

Marzo 2021

Inefficacia relativa dell'investimento e perimetro dell'arbitrato o del processo straniero

*Daniele Maffei**

Tra le più elementari conseguenze della individuazione della qualità di mandatario in capo all'intermediario finanziario v'è quella dell'applicazione, in via residuale rispetto alla scarna disciplina che l'art. 23 TUF dedica al risarcimento del danno, della disciplina del mandato, e così dell'art. 1711, comma 1, seconda parte cod. civ., secondo cui l'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario.

L'importanza della regola non si esaurisce nella possibile reiezione da parte del cliente degli effetti degli investimenti contrari al suo interesse, un rimedio speciale arcinoto agli studiosi del mandato, che rivela la completa inconsistenza, in finanza come in tutti i rapporti di natura gestoria, dell'alternativa tra rimedi impugnatori e risarcitori. Difatti, la regola pone a monte un'altra questione, se quella dell'efficacia o inefficacia dell'investimento nei confronti del cliente integri una questione di validità o di nullità dello stesso.

La questione è rilevante, perché soltanto la questione di validità o di nullità potrebbe essere l'oggetto di una clausola compromissoria o di una clausola di proroga della giurisdizione o di una clausola di scelta della legge applicabile.

Indipendentemente, qui, da ogni questione di interpretazione, probabilmente estensiva, della clausola compromissoria, o di applicazione, sicuramente restrittiva, della clausola di proroga della giurisdizione, la questione che si agita è se resti estranea all'arbitrato o al processo straniero, in cui si discuta dell'accertamento della validità o della nullità dell'investimento, o resti estranea al perimetro di applicazione della legge straniera, la diversa questione se l'investimento, ancorché in ipotesi valido, resti nondimeno inefficace nei confronti del cliente. Perché, senza dubbio, l'investimento, come qualsiasi atto gestorio, potrebbe essere nullo (ad es., perché vietato dalla legge), oltre che contrario all'interesse del cliente, e quindi astrattamente inefficace, oppure nullo, ancorché conforme all'interesse del cliente, o valido, e conforme all'interesse del cliente, o, infine – caso forse il più importante – valido (per l'arbitro o per il giudice straniero e/o in applicazione di una legge straniera), ma, per il giudice italiano e/o in applicazione della

* *Professore ordinario di diritto privato nell'Università di Brescia*

legge italiana, nondimeno contrario all'interesse del cliente, quindi inefficace nei suoi confronti.

Dal punto vista storico, la questione del rapporto tra validità e inefficacia dell'atto si poneva in termini meno acuti nell'applicazione classica e letterale dell'art. 1711, comma 1, seconda parte, che faceva coincidere l'atto che esorbita dal mandato con l'atto estraneo al perimetro dell'incarico (c.d. eccesso di mandato).

La questione comincia ad essere delicata quando si riconosce che l'atto che esorbita dal mandato è anche quello contrario all'interesse del mandante (c.d. abuso di mandato), perché, a questo punto, l'indagine necessaria per applicare o escludere il rimedio della reiezione degli effetti è diversa dall'indagine sulla validità o la nullità. Essa non riguarda la struttura dell'atto gestorio, la sua causa astratta o il tipo di appartenenza - le questioni abitualmente discusse nei giudizi di nullità - ma è squisitamente incentrata sull'adempimento o l'inadempimento da parte del mandatario, dell'obbligazione di cura sostanziale dell'interesse del cliente, perché è da questo inadempimento che dipende l'applicazione del rimedio della reiezione degli effetti.

Senza dubbio, le questioni dell'adempimento del mandato e della validità in sé dell'atto gestorio sono questioni diverse, che involgono accertamenti diversi, che conducono a rimedi diversi.

E si pone quindi in termini peculiari la questione del perimento dell'arbitrato, del processo straniero, della legge applicabile, non solo nel senso che la questione della rispondenza dell'investimento all'interesse del cliente è diversa da quella della nullità, ma anche nel senso che la non rispondenza all'interesse, se non comporta la nullità per difetto di meritevolezza della causa, ma inefficacia relativa, può restare estranea al perimento dell'arbitrato, del processo straniero, della legge applicabile.