, C., *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, 2012, disponibile all'indirizzo <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>.

EKEN, C., *A Detailed Comparison of Third-Party Funding Regulations in Hong Kong and Singapore*, in "Asia Pacific Law Review", 2022, p. 5 ss.

EL-AHDAB, A. H., *Enforcement of Arbitral Awards in the Arab Countries*, in "Arbitration International", 1995, p. 169 ss.

FELLAS, J., *Comments on Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality by Professor Stavros Brekoulakis*, in S. BREKOULAKIS, J. D. M. LEW e L. MISTELIS (a cura di), "The Evolution and Future of International Arbitration", cit., p. 199 ss.

FELLAS, J., *Third-Party Funding: The Award of Costs and Security for Costs*, in T. SHERLING, F. FORTESE e C. BALTAG (a cura di), "Finances in International Arbitration: Liber Amirocum Patricia Shaughnessy", cit., p. 107 ss.

FERACI, O. "L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea", Milano, Giuffrè, 2012.

FINIZIO, S. P. e GALVIN, R., *Allocation of Costs in International Arbitration: A Comparative Analysis of Approaches in International Commercial Arbitration and Investment Treaty Arbitration*, in T. SHERLING, F. FORTESE e C. BALTAG (a cura di), "Finances in International Arbitration: Liber Amirocum Patricia Shaughnessy", cit., p. 115 ss.

FISHER, T., *Nigeria Passes New Arbitration Law and Allows Funding*, Global Arbitration Review, 16 maggio 2022, disponibile all'indirizzo

<https://globalarbitrationreview.com/article/nigeria-passes-new-arbitration-law-and-allows-funding>.

FONTANELLI, F., “Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration: The Practice and the Theory”, Leida – Boston, Brill, 2018.

FRANCIONI, F., *The Right of Access to Justice under Customary International Law*, in F. FRANCIONI (a cura di), “Access to Justice as a Human Right”, Oxford, OUP, 2007, p. 1 ss.

FRIGNATI, V., *Ethical Implications of Third-party Funding in International Arbitration*, in “Arbitration International”, 2016, p. 505 ss.

FRY, J. D., *Désordre Public International Under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy*, in “Chinese Journal of International Law”, 2009, p. 81 ss.

GAETA, P., *Inherent Powers of International Court and Tribunals*, in L. CHAND VOHRAH, F. POCAR, Y. FEATHERSTONE, O. FOURMY, C. GRAHAM, J. HOCKING e N. ROBSON (a cura di), “Man’s Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese”, L’Aia, Kluwer Law International, 2003, p. 353 ss.

GAILLARD, E. e SAVAGE, J. (a cura di), “Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration”, L’Aja, Kluwer Law International, 1999.

GARCIA, F. J., *The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration*, IISD Investment Treaty News, 30 luglio 2018, disponibile all’indirizzo <https://www.iisd.org/itn/en/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/>.

GARCIA, F. J., *Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System*, in “Boston College Law Review”, 2018, p. 2911 ss.

GOH, N., *The Assignment of Investment Treaty Claims: Mapping the Principles*, in “Journal of International Dispute Settlement”, 2019, p. 23 ss.

GOLDSMITH, A. e MELCHIONDA, L., *Third Party Funding in International Arbitration: Everything you Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)*, in “Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal”, 2012, p. 53 ss.

GOLDSMITH, A. e MELCHIONDA, L., *Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask) – Part Two*, in “Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal”, 2012, p. 221 ss.

GOLDSMITH, A. e MELCHIONDA, L., *The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction*, Kluwer Arbitration Blog, 14 marzo 2016, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>.

GORJÃO HENRIQUES, D., *The Essar v. Norscot Case: A Final Argument for the "Full-Disclosure-Wingers" of TPF in International Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 15 ottobre 2016, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/15/the-essar-v-norscot-case-a-final-argument-for-the-full-disclosure-wingers-of-tpf-in-international-arbitration/>.

GÜVEN, B. S. e JOHNSON, L., *The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement*, Columbia Center on Sustainable Investment Working Paper 2019, disponibile all'indirizzo https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/8.

GÜVEN, B. S., LOCKHART, K. M. F. e GARCIA, M. R., *Regulating Third-Party Funding in Investor-State Arbitration Through Reform of ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules: Holding Global Institutions to Their Development Mandates*, in A. M. ANDERSON e B. BEAUMONT (a cura di), "The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020, p. 287 ss.

HANOTIAU, B., *Group of Companies in International Arbitration*, in L. A. MISTELIS e J. D. M. LEW (a cura di), "Pervasive Problems in International Arbitration", Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2006, p. 279 ss.

HANOTIAU, B., *The Parties' Costs of Arbitration*, in R. H. KREIDLER e Y. DERAIS (a cura di), "Evaluation of Damages in International Arbitration", ICC Publication No. 668, 2006, p. 213 ss.

HANOTIAU, B., *Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law*, in A. J. VAN DEN BERG (a cura di), "International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series, Volume 13", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 341 ss.

HANOTIAU, B., *Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?*, in "Arbitration International", 2011, p. 539 ss.

HANOTIAU, B., "Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue. A Comparative Study", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, II ed., 2020.

HOLTZMANN, H. M., *A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards*, in M. HUNTER, A. MARRIOTT e V. V. VEEDER, "The Internationalisation of International Arbitration. The LCIA Centenary Conference", Londra – Dodrecht – Boston, Graham & Trotman – Martinus Nijhoff, 1995, p. 109 ss.

HUNTER, M. e CONDE E SILVA, G. J., *Transnational Public Policy and its Applicability in Investment Arbitration*, in “The Journal of World Investment”, 2003, p. 367 ss.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Report on the Equality of Parties before International Investment Tribunals (Rapporteur: Campbell McLachlan)*, 2019, disponibile all’indirizzo <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/06/Commission-18-Equality-of-parties-before-international-investment-tribunals-McLachlan-Travaux-La-Haye-2019.pdf>.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party-Funding in International Arbitration*, L’Aja, International Council for Commercial Arbitration, 2018, disponibile all’indirizzo https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *ILA Report for the Biennial Conference in Washington D.C. April 2014*.

IOVANE, M. e ZARRA, G., *Riflessioni a margine della decisione di annullamento nel caso Eiser c. Spagna: tra imparzialità e indipendenza degli arbitri e ruolo dell’annullamento nel sistema ICSID*, in A. ANNONI, S. FORLATI e P. FRANZINA, “Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno”, Napoli, Jovene, 2021, p. 365 ss.

JAGUSCH, S. e SINCLAIR, A. C., *The Impact of Third Parties on International Arbitration – Issues of Assignment*, in L. A. MISTELIS e J. D. M. LEW (a cura di), “Pervasive Problems in International Arbitration”, cit., p. 291 ss.

KAHALE III, G., *Is Investor-State Arbitration Broken?*, in “Transnational Dispute Management”, 7/2012.

KANTOR, M., *Risk Management Tools for Respondents – Here be Dragons*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), “Third-party Funding in International Arbitration”, cit., p. 57 ss.

KAPLAN, C., *Third-Party Funding in International Arbitration. Issues for Counsel*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), “Third-party Funding in International Arbitration”, cit., p. 70 ss.

KARRER, P. A. e DESAUX, M., *Security for Costs in International Arbitration. Why, When, and What If*, in R. BRINER, Y. FORTIER, K. P. BERGER e J. BREDOW (a cura di), “Law of

- International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel”, Köln, Carl Heynmanns Verlag, 2001, p. 339 ss.
- KAUFMANN-KOHLER, G. e PETER, H., *Formula 1 Racing and Arbitration: The FIA Tailor-Made System for Fast Track Dispute Resolution*, in “Arbitration International”, 2001, p. 173 ss.
- KAYALI, D., *Third-Party Funding in Investment Arbitration: How to Define and Disclose It*, in “ICSID Review – Foreign Investment Law Journal”, 2022, in corso di pubblicazione.
- KESSEDJIAN, C., *Good Governance of Third Party Funding*, in “Columbia FDI Perspectives”, 2014.
- KHOURI, S., HURFORD, K. e BOWMAN, C., *Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration – A Panacea or a Plague? A Discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding*, in “Transnational Dispute Management”, 4/2011.
- KÜHNER, D., *The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany*, in “Journal of International Arbitration”, 2014, p. 807 ss.
- KIRTLEY, W., e WIETRZYKOWSKI, K., *Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant is Relying upon Third-Party Funding?*, in “Journal of International Arbitration”, 2013, p. 17 ss.
- KNOWLES, B. e BAKER, P., *Enforcing a Funded Award in an Anti-Funding Environment*, Global Arbitration Review, 20 agosto 2017, disponibile all’indirizzo <https://globalarbitrationreview.com/article/enforcing-funded-award-in-anti-funding-environment>.
- KOCH, C., *Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration?*, in “Journal of International Arbitration”, 2014, p. 485 ss.
- KREINDLER, R. e GOLDSMITH, A., *Should Parties Disclose the Existence of a Third-Party Funder? (Disclosure and Conflicts of Interest)*, in T. SHERLING, F. FORTESE e C. BALTAG (a cura di), “Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy”, cit., p. 255 ss.
- LALIVE, P., *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in P. SANDERS (a cura di), “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration”, cit., p. 258 ss.
- LAMPO, G., *Considerazioni sull’applicazione dell’abuso del processo nell’arbitrato in tema di investimenti: in margine ad Orascom v. Algeria* (International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID Case No. ARB/12/35, 31 maggio 2017), in “Diritto del Commercio Internazionale”, 2018, p. 1017 ss.

- LE FLOCH, G., *Requirements for the Issuance of Provisional Measures*, in F. M. PALOMBINO, R. VIRZO e G. ZARRA (a cura di), "Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals", L'Aja, Springer, 2021, p. 19 ss.
- LÉVY, L. e BONNAN, R., *Third-party Funding. Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), "Third-party Funding in International Arbitration", cit., p. 78 ss.
- LEW, J. D. M., MISTELIS, L. A. e KRÖLL, S. M., "Comparative International Commercial Arbitration", L'Aja – Londra – New York, Kluwer Law International, 2003.
- LÒPEZ, C. A. M., *Independence and Impartiality of Arbitrators*, in L. A. DI MATTEO, M. INFANTINO e N. M. P. POTIN (a cura di), "The Cambridge Handbook of Judicial Control of Arbitral Awards", Cambridge, CUP, 2020, p. 12 ss.
- LUBAN, D., *Speculating on Justice: The Ethics and Jurisprudence of Contingency Fees*, in S. PARKER e C. SAMPFORD (a cura di), "Legal Ethics and Legal Practice: Contemporary Issues", Oxford, OUP, 1996, p. 89 ss.
- MALINTOPPI, L., *Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators*, in P. T. MUCHLINSKI, F. ORTINO e C. SCHREUER, (a cura di), "The Oxford Handbook of International Investment Law", Oxford, OUP, 2008, p. 789 ss.
- MANTILLA-SERRANO, F., *Towards a Transnational Procedural Public Policy*, in "Arbitration International", 2004, p. 333 ss.
- MAROTTI, L., *I poteri inerenti*, in D. MANTUCCI (a cura di), "Trattato di Diritto dell'arbitrato. Vol. XIII. L'arbitrato negli investimenti internazionali", Napoli, ESI, 2021, p. 525 ss.
- MAYER, P., *Extension of the Arbitration Clause to Non-signatories under French Law*, in PERMANENT COURT OF ARBITRATION (a cura di), "Multiple Party Actions in International Arbitration", Oxford, OUP, 2009, p. 189 ss.
- MAZZONI, A., *Third-Party Funding in International Arbitration: Views from a Conflict-of-Law Perspective and Beyond*, in S. TUNG, F. FORTESE e C. BALTAG, "Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy", cit., p. 299 ss.
- MCLACHLAN, C., SHORE, L. e WEINIGER, M., "International Investment Arbitration: Substantive Principles", Oxford, OUP, II ed., 2017.
- MECHANTAF, K., *Third-Party Funding in International Arbitration: Active Funders as Parties in Arbitration Proceedings*, in "Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management", 2016, p. 371 ss.
- MELCHIONDA, L., *The Assignment of Claims in International Investment Arbitrations*, in "Diritto del Commercio Internazionale", 2013, p. 309 ss.

- MEYA, A., *Third-party Funding in International Investment Arbitration. The Elephant in the Room*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), "Third-party Funding in International Arbitration", cit., p. 122 ss.
- MILLS, A., *Arbitral Jurisdiction*, in T. SCHULTZ e F. ORTINO, "The Oxford Handbook of International Arbitration", Oxford, OUP, 2020, p. 70 ss.
- MILO, C., *Due Process Limits to Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration: A "by the Book" Approach the Court of Singapore*, in "Rivista dell'Arbitrato", 2021, p. 833 ss.
- MILO, C., *Il principio della parità delle armi nell'arbitrato in materia di investimenti: una tutela incompleta?*, in "Diritto del Commercio Internazionale", 2021, p. 707 ss.
- MINERVINI, G., *Highlights from the 2019 Rules of the Milan Chamber of Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 23 gennaio 2020, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/23/highlights-from-the-2019-rules-of-the-milan-chamber-of-arbitration/>.
- MISTELIS, L. A. e BALTAG, C., *"Denial of Benefits" Clause in Investment Treaty Arbitration*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 293/2018.
- MISTELIS, L. A. e RAO, G., *The Judicial Solution to the Arbitrator's Dilemma: Does the "Extension" of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award?*, in "Journal of International Arbitration", 2022, p. 351 ss.
- MOSCONI, F., *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 217, 1989.
- OSMANOGLU, B., *Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest*, in "Journal of International Arbitration", 2015, p. 325 ss.
- PALOMBINO, F. M., "Introduzione al diritto internazionale", Roma – Bari, Laterza, II ed., 2021.
- PAPARINSKIS, M., *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So*, in T. WEILER e I. A. LAIRD (a cura di), "Investment Treaty Arbitration and International Law", Vol. V, New York, Juris Publishing, 2012.
- PARK, W. W., *Non-signatories and International Arbitration: An Arbitrator's Dilemma*, in PERMANENT COURT OF ARBITRATION (a cura di), "Multiple Party Actions in International Arbitration", cit., p. 3 ss.
- PAUCIULO, D., *Imparzialità degli arbitri secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Beg S.p.A. c. Italia*, in "Diritto del Commercio Internazionale", 2021, p. 1083 ss.

- PAUCIULO, D., *Provisional Measures in ICSID Arbitration Proceedings: Between the Current Legal Framework and the Proposed Reform*, in F. M. PALOMBINO, R. VIRZO e G. ZARRA (a cura di), "Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals", cit., p. 319 ss.
- PAULSSON, J., *Arbitration Without Privity*, in "ICSID Review – Foreign Investment Law Journal", 1995, p. 232 ss.
- PAULSSON, J., *Jurisdiction and Admissibility*, in G. AKSEN, K-H. BÖCKSTIEGEL, M. J. MUSTILL, P. M. PATOCCHI e A. M. WHITESELL (a cura di), "Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber amicorum in honour of Robert Briner", Parigi, ICC Publishing, 2005, p. 601 ss.
- PAULSSON, J., "The Idea of Arbitration", Oxford, OUP, 2013.
- PERLINGIERI, G. e ZARRA, G., "Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale", Napoli, ESI, 2019.
- PINSOLLE, P., *Le financement de l'arbitrage par les tiers*, in "Revue de l'Arbitrage", 2011, p. 385 ss.
- PINSOLLE, P., *Comment on Third-Party Funding and Nationality Issues in Investment Arbitration*, in K. P. SAUVANT (a cura di), "Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011", Oxford, OUP, 2012, p. 639 ss.
- PINSOLLE, P., *Third Party Funding and Security for Costs*, in "Cahiers de l'arbitrage", 2013, p. 399 ss.
- PINSOLLE, P., *Cost Allocation and Third-Party Funding in International Arbitration*, in "BCDR International Arbitration Review", 2018, p. 307 ss.
- POTESTÀ, M., *La rinuncia preventiva all'impugnabilità del lodo arbitrale è compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo? Il Tribunale federale svizzero si pronuncia sulla questione*, in "Rivista dell'Arbitrato", 2013, p. 177 ss.
- POUDRET, J-F. e BESSON, S., "Comparative Law of International Arbitration", Londra, Sweet & Maxwell, II ed., 2007.
- PULLÉ, A. I., *Enforcing Foreign Arbitral Awards Against Non-Signatories: A Plea for Strict Scrutiny*, in "Asia Pacific Law Review", 2008, p. 177 ss.
- RADICATI DI BROZOLO, L. G., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in "Rivista dell'Arbitrato", 2006, p. 629 ss.
- RADIN, M., *Maintenance by Champerty*, in "California Law Review", 1935, p. 48 ss.

- RAMESH, S., *Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation*, in “Arbitration International”, 2020, p. 275 ss.
- REED, L., *Allocation of Costs in International Arbitration*, in “ICSID Review – Foreign Investment Law Journal”, 2011, p. 76 ss.
- ROGERS, C. A., “Ethics in International Arbitration”, Oxford, OUP, 2014.
- ROSS, A., *Hanotiau Survives Challenge by Turkmenistan*, Global Arbitration Review, 20 marzo 2018, disponibile all’indirizzo <https://globalarbitrationreview.com/article/hanotiau-survives-challenge-turkmenistan>.
- ROSSI, T., *Arbitrabilità e controllo di conformità all’ordine pubblico*, Napoli, ESI, 2017.
- ROWLES-DAVIS, N., “Third-Party Litigation Funding”, Oxford, OUP, 2014.
- RUEDA-GARCÍA, J. A., *Third-Party Funding and Access to Justice in Investment Arbitration: Security for Costs as a Provisional Measure or a Standalone Procedural Category in the Newest Developments in International Investment Law*, in K. FACH GÓMEZ (a cura di), “Private Actors in International Investment Law”, European Yearbook of International Economic Law, Springer, 2021, p. 103 ss.
- SABIA, R. e TRECROCI, C., *Ascesa e declino dell’“Investor-State Arbitration”, fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e Free Trade Agreements*, in “Rivista dell’Arbitrato”, 2016, p. 165 ss.
- SAHANI, V. S., *Revealing Not-for-Profit Third-Party Funding in Investment Arbitration*, disponibile all’indirizzo <https://oxia.oupplaw.com/page/565>.
- SALERNO, F., *Imparzialità e indipendenza degli àrbitri. Astensione e ricusazione*, in D. MANTUCCI (a cura di), “Trattato di Diritto dell’arbitrato. Vol. XII. L’arbitrato nei rapporti commerciali internazionali”, cit., p. 317 ss.
- SAULNIER, J., MÜLLER, K. e KORONTHALYOV, I., *Responsible Private Funding of Litigation. European Added Value Assessment*, 2021, disponibile all’indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU\(2021\)662612_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf).
- SAUVANT, K. P. e ORTINO, F., *Extending International Legal Aid from Trade to Investment: An Advisory Centre on International Investment Law*, in “Global Trade and Customs Journal”, 2021, p. 548 ss.

- SCHERER, Mat., *ICSID Annulment Proceedings Based on Serious Departure from a Fundamental Rule of Procedure*, in “Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration”, 2007, p. 211 ss.
- SCHERER, Max., *Out in the Open? Third-Party Funding in Arbitration*, CDR News, 26 luglio 2012, disponibile all’indirizzo <https://iclg.com/cdr/arbitration-and-adr/out-in-the-open-third-party-funding-in-arbitration>.
- SCHERER, Max., *Third-party Funding in International Arbitration: Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements?*, in B. CREMADES e A. DIMOLITSA (a cura di), “Third-party Funding in International Arbitration”, cit., p. 95 ss.
- SCHERER, Max., GOLDSMITH, A. e FLÉCHET, C., *Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part I – Funders’ Perspectives*, in “Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal”, 2012, p. 207 ss.
- SCHRAMM, D., GEISINGER, E. e PINSOLLE, P., *Article II*, in H. KRONKE, P. NACIMIENTO, D. OTTO e N. C. PORT (a cura di), “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention”, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, p. 37 ss.
- SCHREUER, C. H., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. e SINCLAIR, A., “The ICSID Convention. A Commentary”, Cambridge, CUP, II ed., 2009.
- SCHWEBEL, S. M. e LAHNE, S. G., *Public Policy and Arbitral Procedure*, in P. SANDERS (a cura di), “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration”, cit., p. 205 ss.
- SEBOK, A. J., *The Inauthentic Claim*, in “Vanderbilt Law Review”, 2011, p. 61 ss.
- SHAO, X., *Disrupt the Gambler’s Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third-Party Funding*, in “Journal of International Dispute Settlement”, 2021, p. 427 ss.
- SHAW, G. J., *Third-party Funding in Investment Arbitration: How Non-disclosure Can Cause Harm for the Sake of Profit*, in “Arbitration International”, 2017, p. 109 ss.
- SHORE, L., *Inherent Powers: Disclosure of Third Party Funders*, in F. FERRARI e F. ROSENFELD (a cura di), “Inherent Powers of Arbitrators”, cit., p. 195 ss.
- SILVER, C., *Litigation Funding versus Liability Insurance: What’s the Difference?*, in “DePaul Law Review”, 2014, p. 617 ss.
- SIM, C., *Using Cost Orders to Regulate Third Party Funding*, in “Asian Dispute Review”, 2018, p. 12 ss.

- SMITH, M. e WESOLOWSKI, A., *Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder's Perspective*, in "BCDR International Arbitration Review", 2018, p. 225 ss.
- SOLAS, G. M., "Third Party Funding. Law, Economics, and Policy", Cambridge, CUP, 2019.
- SORNARAJAH, M., "The International Law on Foreign Investment", Cambridge, CUP, V ed., 2021.
- STEINGRUBER, A. M., "Consent in International Arbitration", Oxford, OUP, 2012.
- STEINGRUBER, A. M., *Security for Costs and Third-Party Funding – An Analysis of Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, Procedural Order No. 3 (Decision on Respondent's Request for Provisional Measures)*, in "Transnational Dispute Management", 5/2018.
- STEINITZ, M., *Third-Party Funding: Investment Arbitration*, in "Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law", ed. online, 2021.
- SULLIVAN, J., *Essar v. Norscot: Are the Costs Associated With Third Party Funding Recoverable?*, in "Transnational Dispute Management", 4/2018.
- TAYLOR, E., *Hong Kong's Law Reform Commission Green-Light Outcome Related Fee Structures for Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 3 febbraio 2021, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/03/hong-kongs-law-reform-commission-green-lights-outcome-related-fee-structures-for-arbitration/>.
- TEITELBAUM, R., *The Third-Party Funding Debate: A Misguided Focus on Definitions at the Expense of Policy Considerations*, in "BCDR International Arbitration Review", 2018, p. 209 ss.
- TREVES, R. T., *Equality of Arms and Inequality of Resources*, in A. SARVARIAN, F. FONTANELLI, R. BAKER e V. TZEVELEKOS, "Procedural Fairness in International Courts and Tribunals", Londra, British Institute of International and Comparative Law, 2015, p. 153 ss.
- TRUSZ, J. A., *Full Disclosure: Conflict of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, in "Georgetown Law Journal", 2013, p. 1649 ss.
- VAN BOOM, W. H., *Insuring v. Investing in Litigation: A Comparative History of Litigation Insurance and Claim Investment*, in "Comparative Legal History", 2020, p. 2 ss.
- VANDEKERCKHOVE, K., "Piercing the Corporate Veil", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007.

- VON GOELER, J., "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016.
- VON SEGESSER, G. e GROSZ, M., *Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds? Revisiting Legal Aid in International Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 17 gennaio 2015, disponibile all'indirizzo <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/>.
- VOSER, N., *The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: "Traditional Approach With a Twist Regarding Abuse of Rights" or "Consent Theory Plus"*, in S. BREKOULAKIS, J. D. M. LEW e L. MISTELIS (a cura di), "The Evolution and Future of International Arbitration", cit., p. 161 ss.
- WAIBEL, M., KAUSHAL, A., CHUNG, K-H. e BALCHIN, C., (a cura di), "The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010.
- WILLIAMS, D. A. R., *Jurisdiction and Admissibility*, in P. T. MUCHLINSKI, F. ORTINO e C. SCHREUER (a cura di), "The Oxford Handbook of International Investment Law", cit., p. 868 ss.
- WILSKE, S., SHORE, L. e AHRENS, J-M., *The "Group of Companies Doctrine" – Where is it Heading?*, in "American Review of International Arbitration", 2006, p. 73 ss.
- WOLFF, R. (a cura di), "New York Convention. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958. Article-by-Article Commentary", Monaco – Oxford – Baden-Baden, Beck – Hart – Nomos, II ed., 2019.
- YOUSSEF, K., "Consent in Context: Fulfilling the Promise of International Arbitration; Multiparty, Multi-contract, and Non-contract Arbitration", Eagan, MN: Thomson Reuters, 2012.
- ZARRA, G., *L'esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo Stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?*, in "Rivista dell'Arbitrato", 2015, p. 561 ss.
- ZARRA, G., "Parallel Proceedings in Investment Arbitration", Torino – L'Aja, Giappichelli – Eleven Publishing, 2016.
- ZARRA, G., *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in "Rivista dell'Arbitrato", 2016, p. 302 ss.
- ZARRA, G., *The Functions of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: Between Efficacy and Innovation*, in F. M. PALOMBINO, R. VIRZO e G. ZARRA

(a cura di), "Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals", cit., p. 279 ss.

ZARRA, G., "Imperativeness in Private International Law. A View from Europe", L'Aja, Springer, 2022, p. 131 ss.

ZIVKOVIC, P., *Impecunious Parties in Arbitration: An Overview of European National Courts' Practice*, in "Croatian Arbitration Yearbook", 2016, p. 33 ss.

ZULETA JARAMILLO, E., *Security for Costs: Authority of the Tribunal and Third-Party Funding*, in M. KINNEAR, G. R. FISHER, J. MINGUEZ ALMEIDA, L. F. TORRES e M. URAN BIDEGAIN (a cura di), "Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID", Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, p. 567 ss.