CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CARL OTTO LENZ

presentate l'8 marzo 1994 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

A — Introduzione

1. Con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale il Bundesgerichtshof solleva alcune questioni in merito all'interpretazione di due importanti disposizioni della Convenzione di Bruxelles, vale a dire l'art. 5, punto 1), sul foro competente del luogo d'adempimento, e (eventualmente) l'art. 17 sulle clausole attributive di competenza. In base alle indicazioni del Bundesgerichtshof queste sono applicabili o nella versione del 1978 o in quella (identica) del 1982.

2. Dette questioni si pongono nell'ambito di un'azione, promossa dalla Stawa Metallbau GmbH innanzi al giudice della sua sede, Bielefeld, per ottenere dalla sua controparte londinese, l'impresa Custom Made Commercial Ltd, il pagamento (parziale) del corrispettivo per le finestre e le porte prodotte dalla ricorrente.

3. Tali beni erano stati ordinati per un complesso edilizio londinese. Il corrispettivo concordato era stato pattuito in lire sterline. Il contratto a fondamento di un tale credito era il primo concluso tra le due parti ed era stato stipulato verbalmente il 6 maggio 1988 a Londra, a seguito di trattative condotte in inglese.

4. L'attrice confermava la conclusione del contratto con lettera del 9 maggio 1988, redatta in inglese. In tale lettera tra l'altro si legge:

«We refer to our meeting on May 6th and confirm your order for the manufacturing of windows and doors for the Project "Cranbrook Estate", subject to our terms of sale and supply.

(...)».

(Con riferimento al nostro incontro del 6 maggio confermiamo il vostro ordinativo per la fabbricazione di finestre e porte per il progetto «Cranbrook Estate» soggetto alle nostre condizioni di vendita e fornitura).

5. A questo contratto venivano allegate per la prima volta le condizioni contrattuali del-

* Lingua originale: il tedesco.

l'attrice redatte in tedesco. Il n. 8 di queste condizioni recita:

«N. 8: Foro competente

Luogo di adempimento e foro competente per qualsiasi controversia derivante tra le parti dal rapporto contrattuale è, laddove il compratore è imprenditore, persona giuridica di diritto pubblico o patrimonio separato di diritto pubblico, Bielefeld».

6. La convenuta non si è opposta a tali condizioni contrattuali.

7. Il Bundesgerichtshof ha accertato che il contratto soggiace alla legge uniforme sulla vendita internazionale di cose mobili materiali (in prosieguo: la «legge uniforme»), il cui testo era allegato alla convenzione conclusa all'Aia il 1° luglio 1964 [1], per l'introduzione di tale legge. In base all'art. 59, primo comma, prima frase, della legge uniforme, qui applicabile, il luogo di adempimento per l'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del prezzo è la sede o, in mancanza di una sede, la residenza abituale del venditore.

8. Occorre rilevare che, in seguito al procedimento innanzi ai giudici nazionali, l'attrice ha ottenuto in una prima fase una sentenza contumaciale del Landgericht di Bielefeld, con la quale le è stato riconosciuto il credito controverso. Su opposizione della convenuta detto giudice, con sentenza interlocutoria, ha dichiarato ricevibile il ricorso. L'Oberlandesgericht di Hamm ha respinto il ricorso contro questa sentenza. Esso si è fondato, per la competenza internazionale dei giudici tedeschi, sull'art. 5, punto 1), della Convenzione di Bruxelles (in prosieguo: la «Convenzione») e così, ai sensi di tale disposizione e conformemente all'art. 59 della legge uniforme, ha ritenuto luogo di adempimento la sede dell'attrice.

9. Chiamato a decidere sul ricorso per cassazione proposto contro la sentenza dell'Oberlandesgericht di Hamm, il Bundesgerichtshof ci ha sottoposto le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) a) Se il luogo di adempimento ai sensi dell'art. 5, punto 1), della Convenzione vada determinato in base al diritto sostanziale, che è rilevante per l'obbligazione di cui è causa in base alle norme di conflitto del giudice cui è sottoposta la controversia, anche quando si tratta di un ricorso di un fornitore contro un acquirente per il pagamento del corrispettivo derivante da un contratto di opera, questo contratto in base alle norme di conflitto del giudice cui è sottoposta la controversia è assoggettato alla legge uniforme sulla vendita e quindi il luogo di adempimento per l'obbligazione del pagamento del corrispettivo è la sede del fornitore attore.

1 — Raccolta dei Trattati delle Nazioni Unite, volume 834, pag. 107 e seguenti.

b) Nel caso in cui la Corte di giustizia risolva negativamente la questione n. 1, lett. a):

Come debba essere determinato il luogo di adempimento ai sensi dell'art. 5, punto 1), della Convenzione in un tale caso.

2) Nel caso in cui, in base alla soluzione delle questioni n. 1, lett. a) e b), la competenza internazionale dei giudici tedeschi non possa essere basata sull'art. 5, punto 1), della Convenzione:

a) Se una clausola attributiva di competenza ai sensi dell'art. 17, primo comma, seconda frase, terzo caso, della Convenzione, nella formulazione del 1978, possa efficacemente considerarsi sussistente per il fatto che un fornitore, a seguito di un contratto concluso verbalmente, conferma per iscritto al suo acquirente la conclusione del contratto e allega per la prima volta a questa lettera di conferma condizioni generali di contratto, che contengono una clausola attributiva di competenza, l'acquirente non contesta la clausola attributiva di competenza, nella sede dell'acquirente non sussiste alcun uso commerciale secondo cui il silenzio su una tale lettera sia da considerare come un accordo sulla clausola attributiva di competenza, all'acquirente non è neanche conosciuto un tale uso commerciale e si tratta del primo contatto d'affari tra le parti.

b) Nel caso in cui la Corte risolva affermativamente la questione n. 2, lett. a):

Se ciò valga anche quando le condizioni generali di contratto contenenti una clausola attributiva di competenza sono formulate in una lingua diversa da quella delle trattative e del contratto, non conosciuta dall'acquirente, e quando nella lettera di conferma, formulata nella lingua delle trattative e del contratto, si fa riferimento globalmente alle condizioni generali di contratto allegate e non specificamente alla clausola attributiva di competenza.

3) Nel caso in cui la Corte di giustizia risolva affermativamente le questioni n. 2, lett. a) e b):

Se l'art. 17 della Convenzione, nel caso di una clausola attributiva di competenza contenuta in condizioni generali di contratto, la quale soddisfa in base a tale disposizione i requisiti di un efficace accordo attributivo di competenza, vieti di esaminare ulteriormente in base al diritto sostanziale nazionale che si

applica in base alle norme di conflitto del giudice adito della controversia se la clausola attributiva di competenza sia stata efficacemente inserita nel contratto».

B — Osservazioni

Sulla prima questione pregiudiziale

10. *I* — L'art. 5, punto 1), della Convenzione, del quale dobbiamo occuparci in base alla prima questione del Bundesgerichtshof, dispone quanto segue:

«Il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente:

1) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; (...)».

11. Come è chiarito dalle riflessioni svolte in sede di ordinanza di rinvio, nell'ambito di tale disposizione quel che interessa il Bundesgerichtshof è la nozione di «luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita». Per essere più esatti, esso gradirebbe sapere se il significato di tale nozione — la quale può essere definita in breve come la nozione del «luogo di adempimento» — in un caso come quello di cui trattasi «vada determinato in base al diritto sostanziale che è rilevante per l'obbligazione di cui è causa in base alle norme di conflitto del giudice cui è sottoposta la controversia»; e, in caso contrario, in quale (altro) modo debba essere determinato in un tale caso il luogo di adempimento.

12. *II* — Per la soluzione di tali problemi ritengo importante illustrare in modo particolareggiato il loro sfondo, vale a dire le finalità dell'art. 5, punto 1), della Convenzione, l'origine della nozione controversa e la sua importanza nell'ambito della Convenzione di Bruxelles così come la giurisprudenza della Corte sviluppata al riguardo.

13. *1)* In merito alla questione sulle finalità dell'art. 5, punto 1), dalla relazione Jenard [2] si ricava che l'adozione in sede di convenzione di norme speciali di competenza era giustificata dalla seguente considerazione:

«esiste una stretta correlazione tra la controversia ed il giudice competente a conoscerla».

2 — GU 1979, C 59, pagg. 1, 22, colonna destra, penultimo paragrafo.

14. Proprio con riferimento all'art. 5, punto 1), la relazione Jenard riporta determinati casi, i quali dovrebbero illustrare in via esemplificativa l'interesse così definito per la competenza del giudice del luogo dell'esecuzione:

«Il giudice del luogo in cui l'obbligazione ha avuto o deve avere esecuzione ha rilievo, fra l'altro, per tutte le azioni di pagamento di onorari: il creditore avrà la scelta fra i giudici dello Stato di domicilio del convenuto ed i giudici di un altro Stato, nella cui circoscrizione la prestazione è stata effettuata, in particolare quando la legge applicabile impone che il pagamento venga effettuato nel luogo in cui è stata effettuata la prestazione di servizi. Tale foro è del pari utile quando sono necessari perizie o accertamenti» [3].

15. La Corte ha fatto chiaramente propria questa lettura degli scopi dell'art. 5, punto 1). Nella sentenza Tessili [4] si affronta tale problema con riferimento alla libertà di scelta fra le competenze speciali di cui all'art. 5:

«Questa libertà di scelta è stata introdotta in considerazione del fatto che, in certi casi ben determinati, esiste un collegamento particolarmente stretto, ai fini dell'economia processuale, fra una controversia ed il giudice di un determinato luogo» [5].

16. In altre parole, quelle dell'avvocato generale Mancini, il giudice del luogo di adempimento ha, secondo quest'ottica, «per la sua vicinanza fisica al rapporto controverso, le migliori "chances" di valutarlo con la massima possibile conoscenza dei dati di causa» [6].

17. In altre occasioni la finalità dell'art. 5, punto 1), viene intesa anche in modo diverso.

18. Così, con diversa motivazione, la competenza del giudice del luogo di adempimento viene vista come elemento di un sistema nel quale i vantaggi e i rischi connessi alla materia del foro competente vengono giustamente ripartiti tra attore e convenuto [7]. I sostenitori di questa tesi cercano di ricostruire su questa base — con risultati profondamente differenti — l'art. 5, punto 1), della Convenzione, come contrappeso alla norma dell'art. 2 [8].

19. Ritengo al riguardo che una giusta ripartizione nel senso suddetto sia senz'altro una finalità legittima. Appare evidente che anche gli estensori della Convenzione hanno tenuto

3 — Pagg. 23 e 24 della relazione Jenard (v. nota precedente).

4 — Sentenza 6 ottobre 1976, causa 12/76, Tessili/Dunlop (Racc. pag. 1473).

5 — Punto 13.

6 — Conclusioni del 1° febbraio 1983 nella causa 34/82, Peters/ZNAV (Racc. 1983, pag. 1005, in particolare pag. 1010).

7 — Per esempio Schack: «*Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht*», Francoforte, 1985, punti 144 e seguenti, nonché 207 e 218; Spellenberg: «*Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*», 1981, pag. 75, in particolare pag. 76 e seguenti.

8 — V. anche Geimer: «*Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*», 1986, pag. 85, in particolare 87.

presenti considerazioni di questo tipo [9]. In base ai passi della relazione Jenard prima riportati si può affermare che essi sono partiti però dall'idea che l'art. 5, punto 1), soddisfi al principio della «equa ripartizione» proprio perché è fondato su giustificazioni *oggettive*, connesse con la specifica «controversia» [10].

20. È lecito dubitare se una tesi del genere superi un esame critico in relazione all'intero ambito d'applicazione di questa disposizione [11]. Si tratta tuttavia di una scelta fondamentale di politica del diritto, alla quale la Corte deve uniformarsi. Pertanto essa non deve cercare di individuare sistematicamente le finalità dell'art. 5, punto 1), sulla scorta della propria idea di «giustizia». Del resto, in quest'ambito la Corte procede con particolare circospezione. Solo nel campo delle controversie in materia di diritto del lavoro, il quale è segnato dalla particolare rilevanza sociale dei rapporti di lavoro, essa ha lasciato spazio a considerazioni relative alla difesa della parte più debole e anche in tal caso solo *a integrazione* delle proprie considerazioni in materia di vicinanza fisica [12].

21. Parimenti non mi sento di aderire all'opinione secondo la quale l'art. 5, punto 1), trarrebbe la sua giustificazione dal fatto che il debitore dovrebbe essere chiamato a rispondere dinanzi al giudice del luogo in cui dovrebbe, secondo il diritto sostanziale, adempiere l'obbligazione [13]. Tale opinione mostra di fondarsi sull'idea che il potenziale convenuto abbia accettato, mediante il contratto, di svolgere una prestazione in un determinato luogo e pertanto debba avere anche accettato di essere ivi convenuto. Contro tale opinione bisogna rilevare che il luogo di adempimento secondo il diritto sostanziale, in quanto determinato dalla legge, non ammette un risultato del genere. Tale risultato è del resto ancor più discutibile in casi come quello di cui trattasi. Il luogo di adempimento, secondo il diritto sostanziale, per le obbligazioni aventi ad oggetto una prestazione in denaro determina per lo più [14] solo la ripartizione dei rischi e degli oneri che sono collegati con il trasferimento di denaro — la disponibilità del quale non sia condizionata al luogo di esecuzione della prestazione. Non riesco a comprendere che cosa abbia che fare questa ripartizione del rischio puramente economica con la questione se il debitore debba accettare di venire escusso dal creditore in questo o in quell'altro luogo.

22. *2)* Passiamo adesso alla nozione di luogo di adempimento, luogo in cui, in applicazione dell'art. 5, punto 1), secondo la concezione degli autori della Convenzione, deve esistere un giudice competente fisicamente vicino.

9 — V. le riflessioni contenute nella relazione Jenard (nota 2) in merito alla questione della competenza del giudice del luogo in cui è sorta l'obbligazione: pag. 23, penultimo capoverso.

10 — V. sentenza 17 giugno 1992, causa C-26/91, Handte (Racc. pag. I-3967, punti 11-13).

11 — V. Schack: loc. cit, nn. 146 e 353.

12 — V. le seguenti sentenze, aventi tutte ad oggetto fattispecie precedenti la modificazione della Convenzione ad opera della convenzione di San Sebastián (GU 1989, L 285): sentenze 26 maggio 1982, causa 133/81, Ivenel/Schwab (Racc. pag. 1891, punto 16); 15 febbraio 1989, causa 32/88, Six Constructions/Humbert (Racc. pag. 341, punto 14 in connessione con il punto 13); 13 luglio 1993, causa C-125/92, Mulox/Geels (Racc. pag. I-4075, punto 18).

13 — Geimer/Schütze: «*Internationale Urteilsanerkennung*», primo tomo, volume I, Monaco di Baviera, 1983, pag. 553.

14 — Il diritto tedesco fa eccezione al riguardo, in quanto distingue la questione del luogo dell'adempimento da quella della sopportazione del rischio: v. il § 270 del BGB, in particolare il quarto comma.

23. La nozione di luogo di adempimento ha la sua radice nel *diritto sostanziale*.

24. In quest'ambito l'*adempimento* costituisce un'azione con la quale la prestazione dovuta al creditore viene realizzata, estinguendosi in tal modo la relativa pretesa. Qualora la pretesa sia fondata su un contratto — solo in quest'ipotesi essa può costituire oggetto dell'art. 5, punto 1) —, allora «adempimento» significa inoltre che uno degli scopi del contratto definiti dalle parti è raggiunto, ad ogni modo quando si tratti di una pretesa a una delle due prestazioni principali (oggetto di scambio).

25. Da ciò potrebbe dedursi che il *luogo di adempimento* come dimensione spaziale dell'adempimento sarebbe pertanto il luogo in cui si estingue, mediante l'adempimento del debitore, la pretesa del creditore e, con riferimento alle prestazioni principali, lo scopo contrattuale viene integralmente o parzialmente raggiunto.

26. Tale conclusione può considerarsi valida tenendo comunque presente una doppia riserva. In primo luogo essa non fornisce un'idea esatta delle finalità delle disposizioni di diritto sostanziale riguardanti il luogo di adempimento. Tali disposizioni devono non solo dare un contenuto concreto agli obblighi delle parti, in assenza di accordo, ma devono anche delimitare i loro reciproci ambiti di responsabilità, quando sorgono problemi in sede di esecuzione del rapporto contrattuale [15]. In base all'obbligazione contrattuale interessata il baricentro può spostarsi sull'una o sull'altra delle finalità. Per quanto riguarda l'obbligo avente ad oggetto il pagamento di un compenso contrattualmente fissato, la nozione del luogo di adempimento è funzionale, come ho già chiarito, soprattutto alla ripartizione del rischio. La situazione è la stessa anche nel caso della norma, qui applicabile, di cui all'art. 59, primo comma, della legge uniforme, la quale disciplina l'obbligo di pagamento gravante sul compratore come debito portabile. A base di ciò sta l'idea che il debitore di una somma di denaro debba sopportare il rischio connesso alle operazioni di pagamento [16].

27. In secondo luogo va precisato che, per quel che riguarda questa delimitazione degli ambiti di responsabilità, il luogo dell'*atto* di adempimento e quello delle *conseguenze* dell'adempimento possono risultare distinti. Al riguardo può farsi riferimento all'esempio dell'art. 19, secondo comma, della legge uniforme. In base a tale norma, qualora secondo il contratto sia richiesto il trasporto del bene, la consegna, in mancanza di diverso accordo, viene realizzata rimettendo il bene al vettore, il quale lo consegnerà all'acquirente. Lo scopo del contratto, procurare all'acquirente il possesso del bene, viene raggiunto solo quando quest'ultimo riceve la merce. Di contro la responsabilità del venditore si esaurisce già con la regolare consegna al vettore (v. anche gli artt. 97, primo comma, e 96 della legge uniforme).

15 — Schack: loc. cit. (v. nota 7), n. 10.

16 — Dölle: «*Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht*», Monaco di Baviera, 1976, art. 59, n. 7.

28. Occorre aggiungere che secondo il diritto sostanziale ogni obbligazione contrattuale può avere un proprio luogo di adempimento. Non può pertanto escludersi che due obbligazioni derivanti dal medesimo contratto, anche se strettamente correlate da un punto di vista economico, presentino diversi luoghi di adempimento.

29. *3)* Come risultato delle sue esposte riflessioni occorre affermare che, sulla base di una nozione ricavata dal *diritto sostanziale*, può ritenersi fondato il concetto di un foro competente il quale si giustifichi in base a *ragioni processuali*, quali cioè quelle della *vicinanza fisica*.

30. Nel caso di specie un tale stato di tensione è particolarmente evidente. Basti accennare al fatto che, come abbiamo visto, l'art. 59, primo comma, della legge uniforme è in primo luogo funzionale alla ripartizione del rischio (ad ogni modo, nelle condizioni attuali di pagamento).

31. Prima di passare all'esame della giurisprudenza della Corte, vorrei trarre spunto da questa affermazione per eliminare un equivoco, il quale potrebbe sorgere da una lettura superficiale dell'ordinanza di rinvio.

32. Per essere più precisi, ritengo problematica la lettura combinata dell'art. 5, punto 1), della Convenzione, e dell'art. 59, primo comma, della legge uniforme, non solo perché in tal modo si giustifica come foro competente quello del domicilio o della sede commerciale dell'attore. Una considerazione del genere potrebbe giustificarsi soltanto ricavando dal testo della convenzione una specie di generale «antipatia» nei confronti del foro dell'attore ed erigendo quest'antipatia a criterio, sulla scorta del quale eventualmente occorrerebbe rivedere quanto dedotto in sede d'interpretazione. Al riguardo occorre riconoscere che indubbiamente la Convenzione, nel suo art. 2, ha fatto del foro del convenuto la regola e, nel suo art. 3, ha dichiarato inapplicabili normative nazionali diverse, le quali potrebbero giustificare come foro competente quello dell'attore [17]. È parimenti indiscutibile il fatto che la Convenzione, con riguardo a tale disposizione, «respinge con chiarezza una competenza del giudice del domicilio dell'attore, fatta eccezione per le ipotesi espressamente previste» [18]. Solo che simili «eccezioni», pur nel rispetto delle condizioni poste negli artt. 5 e seguenti, non sono per nulla rare. Gli artt. 13 e 14, concernenti la competenza in materia di contratti conclusi da consumatori, lo evidenziano con chiarezza. Anche la norma sulla competenza di cui all'art. 5, punto 3 (luogo dell'evento dannoso nell'ipotesi di fatto illecito) può, secondo le circostanze del caso, condurre a riconoscere la competenza del giudice del domicilio dell'attore. Non è pertanto giustificato ricavare da una più o meno spiccata «antipatia» della Convenzione nei confronti del foro competente dell'attore alcuna conseguenza a sostegno di una determinata interpretazione.

33. L'unica soluzione convincente ricavabile dal sistema degli artt. 2, 3, 5 e seguenti mi

17 — V. sentenza 11 gennaio 1990, causa C-220/88, Dumez France e Tracoba (Racc. pag. I-49, punto 16).

18 — Sentenza 19 gennaio 1993, causa C-89/91, Shearson Lehman Hutton (Racc. pag. I-139, punto 17).

sembra essere quella dalla quale ha preso le mosse la Corte nelle sentenze Shearson Lehman [19] e Dumez France [20]. Essa dichiara che, nel caso di un'interpretazione degli artt. 5 e seguenti la quale porti a riconoscere competente il foro dell'attore, si deve valutare con la massima attenzione se detta interpretazione sia in accordo con lo scopo della disposizione presa in considerazione [21]. Con ciò tocchiamo il cuore della questione, in quanto il Bundesgerichtshof fonda i suoi dubbi sul fatto che la lettura combinata degli artt. 5, punto 1), della Convenzione, e 59, primo comma, della legge uniforme sia connessa «con la conseguenza di un *generale* foro competente dell'attore» [22].

34. *4)* Passiamo ora ad esaminare l'atteggiamento della giurisprudenza della Corte nei confronti della struttura dell'art. 5, punto 1), poc'anzi delineata.

35. *a)* Già nelle sue due prime sentenze 6 ottobre 1976 dedicate alla Convenzione, essa ha dovuto individuare le norme in base alle quali va determinato il luogo di adempimento: da un lato, con riferimento all'individuazione dell'obbligazione (o delle obbligazioni) determinante al riguardo [23], dall'altro lato, con riferimento alla scelta delle norme giuridiche o dei principi in base ai quali dedurre il luogo di adempimento in relazione a tale obbligazione (o a tali obbligazioni) [24].

19 — V. nota 18.

20 — V. nota 17.

21 — V. anche sentenze 27 settembre 1988, causa 189/87, Kalfelis/Schröder (Racc. pag. 5565, punti 8 e 9) nonché Six Constructions, già citata (v. nota 12) punto 18.

22 — Pag. 14 dell'ordinanza di rinvio; il corsivo è mio.

23 — Causa 14/76, De Bloos/Bouyer (Racc. pag. 1497).

24 — Sentenza Tessili (v. nota 4).

36. In relazione ad entrambi gli aspetti la Corte ha aderito ad un'interpretazione della disposizione qui in oggetto in chiave di diritto sostanziale.

37. In consonanza con le suesposte riflessioni, secondo le quali in base al diritto sostanziale le obbligazioni derivanti da un rapporto contrattuale possono non dover essere adempiute necessariamente tutte quante nel medesimo luogo, nella causa De Bloos, riguardante le pretese vantate da un concessionario esclusivo nei confronti del suo concedente, la Corte ha dichiarato:

«Ai fini della determinazione del luogo di esecuzione ai sensi dell'art. 5 (...), l'obbligazione da prendere in considerazione è quella corrispondente al diritto su cui s'impernia l'azione dell'attore» [25].

38. Secondo quanto dichiarato dalla Corte, tale soluzione si fonda da un lato sullo sforzo di evitare, quanto più è possibile, che da uno stesso e identico contratto possano essere ricavate giustificazioni a favore dell'individuazione di più fori competenti; la Corte ha pertanto negato che ci si possa riferire a «qualsivoglia obbligazione derivante dal contratto» [26]. La suddetta soluzione si fondava, dall'altro lato, sul dettato tedesco e italiano della disposizione, la quale allora veniva applicata nella versione del 1968.

25 — Sentenza De Bloos, punto 13.

26 — Sentenza De Bloos, punto 10.

39. La Corte ha tuttavia mitigato il suddetto principio per il caso in cui oggetto della controversia siano obbligazioni che abbiano sostituito obbligazioni contrattuali non adempiute. In tal caso, l'obbligazione di cui all'art. 5, punto 1), è sempre quella derivante dal contratto ed il cui inadempimento viene invocato onde legittimare l'azione [27]. Come è reso evidente da un confronto della sentenza con le conclusioni [28], anche questo dovrebbe scongiurare il frazionamento delle competenze o, per meglio dire, ciò dovrebbe imporre la trattazione comune delle questioni connesse da parte del medesimo giudice.

40. Sulla base di un'impostazione orientata in chiave di diritto sostanziale la Corte ha parimenti individuato, nella suddetta sentenza Tessili, il criterio per la scelta delle disposizioni normative e dei principi in base ai quali ricavare, in concreto, il luogo di adempimento.

41. Secondo tale sentenza il «luogo in cui l'obbligazione è stata o deve essere eseguita», ai sensi dell'art. 5, punto 1), va determinato

«in conformità alla legge che, secondo il diritto internazionale privato [vale a dire, secondo le norme di conflitto, n. d. t.] del giudice adito, disciplina l'obbligazione controversa» [29].

42. Tre passi della motivazione della sentenza vanno posti in rilievo.

43. Il primo concerne il criterio in base al quale valutare se una nozione della convenzione vada considerata autonoma — e perciò comune a tutti gli Stati membri — o come un rinvio al diritto sostanziale che risulta applicabile in forza delle norme di conflitto del giudice investito per primo della causa. Al riguardo la Corte afferma:

«Nessuna delle due opzioni può essere accettata in modo esclusivo, giacché la soluzione migliore va studiata di volta in volta per ciascuna norma della Convenzione, in modo tale tuttavia da garantire la piena efficacia di quest'ultima nella prospettiva delle realizzazioni volute dall'art. 220 del Trattato» [30].

44. La Corte aggiunge ancora una riserva, la quale va posta in relazione con la limitata portata della Convenzione:

«Ad ogni modo, è opportuno sottolineare che l'interpretazione delle suddette espressioni e nozioni ai fini della Convenzione non influisce sull'accertamento della norma di diritto sostanziale da applicare alla controversia» [31].

27 — Punti 14 e 15.

28 — Conclusioni dell'avvocato generale Reischl del 15 settembre 1976 (Racc. 1976, pag. 1511, in particolare pag. 1518).

29 — Dispositivo della sentenza Tessili.

30 — Sentenza Tessili, punto 11.

31 — V. nota precedente.

45. Per la scelta tra un'interpretazione autonoma e il rinvio alle norme di conflitto del foro la Corte ha in tal modo optato in prima linea per un criterio pragmatico: la «soluzione migliore» va studiata di volta in volta. Da un tale angolo visuale occorre tener conto del fatto che la Convenzione, nel suo insieme, persegue finalità molto diverse [32]: potenziamento della tutela giuridica delle persone residenti nella Comunità, sopprimendo gli ostacoli ai rapporti giuridici ed alla soluzione delle controversie [33]; garanzia dell'uguaglianza e dell'uniformità dei diritti e degli obblighi per gli Stati contraenti e i soggetti interessati [34]; scongiurare un frazionamento delle competenze [35]; rendere prevedibile l'applicazione delle norme in tema di competenza [36]. Inoltre ogni disposizione, anzi ogni nozione della Convenzione, ha una propria funzione, la quale può risultare in connessione più o meno stretta con le suddette finalità. In consonanza con ciò, sebbene nelle più recenti decisioni abbia lasciato trasparire una preferenza generale per un'interpretazione autonoma [37], la Corte si è riservata infine la scelta dell'interpretazione più opportuna per il singolo caso concreto [38].

46. Il già accennato riferimento all'obiettivo della Convenzione riguardante i fori competenti speciali costituisce l'altro passo importante contenuto nella motivazione della sentenza Tessili [39]. La Corte ritiene apparentemente pacifico che, mediante il riferimento alla lex causae, si rispetti la finalità della disposizione. Questo nemmeno stupisce, dato che nessuna delle parti che hanno presentato osservazioni aveva posto in dubbio ciò. L'opportunità di un'interpretazione autonoma rispetto al contratto era stata certo analizzata, ma sotto aspetti del tutto differenti. La discussione si era cioè orientata sostanzialmente verso un confronto fra i vantaggi di quest'interpretazione ai fini di un'applicazione uniforme della Convenzione e determinati svantaggi, vale a dire le difficoltà ad essa connesse del diritto comparato e le loro ripercussioni (indesiderate) sul diritto sostanziale degli Stati membri.

47. Dal canto suo, l'avvocato generale Mayras [40] ha posto come fulcro delle sue riflessioni la questione riguardante l'individuazione delle obbligazioni contrattuali da tenere in considerazione ai fini dell'art. 5, punto 1), quando oggetto della controversia non è l'obbligazione principale

32 — V. il riepilogo di cui alla sentenza Mulox (v. nota 12), punto 11.

33 — V. il preambolo della Convenzione nonché la sentenza Tessili (v. nota 4), punto 9.

34 — Sentenze 14 ottobre 1976, causa 29/76, LTU/Eurocontrol (Racc. pag. 1541, punto 3); 22 marzo 1983, causa 34/82, Peters/ZNAV (Racc. pag. 987, punto 9); 8 marzo 1988, causa 9/87, Arcado/Haviland (Racc. pag. 1539, punto 10); 27 settembre 1988, causa 189/87, Kalfelis/Schröder e a. (Racc. pag. 5565, punto 15); *analogamente*: sentenze 21 giugno 1978, causa 150/77, Bertrand/Ott (Racc. pag. 1431, punti 14-16); 17 giugno 1992, causa C-26/91, già citata (v. nota 11), punto 10; 19 gennaio 1993, causa C-89/91, già citata (v. nota 18), punto 13.

35 — V., per quanto concerne l'art. 5, punto 1, paragrafo 38 supra, e nota 24, nonché sentenze Ivenel (v. nota 12), punti 18 e 19; 4 marzo 1982, causa 38/81, Effer/Kantner (Racc. pag. 825, punto 6); 15 gennaio 1987, causa 266/85, Shenavai/Kreischer (Racc. pag. 239, punto 8). V. inoltre sentenze 9 novembre 1978, causa 23/78, Meeth/Glacetal (Racc. pag. 2133, punto 8), e 7 marzo 1985, causa 48/84, Spitzley/Sommer Exploitation (Racc. pag. 787, punti 16-21).

36 — V. sentenza Handte (v. nota 10), punto 18. V. anche sentenza 20 gennaio 1994, causa C-129/92, Owens Bank/Bracco (Racc. pag. I-117, punto 32), la quale in questo contesto fa riferimento al principio della *certezza del diritto*.

37 — Molto marcata, per esempio, nella sentenza Shearson Lehman (v. nota 18), punto 13.

38 — V. sentenza Mulox (v. nota 12), punto 10, laddove si afferma che la Corte si esprime in favore, *quanto più è possibile*, di un'interpretazione autonoma delle nozioni della Convenzione.

39 — V. supra, paragrafo 15.

40 — Conclusioni del 15 settembre 1976 nella causa Tessili, già citata (Racc. pag. 1487).

del venditore avente ad oggetto la consegna dei beni, bensì la pretesa derivante da un asserito vizio di tale prestazione [41]. Dopo aver spiegato che in un caso del genere occorre far riferimento alla suddetta obbligazione principale, l'avvocato generale ha esaminato in forma relativamente concisa il problema dell'applicazione della lex causae. In seguito, parallelamente al contenuto delle osservazioni presentate alla Corte, egli ha affrontato soltanto il problema della (scarsa) unificazione delle norme di conflitto e del diritto sostanziale [42].

48. Siamo con ciò arrivati a quello che ai nostri fini è il terzo passo della motivazione della sentenza Tessili. La Corte affronta qui la questione se, nell'interesse di un'unificazione della nozione di luogo di adempimento, si possa superare il mero riferimento alla lex causae. Secondo il suo parere, ciò «nell'attuale stadio dell'evoluzione giuridica (...) appare impossibile», tenuto conto «delle divergenze esistenti fra le legislazioni nazionali sui contratti e dell'assenza (...) di qualsiasi unificazione del diritto sostanziale da applicarsi (...), tanto più che la determinazione del luogo di esecuzione delle obbligazioni dipende dal tipo di contratti cui esse appartengono» [43].

49. Volendo, sulla base di tutte queste riflessioni, tracciare un bilancio delle sentenze De Bloos e Tessili, si può affermare che in nessuna di tali sentenze la Corte ha sfruttato il punto di vista della vicinanza fisica come pretesto per valutare se, in sede d'interpretazione dell'art. 5, punto 1), essa potesse discostarsi dal diritto sostanziale (del contratto). Le riflessioni della Corte, sulla scorta delle quali essa ha valutato una mossa del genere, sono state di altra natura: optando, nella sentenza De Bloos, in favore della previsione, per le obbligazioni discendenti dall'obbligazione principale, dello stesso tribunale competente per la specifica obbligazione principale, essa ha voluto evitare un frazionamento delle competenze riguardanti le questioni connesse [44]. E la questione esaminata nella sentenza Tessili, se occorresse superare il riferimento alla lex causae, era stata sollevata con riferimento allo scopo di unificare eventualmente la nozione di luogo di adempimento [45].

50. *b)* Nella successiva giurisprudenza la Corte ha elaborato in modo graduale un regime particolare per le controversie in materia di lavoro, confermando però in generale l'indirizzo descritto. Esaminiamo le questioni nei particolari.

51. Nella citata sentenza Ivenel [46], emanata in seguito al rinvio operato dalla Cour de cassation francese, si trattava di esaminare le diverse pretese di un rappresentante commerciale in seguito all'asserita risoluzione del contratto di rappresentanza, che il giudice d'appello aveva qualificato come contratto di lavoro. Con la domanda pregiudiziale era

41 — V., in particolare, pag. 1490, parte IV, nonché pag. 1491, secondo capoverso, laddove l'avvocato generale illustra la sua personale interpretazione del problema specifico della fattispecie.

42 — V. pag. 1494.

43 — Sentenza Tessili, punto 14.

44 — V. supra, paragrafo 39.

45 — V. supra, paragrafo 48.

46 — V. nota 12.

stata sollevata la questione su quale fosse, in un caso del genere, l'obbligazione controversa da considerare decisiva ai fini del criterio sviluppato nella sentenza Tessili [47]. La Corte doveva così valutare se essa, in tal caso, dovesse confermare i principi della sentenza De Bloos o dovesse discostarsene. La Corte ha optato per quest'ultima soluzione, dichiarando:

«L'obbligazione da prendere in considerazione per l'applicazione dell'art. 5, punto 1), della Convenzione (...), in caso di domande basate su varie obbligazioni derivanti da un contratto di rappresentanza che lega un lavoratore dipendente ad un'impresa, è quella che caratterizza il contratto».

52. A sostegno di tale soluzione la Corte ha addotto tre diversi motivi. In *primo luogo* essa ha tenuto conto della *finalità* dell'art. 5, punto 1): giustificare la competenza di un giudice il quale abbia uno *stretto nesso con la controversia*. Nel caso di un contratto di lavoro, essa ha individuato tale nesso «in particolare nella legge da applicarsi al contratto» [48], la quale «in generale (...) implica norme che tutelano il lavoratore» [49]. Tale legge si determina in conformità all'evoluzione delle norme di conflitto rilevanti [50] secondo l'obbligazione che caratterizza il contratto di cui trattasi e che normalmente consiste nell'esecuzione del lavoro. Si tratta normalmente della legge del luogo in cui viene fornita la prestazione lavorativa.

53. In *secondo luogo* la Corte ha impostato la sua decisione sull'intento di tutelare la parte socialmente più debole [51].

54. Infine, sulla scorta ancora delle riflessioni sviluppate nella sua sentenza De Bloos [52], la Corte si è espressa a favore di un'interpretazione della Convenzione tale che il «giudice adito non si trovi indotto a dichiararsi competente per decidere su talune domande, ma incompetente per conoscere di talune altre» [53].

55. Nella sentenza Shenavai [54], la Corte si è vista obbligata — sebbene fosse stata investita di una questione relativa non al diritto del lavoro, bensì a un'azione per il recupero degli onorari di un architetto — ad integrare gli argomenti esposti nella sentenza Ivenel in merito all'idea della vicinanza fisica; argomenti secondo i quali le controversie in materia di lavoro dovrebbero essere assegnate, quanto più è possibile, al giudice del luogo in cui viene prestata l'attività lavorativa, dal momento che di regola è il diritto sostanziale di quest'ultimo ad essere applicabile [55]. È opinione della Corte che a sostegno della soluzione di cui alla sentenza Ivenel si può aggiungere che i contratti di lavoro e quelli di tipo analogo «creano un nesso durevole che inserisce il lavoratore nell'ambito di una determinata organizzazione

47 — V. supra, paragrafo 41.

48 — Punto 15.

49 — Punto 19.

50 — La Corte si riferisce qui alla convenzione sulla legge da applicare alle obbligazioni contrattuali (GU 1980, L 266, pag. 1).

51 — Punto 16; v. già supra, paragrafo 20.

52 — V. supra, paragrafi 38 e 39.

53 — Sentenza Ivenel, punto 18.

54 — Già citata (v. nota 35).

55 — V., al riguardo, le riflessioni critiche dell'avvocato generale Mancini (conclusioni del 4 novembre 1986 nella causa Shenavai, Racc. 1987, pag. 246, in particolare pag. 249) nonché dell'avvocato generale Jacobs [conclusioni del 26 maggio 1993 nella causa Mulox (v. nota 12), paragrafi 26-29].

dell'attività dell'impresa o del datore di lavoro» [56].

56. Dopo aver riconfermato la giurisprudenza Ivenel, in tal modo puntualizzata, nella sua sentenza Six Constructions [57], la Corte è stata investita della causa Mulox, la quale concerneva parimenti una controversia derivante da un rapporto di lavoro. A differenza delle questioni fino ad allora sollevate, tuttavia, non si trattava qui della scelta dell'obbligazione da prendere in considerazione, bensì dell'individuazione del luogo di adempimento in relazione a tale obbligazione.

57. La Corte è giunta alla conclusione che nell'ambito dei rapporti di lavoro la nozione di luogo di adempimento non va determinata secondo la lex causae bensì — autonomamente — secondo criteri uniformi, i quali devono essere definiti dalla Corte sulla scorta del sistema e delle finalità della Convenzione. Le difficoltà evidenziate alla luce delle diverse concezioni sul luogo di adempimento dell'obbligazione da prendere in considerazione, con le quali la Corte nella sentenza Tessili aveva giustificato la sua scelta in favore di un luogo di adempimento determinato secondo la lex causae, non sussistono infatti nell'ambito dei contratti di lavoro. Ciò in quanto nel suddetto ambito l'obbligazione del lavoratore avente ad oggetto l'esecuzione della prestazione concordata costituisce, quale prestazione caratterizzante il contratto di lavoro, l'obbligazione da prendere in considerazione ai fini dell'art. 5, punto 1). La Corte fa richiamo al riguardo alle particolarità di tali contratti, evidenziate nella giurisprudenza più risalente: essi creano un nesso durevole che inserisce il lavoratore nell'ambito di una determinata organizzazione del datore di lavoro e il loro punto di riferimento spaziale è il luogo in cui si svolge l'attività in quanto luogo da prendere in considerazione per l'applicazione di norme imperative e di contratti collettivi.

58. La Corte ha risolto la questione dove vada concretamente collocato, in un caso del genere, il luogo di adempimento (autonomamente individuato) nel senso che si tratta del luogo in cui il lavoratore subordinato presta di fatto l'attività lavorativa concordata con il datore di lavoro. Essa al riguardo fa richiamo ai criteri, sviluppati nella giurisprudenza più risalente in materia di contratti di lavoro, della vicinanza fisica e della tutela della parte più debole.

59. Mi si conceda a questo punto di tracciare un bilancio della giurisprudenza, a partire dalla sentenza Ivenel sino alla sentenza Mulox.

60. Appare evidente già al primo sguardo che i criteri posti nella sentenza Mulox per l'individuazione del *luogo di adempimento* erano già stati predeterminati mediante la *scelta* che la Corte aveva compiuto, a partire dalla sentenza Ivenel, con riferimento all'*obbligazione da prendere in considerazione*. Nella sentenza Mulox la Corte, a giustificazione della sua soluzione, si è fondata esclusivamente sulla tesi che era stata già fatta valere nella sentenza Ivenel (per essere poi puntualizzata nelle sentenze successive) [58]. La decisione in favore di un'interpretazione

56 — Sentenza Shenavai, punto 16.

57 — V. nota 13.

58 — V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs in questa causa, paragrafo 21, in fine.

autonoma della nozione di luogo di adempimento era stata pertanto già presa con la sentenza Ivenel [59].

61. Riflettendo sulla motivazione della sentenza Ivenel si rileva più esattamente che la Corte riteneva già allora che l'individuazione del luogo di adempimento in base al diritto sostanziale del contratto — quanto meno nell'ambito dei contratti di lavoro — non corrisponde alla finalità dell'art. 5, punto 1).

62. Su questa base giungo a una duplice conclusione.

63. In primo luogo la giurisprudenza qui esaminata mostra che la Corte indubbiamente preferisce continuare a vedere individuato il luogo di adempimento sulla scorta del diritto sostanziale del contratto, e tuttavia si discosta da tale principio quando la sua applicazione *nel singolo caso in maniera evidente non si adegua alla finalità dell'art. 5, punto 1)*. Si tratta di una via di mezzo, a mio giudizio corretta, tra due estremi (entrambi da rifiutare): da un lato, un'applicazione della disposizione rigida, assolutamente vincolata al suo significato letterale [60], ma distaccata dal suo scopo; dall'altro, un'interpretazione basata puramente sul criterio della vicinanza fisica, la quale potrebbe privare di rilievo la nozione del luogo di adempimento e trasformare l'art. 5, punto 1), in una norma sul forum conveniens, dai contorni non ben definiti [61]. Del resto, nella sentenza Tessili, sol che la si esamini con più attenzione, la Corte ha già lasciato aperta la porta per una distinzione del genere, avente carattere di eccezione, tra luogo di adempimento sostanziale e luogo di adempimento processuale (v. supra, paragrafo 44).

64. In secondo luogo, il problema della scelta dell'obbligazione da prendere in considerazione e quello del criterio per l'individuazione del luogo di adempimento risultano essere connessi l'uno all'altro nel modo più stretto. Qualunque interpretazione mediante la quale, in deroga al diritto sostanziale del contratto (nonché al tenore di alcune espressioni della disposizione), si assuma come fondamento un'obbligazione diversa da quella controversa rappresenta un esempio d'interpretazione ampiamente autonoma (rispetto al contratto). Che lo si voglia o no, essa influenza il rapporto tra lo scopo dell'art. 5, punto 1), e il risultato della sua applicazione. Viceversa, una modifica del genere può essere introdotta come uno dei possibili mezzi per giungere allo scopo di tener conto, in sede di applicazione dell'art. 5, punto 1), delle finalità di quest'ultimo. Come dimostra la giurisprudenza qui esaminata, un tal modo di procedere può costituire un'alternativa meditata a fronte della determinazione del luogo di adempimento operata facendo ricorso al diritto comparato, tanto più che quest'ultimo non garantisce necessariamente che, ai fini

59 — In questo contesto è interessante rilevare che la sentenza della Cour d'appel di Metz del *1982*, emanata in seguito alla sentenza Ivenel (*Bull. Civ.* 1982, V, pag. 304), concorda esattamente con i criteri che la Corte ha fissato nel *1993* nella sentenza Mulox.

60 — V. supra, paragrafo 22 e seguenti.

61 — Contro l'alternativa citata in ultimo si esprimono Gothot-Holleaux: *«La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968»*, Parigi, 1985, pag. 41. V. anche Droz: *«Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun»*, Parigi, 1972, pag. 128 e seguenti (n. 206).

dell'individuazione di un foro competente fisicamente vicino, criteri inadeguati vengano sostituiti da altri più appropriati. D'altro canto, la determinazione del luogo di adempimento operata in base al diritto comparato può servire piuttosto al rafforzamento dell'azione unificante dell'art. 5, punto 1): il criterio della lex causae è indubbiamente omogeneo [62] e tuttavia rende poco agevole, a causa della sua natura, la concreta individuazione del luogo di adempimento.

65. In questo contesto desidero ancora precisare che la nozione di «interpretazione autonoma rispetto al contratto» non deve indurre a supporre che in un determinato caso si possa disporre solo di due possibilità: un'individuazione del luogo di adempimento che sia o *del tutto conforme* al diritto sostanziale o *assolutamente indipendente* da quest'ultimo. Piuttosto — proprio nell'interesse di un'interpretazione finalisticamente corretta — sono concepibili diverse soluzioni intermedie. Basti citare in questa sede, a titolo di esempio, la sentenza De Bloos, già analizzata. In tale occasione, lo ricordiamo, la Corte aveva ritenuto che l'obbligazione contrattuale da prendere in considerazione per le domande di risarcimento o di risoluzione del contratto fosse quella il cui mancato adempimento veniva invocato a giustificazione di tali domande. Questo passo compiuto in direzione di un'interpretazione autonoma dell'art. 5, punto 1), è tuttavia ancora una volta accompagnato da un riferimento alla lex causae: «Per quanto riguarda le azioni per il versamento di indennità compensative, spetta al giudice nazionale accertare se, *in base al diritto da applicarsi al contratto*, si tratti di un'obbligazione contrattuale autonoma o di un'obbligazione sostitutiva dell'obbligazione contrattuale non adempiuta» [63].

66. Passiamo adesso alla giurisprudenza che esula dall'ambito dei contratti di lavoro.

67. Nella citata sentenza Shenavai [64], la Corte ha deciso che per la determinazione del luogo di adempimento, l'obbligazione contrattuale da prendere in considerazione, nella lite vertente sul pagamento degli onorari dell'architetto incaricato di elaborare un progetto per la costruzione di edifici, è quella che costituisce concretamente il fondamento dell'azione. Per motivare tale soluzione in rapporto all'opzione divergente di cui alla sentenza Ivenel, la Corte ha innanzi tutto richiamato gli argomenti che è possibile dedurre dall'inserimento del lavoratore nell'ambito dell'impresa del datore di lavoro e dalla circostanza che il luogo di svolgimento della sua attività costituisce il punto di riferimento spaziale per l'applicazione di norme imperative e di contratti collettivi [65]. Dopo di che la Corte espone quanto segue:

«Quando queste particolarità specifiche non sussistono, non è né necessario né opportuno identificare l'obbligazione che caratterizza il contratto né accentrare nel suo luogo di adempimento la competenza giurisdizionale, in quanto luogo di adempimento, per le liti relative a qualsiasi obbligazione contrattuale. Infatti, la varietà e molteplicità dei contratti,

62 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Mayras nella causa Tessili (v. nota 40), pag. 1495.

63 — Sentenza De Bloos (v. nota 23), punto 17 in fine; il corsivo è mio.

64 — V. nota 54.

65 — Sentenza Shenavai, punto 16.

considerati in generale, sono tali che questo criterio, in detti altri casi, potrebbe creare incertezze circa la competenza giurisdizionale, incertezze che la Convenzione ha precisamente lo scopo di ridurre.

Quest'incertezza non esiste, invece, per la generalità dei contratti, qualora si prenda unicamente in considerazione l'obbligazione pattuita mediante il contratto e della quale si persegue in giudizio l'adempimento. Infatti il luogo in cui essa dev'essere adempiuta costituisce normalmente il luogo di collegamento più immediato fra la lite e il giudice competente, collegamento che ha indotto a scegliere il foro del luogo di adempimento dell'obbligazione in materia contrattuale».

68. Queste riflessioni mostrano in primo luogo che la Corte ha chiaramente riconosciuto il carattere imperfetto [66] dell'art. 5, punto 1); e certo essa ammette che il luogo di adempimento dell'obbligazione controversa costituisce (soltanto) «normalmente» il luogo di collegamento più immediato fra la lite e il giudice competente. Appare inoltre evidente che le riflessioni della Corte pongono in luce solo una parte limitata della problematica. In primo luogo, non viene esaminata la questione se le norme sul luogo di adempimento dell'obbligo retributivo siano idonee a far sì che della controversia venga investito un giudice fisicamente vicino. Benché il governo tedesco avesse fatto riferimento alla circostanza che la considerazione dell'obbligazione caratterizzante il contratto avrebbe consentito di rispettare le finalità dell'art. 5, punto 1), più del riferimento all'obbligo (in quella sede controverso) avente ad oggetto il pagamento, né esso governo, né un'altra parte, né la Corte avevano sollevato il problema di un palese mancato conseguimento degli scopi dell'art. 5, punto 1). Dall'altro, come si rileva chiaramente dal punto 17 della sentenza, come alternativa alla soluzione accolta era stata solo esaminata quella di «*accentrare*» nel luogo di adempimento dell'«*obbligazione che caratterizza il contratto* (...) la competenza giurisdizionale, in quanto luogo di adempimento, per le liti relative a *qualsiasi* obbligazione contrattuale» [67]. È questa la soluzione che la Corte ha scartato, a causa delle «incertezze» ad essa, a quanto asserito, connesse. Se siano possibili modifiche meglio definite e chiare nei loro effetti è pertanto un problema che, come prima, può essere considerato insoluto.

69. Al di là dell'ambito dei contratti di lavoro va richiamata, accanto alla sentenza Shenavai, anche la sentenza Zelger [68], che concerneva un accordo avente ad oggetto il luogo di adempimento per la restituzione di un prestito. Con tale sentenza la Corte ha implicitamente confermato la giurisprudenza Tessili, poiché ha ritenuto quale luogo di adempimento ai sensi dell'art. 5, punto 1), il luogo che «sia stato determinato dalle parti con una clausola valida secondo il diritto nazionale che si applica al contratto». La questione se tale soluzione, in concreto, fosse giustificata «dall'esistenza di un legame diretto tra la controversia e il giudice chiamato a conoscere di essa» [69] non era stata sollevata. Argomento centrale della sentenza era piuttosto quello del rapporto tra gli artt. 5, punto 1), e 17.

66 — Va osservato, anche solo incidentalmente, che alcuni autori chiedono persino l'abrogazione dell'art. 5, punto 1), della Convenzione: per esempio, Lasok/Stone: «*Conflicts of Laws in The European Community*», 1987, pag. 220 e seguenti.

67 — Il corsivo è mio.

68 — Sentenza 17 gennaio 1980, causa 56/79, Zelger/Salinitri (Racc. pag. 89).

69 — Punto 3 (in fine).

70. *III* — La soluzione della prima questione pregiudiziale va sviluppata sulla base di tutte le precedenti riflessioni.

71. *1)* Il problema posto con la lett. a) di tale questione, *se* si debba derogare all'applicazione della lex causae, dipende dal criterio sviluppato ora in base alla giurisprudenza [70]: occorre valutare se la sua applicazione al caso concreto non sia conforme, in modo palese, alla finalità dell'art. 5, punto 1).

72. Occorre dire al riguardo che, nel caso di controversie sul pagamento del prezzo d'acquisto — qualora non sia controversa la conclusione stessa del contratto [71] —, nella maggior parte dei casi la questione ruota intorno al problema se la controprestazione (del venditore) sia stata fornita in modo regolare [72]. Pertanto, tra i giudici che presentano una prossimità spaziale nei confronti delle vicende dell'attuazione del contratto, il più indicato a giudicare della regolarità della prestazione avente ad oggetto il bene è quello che soddisfa la finalità dell'art. 5, punto 1).

73. L'art. 59, primo comma, prima frase, porta di contro sistematicamente all'individuazione del giudice del domicilio del creditore, poiché quest'ultimo nell'ambito della ripartizione dei rischi delle operazioni internazionali di pagamento dovrebbe essere favorito. Già tale circostanza dovrebbe indurre, a mio parere, a determinare autonomamente il luogo di adempimento. In tale ambito occorre fare attenzione al fatto che, nel caso dell'art. 59, primo comma, prima frase, della legge uniforme, il luogo di adempimento dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del prezzo è per definizione indipendente dal luogo di adempimento per quanto riguarda la prestazione avente ad oggetto il bene (controprestazione), il cui presunto difettoso adempimento costituisce, di regola, lo spunto per la controversia sul pagamento del prezzo di vendita. Solo nell'ipotesi di cui alla seconda frase di tale disposizione questi luoghi di adempimento finiscono col coincidere.

74. È certo pertanto che il criterio di cui all'art. 59, primo comma, prima frase, non è chiaramente tale da consentire di investire della controversia un giudice fisicamente vicino. La questione pregiudiziale di cui al n. 1), lett. a), va pertanto risolta negativamente.

75. *2)* Per risolvere la questione di cui al n. 1), lett. b), e cioè *in che modo* vada individuato in un caso del genere il luogo di adempimento, posso riallacciarmi direttamente a quanto detto prima.

76. È mia opinione che in questo caso non ci si debba basare sull'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del prezzo, bensì su

70 — V. supra, paragrafo 63.

71 — Spellenberg (*Zeitschrift für Zivilprozeß* 91, 1978, pag. 38, in particolare pag. 56 in fine) fa giustamente rilevare che in questo caso la competenza più indicata sarebbe quella del giudice del luogo della conclusione del contratto, ma che essa non è prevista dalla Convenzione.

72 — V. la posizione assunta dal governo tedesco nella causa Shenavai (v. supra, paragrafo 68); Spellenberg: loc. cit. (v. nota precedente).

quella del venditore di eseguire la prestazione avente ad oggetto il bene [73]. Come ho dedotto dalle mie riflessioni prima illustrate, nell'ambito dei rapporti contrattuali tra le parti, questo è quel «luogo di adempimento» che può meglio di tutti portare a individuare un giudice fisicamente vicino. Ciò è tanto più valido nella presente fattispecie in quanto, secondo la sentenza d'appello dell'Oberlandesgericht di Hamm [74], alla quale il Bundesgerichtshof fa espresso riferimento, le finestre consegnate dovevano essere fornite nel rispetto delle norme tecniche e dei livelli qualitativi britannici.

77. Prima di continuare ad esporre ulteriormente questa soluzione, desidero in breve illustrare il suo rapporto con le sentenze De Bloos e Tessili, dalle quali in verità si discosta solo in misura limitata. In relazione alla sentenza De Bloos occorre dire che con la soluzione prospettata non ci si basa assolutamente su una «qualsivoglia» obbligazione contrattuale, bensì su quella che è di gran lunga più indicata dell'obbligazione controversa a portare all'individuazione di un foro competente fisicamente vicino. Non ci si scosta inoltre dal principio posto in questa sentenza e riconfermato nella sentenza Shenavai, denominato da qualcuno «principio di isolamento», in quanto in generale per ogni obbligazione viene determinato in modo distinto un luogo di adempimento. Soltanto il metodo di individuazione di questo luogo di adempimento si discosta da quanto previsto nella sentenza De Bloos.

78. Per quanto riguarda la sentenza Tessili occorre dire che la lex causae continua a trovare applicazione, benché non per l'accertamento del luogo di adempimento dell'obbligazione controversa, bensì della controprestazione dell'altra parte.

79. L'ultima affermazione va tuttavia formulata, per una più corretta esposizione della soluzione qui prospettata, tenendo presente una riserva ben precisa. Al riguardo, prima di formulare la mia proposta di soluzione, desidero fare le seguenti riflessioni.

80. Le norme della lex causae possono contenere elementi in merito al luogo di adempimento dell'obbligazione del venditore avente ad oggetto il bene, nonché al luogo di adempimento per il pagamento del prezzo di vendita, i quali sono funzionali solo alla ripartizione del rischio — qui in particolare: il rischio del trasporto — ma non danno alcuna informazione affidabile sullo *scopo* economico delle obbligazioni del venditore [75]. Se noi adesso abbiamo tratto spunto da elementi del genere, in sede di valutazione delle norme sul luogo di adempimento dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento, per discostarci dal diritto sostanziale del Trattato, poiché tali norme non possono condurre all'assegnazione della controversia ad un foro competente fisicamente vicino, sembrerebbe allora illogico, in sede di esame delle norme sul luogo di adempimento dell'obbligo di consegna gravante sul venditore, applicare un altro metodo. Per tale ragione occorre dire che, per le controversie in materia di pagamento del prezzo che nascono in

73 — V. supra, paragrafo 64.

74 — Pubblicata nella *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1992, pag. 78.

75 — V. supra, paragrafo 27.

base ad un (asserito) difetto della prestazione avente ad oggetto il bene — cosa che noi abbiamo giudicato essere il caso tipico —, il giudice del luogo di destinazione della spedizione in linea generale presenta una vicinanza fisica maggiore rispetto a quello del luogo di spedizione. Ciò è valido a prescindere da quale di questi due luoghi sia il «luogo di adempimento» ai sensi del diritto sostanziale e pertanto da quale delle parti sopporti il rischio del trasporto.

81. Sembra opportuno riassumere nel senso suddetto la risposta alla questione del Bundesgerichtshof. Nella sentenza di appello dell'Oberlandesgericht di Hamm si ricava infatti che tale giudice ha interpretato la clausola di consegna «free site in London» (franco cantiere a Londra) soltanto come semplice accordo sulle condizioni alle quali avrebbe dovuto essere effettuata la consegna. Sembra proprio che non abbia pertanto considerato Londra come luogo di adempimento dell'obbligazione (dell'attrice) avente ad oggetto la merce e che pertanto *non* si sia fatta applicazione dell'art. 59, primo comma, *seconda frase, bensì* della *prima frase* di tale disposizione.

82. *IV* — Per tutte queste ragioni propongo di risolvere le questioni n. 1), lett. a) e b), del Bundesgerichtshof nella maniera seguente:

«Qualora un acquirente venga citato in giudizio per il pagamento del corrispettivo derivante da un contratto di opera il quale sia soggetto alla legge uniforme e a questo pagamento sia applicabile, in base al diritto sostanziale, l'art. 59, primo comma, prima frase, della legge uniforme, costituisce luogo di adempimento ai sensi dell'art. 5, punto 1), della Convenzione di Bruxelles il luogo, concordato nel contratto, di destinazione della fornitura, a prescindere da quale delle parti debba sopportare il rischio della spedizione delle merci al suddetto luogo».

Sulla seconda questione pregiudiziale

— *Osservazioni generali*

83. Il Bundesgerichtshof ha sollevato la sua seconda questione per il caso in cui, in base alla soluzione della prima questione, la «competenza internazionale dei giudici tedeschi non possa essere basata sull'art. 5, punto 1), (della Convenzione)». Poiché, come prima illustrato, nel caso di specie il luogo di adempimento ai sensi di tale disposizione non si troverebbe in Germania, occorre esaminare la seconda questione.

84. Con tale questione il Bundesgerichtshof desidera sapere se nelle circostanze del caso, illustrate in modo particolareggiato nell'ordinanza di rinvio, una clausola attributiva di competenza ai sensi dell'art. 17 della Convenzione «(possa) efficacemente considerarsi

sussistente». Poiché il Bundesgerichtshof ritiene che una clausola del genere non sia stata conclusa né «per iscritto» (primo comma, seconda frase, prima ipotesi) né «verbalmente con conferma scritta» (loc. cit., seconda ipotesi), si ricade nella *terza ipotesi*, menzionata in tale disposizione. In base a tale norma, introdotta con la Convenzione di adesione del 1978, una clausola attributiva di competenza può

«(essere) conclusa (...) nel commercio internazionale, in una forma ammessa dagli usi in questo campo e che le parti conoscevano od avrebbero dovuto conoscere».

85. Dalla relazione Schlosser [76] si ricava che entrambe le altre ipotesi di cui all'art. 17, nell'interpretazione ad esse data dalla Corte, hanno fissato requisiti i quali non risponderebbero «né agli usi né alle esigenze del commercio internazionale». A tale riguardo agli autori della riforma interessava soprattutto mitigare le conseguenze che derivavano dalla sentenza Segoura [77]. Investita di un caso riguardante un contratto di compravendita siglato verbalmente, il quale tuttavia non conteneva nessuna clausola verbale attributiva di competenza ai sensi dell'art. 17, la Corte aveva dichiarato del tutto priva di effetti la conferma scritta del contratto da parte del venditore, alla quale quest'ultimo aveva allegato le sue condizioni generali di contratto con la clausola attributiva di competenza. Secondo la Corte, tale clausola può integrare il contenuto dell'accordo solo qualora il compratore accetti per iscritto le condizioni generali di contratto [78]. Il fatto che il compratore non sollevi obiezioni alla conferma non vale accettazione della clausola attributiva di competenza, salvoché l'accordo verbale non rientri, per le parti del contratto, nell'ambito di rapporti commerciali correnti, disciplinati dalle condizioni generali di una di esse contenenti una clausola attributiva di competenza [79]. Nella relazione Schlosser si dice al riguardo che «non è ammissibile nel commercio internazionale» che la controparte di chi fa uso di condizioni contrattuali ne debba confermare l'inclusione per iscritto.

86. Osservazioni più particolareggiate sul significato delle disposizioni controverse saranno ora illustrate nella seguente trattazione dei problemi sollevati dal Bundesgerichtshof.

— *Sulla seconda questione, lett. a)*

87. *I* — In questa parte della questione il Bundesgerichtshof illustra innanzi tutto il *comportamento delle parti*, il quale potrebbe costituire eventualmente il fondamento di

76 — GU 1979, C 59, pag. 71, in particolare pag. 124 e seguenti (n. 179).

77 — Sentenza 14 dicembre 1976, causa 25/76, Segoura/Bonakdarian (Racc. pag. 1851).

78 — Sentenza Segoura, punti 8 e 10.

79 — Secondo capoverso del dispositivo.

un'efficace clausola attributiva di competenza (in considerazione dei requisiti di cui alla terza ipotesi):

— un fornitore, a seguito di un contratto concluso verbalmente, conferma per iscritto al suo acquirente la conclusione del contratto;

— egli allega per la prima volta a questa lettera di conferma condizioni generali di contratto, che contengono una clausola attributiva di competenza;

— l'acquirente non contesta la clausola attributiva di competenza.

— si tratta del primo contatto d'affari tra le parti.

89. Poiché finora la Corte non si è ancora interessata della terza ipotesi di cui all'art. 17 (nella versione del 1978), il Bundesgerichtshof ha riferito la sua questione non alle singole disposizioni di tale norma, bensì a quest'ultima nella sua interezza. Secondo quanto da esso illustrato, è controverso se questa disposizione, al di là di quel che ne è la lettera, riguardi non solo la forma, ma anche i requisiti sostanziali per l'esistenza di clausole attributive di competenza. Sempre secondo questo giudice, è inoltre controverso come si debbano interpretare le nozioni, che necessitano di concretamento, del commercio internazionale e degli usi internazionali nonché gli elementi soggettivi della fattispecie prevista da tale norma [80].

88. Connesse a ciò, il Bundesgerichtshof indica determinate *circostanze concomitanti giuridiche e di fatto*, le quali potrebbero risultare rilevanti per la decisione:

— nella sede dell'acquirente «non (sussiste) alcun uso commerciale» secondo cui il silenzio su una tale lettera sia da considerare come un accordo sulla clausola attributiva di competenza;

— all'acquirente non è nemmeno noto un tale uso commerciale;

90. Ciò posto appare opportuno analizzare nel loro ordine le disposizioni di cui alla norma controversa, tenendo presenti le circostanze indicateci dal Bundesgerichtshof.

91. *II — 1)* Occorre innanzi tutto accertare se il caso di specie riguardi il «*commercio internazionale*», ai sensi dell'art. 17. Ritengo che tale questione, la quale non è stata esaminata in modo specifico dinanzi alla Corte, vada risolta in senso affermativo. Trattandosi di un contratto di compravendita il quale

80 — Ordinanza di rinvio, pag. 17.

concerne la fornitura di un bene da uno Stato membro in un altro e le cui parti, in quanto società commerciali, hanno ciascuna sede in tali Stati, l'operazione alla quale fa riferimento la clausola attributiva di competenza è da considerarsi senz'altro *internazionale*. Si potrebbe certamente interpretare tale requisito nel senso che esso avrebbe la funzione di limitare l'applicazione della norma qui in esame a settori commerciali determinati e chiaramente individuabili. Sembra che lo House of Lords Select Committee on the European Communities (la Commissione speciale per la Comunità europea della Camera dei Lords) abbia avuto presente il commercio nell'ambito di tali settori quando ha elaborato la proposta britannica per l'inserimento della terza ipotesi dell'art. 17 [81]. Ma una simile interpretazione non trova appigli nella finalità dell'art. 17: evitare che clausole attributive di competenza siano inserite nei contratti, passando inosservate [82]. Senza restringere *a priori* in tal modo l'ambito d'applicazione della disposizione controversa, appare piuttosto opportuno, in sede d'interpretazione della nozione di usi commerciali e dei requisiti soggettivi della terza ipotesi, tener presente l'eventuale differenza tra il commercio che si svolge in base ad usi ormai codificati (per esempio nel settore delle materie prime) e gli altri rapporti commerciali internazionali [83].

92. Poiché i contraenti sono società commerciali ed operavano ciascuno nel rispettivo settore di attività, non ho alcun dubbio sul fatto che le operazioni qui in esame riguardino il *commercio* (internazionale).

93. *2)* Occorre poi valutare quali spunti interpretativi possano essere forniti al Bundesgerichtshof per il requisito riguardante il fatto che la clausola attributiva di competenza «*deve essere conclusa (...), nel commercio internazionale, in una forma ammessa dagli usi in questo campo*».

94. *a)* Come abbiamo visto, la terza ipotesi è stata inserita nell'art. 17 per rendere ammissibili clausole efficaci concluse in determinate forme, diverse da quelle della clausola scritta o della clausola verbale con conferma scritta. In base alla struttura della disposizione è chiaro che devono essere riconosciute ammissibili come forme di clausole efficaci quelle corrispondenti agli «usi commerciali» del ramo.

95. La portata di tale criterio non è però del tutto chiara. Come mette giustamente in evidenza il Bundesgerichtshof, essa si riferisce, secondo il tenore della disposizione, solo alla «forma» della clausola, e ci si può chiedere se non debba considerarsi ricompresa la

81 — V. sessione 1976/1977, quarantacinquesima relazione, paragrafo 20.

82 — V. la relazione Jenard (nota 2), pag. 37.

83 — Anche la Convenzione di Lugano (GU 1988, L 319, pag. 1), non applicabile al caso di specie, e la Convenzione di Bruxelles nella versione di San Sebastián (GU 1989, L 285, pag. 4) sembrano esprimersi in questo senso. In tal sede è stato mantenuto il criterio del «commercio internazionale», ma è stato fissato un nuovo requisito, vale a dire che l'uso commerciale rilevante dev'essere «ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato».

clausola stessa — in quanto determinazione di una volontà comune.

96. È mia opinione che sia proprio questo il caso. La Commissione ha certo ragione nel ricordare che la relazione Schlosser presenta la terza ipotesi dell'art. 17 «solo» come una «attenuazione delle disposizioni in materia di forma» e solleva la questione «se altri problemi relativi all'accordo di volontà, diversi da quello concernente la forma, debbano essere giudicati secondo il diritto nazionale applicabile o secondo principi comunitari uniformi» [84]. Certo, lo scopo della riforma del 1978 non verrebbe raggiunto se si trattasse di una mera disposizione sulla forma. E infatti la Corte, nella sentenza Segoura, ha negato proprio in ragione di ciò l'efficacia della clausola attributiva di competenza, poiché mancava l'effettivo consenso delle parti, richiesto dall'art. 17 [85]: il silenzio tenuto nei confronti della conferma scritta «non vale accettazione» [86]. Se la nuova formulazione si riferisse solo alla forma, allora, *conformemente a tale giurisprudenza*, occorrerebbe così come prima dimostrare il requisito di un effettivo consenso, e non sarebbe realizzata nessuna attenuazione per le esigenze del commercio internazionale. Occorre dire, in linea generale, che, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, nell'ambito della quale si inserisce la sentenza Segoura, i requisiti di forma dell'art. 17 non perseguono alcuno scopo fine a se stesso [87], bensì hanno lo scopo di «garantire che il consenso delle parti sia effettivamente provato» [88].

97. Ancora di recente la Corte ha riconfermato tale principio nella causa Powell Duffryn [89], il cui oggetto era una clausola attributiva di competenza contenuta in uno statuto sociale. Dopo aver affermato che gli *statuti sociali* negli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati contraenti hanno bisogno della forma scritta e che detti statuti costituiscono la normativa fondamentale che regola i rapporti tra l'azionista e la società, essa ha al riguardo sottolineato che

«*indipendentemente dalle modalità di acquisizione delle azioni*, ogni persona, acquisendo la qualità di azionista di una società, *sa o deve sapere* di essere vincolata dallo statuto di tale società (...)» [90].

98. In considerazione del caso di specie occorre inoltre aggiungere che, nell'ambito qui in considerazione, è estremamente difficile, semmai sia possibile, concepire usi commerciali che riguardino requisiti *puramente*

84 — Loc. cit. (nota 76), pag. 125 (n. 179).

85 — V. sentenza Segoura, punto 6.

86 — Seconda parte del dispositivo.

87 — V. supra, nota 82 e testo ivi citato.

88 — Sentenze 14 dicembre 1976, causa 24/76, Estatis Salotti/RÜWA (Racc. pag. 1831, punto 7), e Segoura, già citata, punto 6; 6 maggio 1980, causa 784/79, Porta-Leasing/Prestige International (Racc. pag. 1517, punto 5); 14 luglio 1983, causa 201/82, Gerling/Amministrazione del tesoro dello Stato (Racc. pag. 2503, punto 13); 19 giugno 1984, causa 71/83, Tilly Russ/Nova (Racc. pag. 2417, punto 14); 11 luglio 1985, causa 221/84, Berghoefer/ASA (Racc. pag. 2699, punto 13); 11 novembre 1986, causa 313/85, Iveco Fiat/Van Hool (Racc. pag. 3337, punto 5).

89 — Sentenza 10 marzo 1992, causa 214/89, Powell Duffryn (Racc. pag. 1745).

90 — Punto 27; il corsivo è mio.

formali. Tali requisiti appartengono infatti al *diritto processuale*, le cui norme imperative possono essere strutturate dagli Stati membri in modo diverso e possono essere modificate dagli stessi in ogni momento [91]. Di contro, come dimostra la relazione Schlosser, in relazione alle modalità dell'*accordo di volontà* avente ad oggetto un giudice competente, possono benissimo esistere usi commerciali, poiché tale problematica va ascritta al diritto *sostanziale*. Tali usi, come per esempio quelli concernenti il silenzio tenuto in relazione ad una lettera commerciale di conferma, possono contenere, intrecciati fra loro, elementi riguardanti sia la forma, sia l'accordo sostanziale di volontà. In altre parole, essi possono riguardare una *forma* determinata, intesa come *modalità* dell'accordo di volontà. Ne consegue che la terza ipotesi dell'art. 17 concerne una situazione nell'ambito della quale la conformità del comportamento delle parti agli usi commerciali unita a determinati requisiti soggettivi garantisce quel che, al di là del suo ambito di applicazione, solo la forma scritta e la cosiddetta «forma semiscritta» possono garantire: e cioè che non passi inosservata l'introduzione in un contratto di clausole attributive di competenza [92].

99. *b)* Non è un caso che il Bundesgerichtshof, ai fini dell'interpretazione dell'art. 17, fornisca indicazioni sul comportamento delle parti nonché sul contesto giuridico esistente nel Regno Unito. La rilevanza di tali circostanze dipende dal modo in cui si intende la nozione di «usi commerciali», soprattutto nel caso di un silenzio tenuto a fronte di una lettera commerciale di conferma. Ciò è controverso in dottrina, dove sono riscontrabili in sostanza *tre visioni diverse*:

— Uso commerciale, in relazione a una determinata modalità dell'accordo di volontà, significa una prassi reale, seguita in generale e continuativamente dall'ambito interessato in relazione a negozi i quali corrispondano per circostanze materiali e geografiche al negozio controverso; prassi che consente di concludere che il comportamento rilevante racchiude in sé un accordo (più esattamente, il consenso delle parti interessate). L'art. 17 conferisce efficacia giuridica a tale uso [93]. Secondo tale punto di vista va *dimostrata* l'esistenza di un uso commerciale specifico di tale ambito [94].

— L'art. 17 riconosce che il silenzio tenuto in merito ad una lettera commerciale di conferma, nell'ambito del commercio internazionale, costituisce, in forza di un uso commerciale, la prova di un accordo in merito alla clausola attributiva di competenza inserita in detta lettera (ad ogni modo, quando tale uso sia conosciuto dalle parti o debba essere considerato come conosciuto). Un uso del genere non ha bisogno di nessuna prova specifica [95].

91 — Così, esattamente, Kohler: «*Diritto del Commercio Internazionale*», 1990, pag. 611, in particolare pag. 622.

92 — V. supra, nota 82 e testo ivi citato.

93 — V., in particolare, con un'approfondita motivazione, Stöve: «*Gerichtstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch, Art. 17 EuGVÜ und § 38 ZPO*», Heidelberg 1993, pagg. 20-23, 56 e seguenti; nello stesso senso: Geimer/Schütze: loc. cit. (v. nota 13), pag. 478; Schütze: «*Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht*», Berlino 1985, pag. 56; Gothot-Holleaux (v. nota 61), punto 175; nonché Kaye: «*Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*», Abingdon 1987, pag. 1062 e seguenti.

94 — Huet: *Journal du droit international*, 1990, pag. 153, in particolare pag. 159.

95 — Così in particolare Schmidt: «*Recht der Internationalen Wirtschaft*», 1992, pag. 173, in particolare pag. 177.

— In relazione a una determinata modalità dell'accordo si è in presenza di un uso commerciale quando un ordinamento giuridico (o più ordinamenti giuridici) da individuare riconosca che il comportamento delle parti costituisca, in forza di un uso commerciale, un accordo (o, più esattamente, un consenso). Il criterio in base al quale va individuato tale ordinamento giuridico (o vanno individuati tali ordinamenti giuridici) dev'essere stabilito mediante interpretazione dell'art. 17 [96].

100. Suggerirei alla Corte di aderire alla *prima* posizione illustrata, in base ai seguenti motivi.

101. La conclusione che deriva dalla seconda opinione illustrata, e cioè che la Convenzione stessa riconosca l'esistenza di un uso commerciale in presenza della prassi della lettera commerciale di conferma, è certamente infondata. Dalla relazione Schlosser si deduce indubbiamente che la causa Segoura, la quale concerneva tale prassi, ha *motivato* la riforma dell'art. 17. Non è però possibile determinare quale debba essere l'esatto contenuto dell'uso commerciale che si suppone così riconosciuto. Al riguardo basti rilevare che negli Stati aderenti alla Convenzione esistono opinioni diverse in merito alla rilevanza giuridica della suddetta prassi [97] e che non possono neanche escludersi differenze per ciascun ramo commerciale.

102. La terza posizione prima richiamata, la quale attribuirebbe all'art. 17 il carattere di una norma di conflitto o, più esattamente, di un rinvio al diritto nazionale dei conflitti di leggi, si ricollega proprio a tale riflessione. In merito a tale posizione occorre ammettere che può essere difficile determinare concretamente certi usi commerciali nell'ambito degli scambi internazionali (fuorché in quegli ambiti che per loro natura sono strutturati in chiave internazionale). Una tale circostanza tuttavia non può costituire argomento a sostegno di un'interpretazione dell'art. 17 nel senso proposto da tale posizione.

103. In primo luogo si ricava dalla struttura della disposizione qui in esame, segnatamente nelle sue versioni inglese e francese, che gli usi commerciali specifici del ramo devono far riferimento al «commercio internazionale». Nella versione tedesca si parla, anche se in modo tale da potere ingenerare confusione, di «internationalen Handelsbräuchen» (usi nell'ambito del commercio internazionale). Qualora per il diritto dei conflitti di leggi s'introducessero nell'art. 17 usi locali i quali non siano ancora riusciti ad imporsi in modo dimostrabile nell'ambito degli scambi internazionali interessato, allora ciò potrebbe agevolare l'inserimento di clausole attributive di competenza ben oltre quanto auspicato con la riforma. Al

96 — Jung: *«Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWG-Gerichtstands- und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs.2 ZPO»*, Bochum, 1980, pag. 172 e seguenti; Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher: *«AGB-Gesetz, Kommentar»*, 2ª edizione, Monaco di Baviera, 1989, appendice al § 2, punti 90 e 92; Rauscher: *Zeitschrift für Zivilprozeß 104* (1991), pag. 272, in particolare pag. 292 e seguenti; idem: *«Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts»*, 1992, pag. 143, in particolare pag. 145; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen: *«AGB-Gesetz, Kommentar»*, 5ª edizione, Colonia, 1987, appendice al § 2, punto 33; nonché Hausmann in Reithmann/Martiny: *«Internationales Vertragsrecht»*, 4ª edizione, Colonia, 1988, punto 1203.

97 — V. l'esposizione particolareggiata in Stöve (v. nota 93), pag. 129 e seguenti.

riguardo occorre anche far riferimento alle versioni di Lugano e di San Sebastián [98], le quali, oltre ai requisiti di cui alla versione del 1978, impongono che l'uso commerciale di cui trattasi sia «ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato». La relazione Jenard/Möller [99], riguardante la convenzione di Lugano, a proposito di tale nuova versione dice che «visti in particolare i termini "internationale Handelsbräuche" e "usages", impiegati nelle versioni tedesca e francese dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles, sembra non sussistano grandi differenze di fondo tra le disposizioni in questione delle due convenzioni». Ritengo che tale commento sarebbe difficilmente compatibile con la nuova versione qualora l'art. 17 nella versione del 1978 avesse il carattere di una mera norma sui conflitti o di un rinvio al diritto nazionale sui conflitti di leggi.

104. In secondo luogo, come già detto, la Corte ha ritenuto i requisiti di forma delle prime due ipotesi come garanzie di un effettivo accordo di volontà e in tal modo ha posto precisi *autonomi requisiti per lo stesso accordo di volontà*. Essa ha evitato al riguardo di ricondurre nell'ambito di tale disposizione problemi di diritto dei conflitti complicati e quanto mai dibattuti [100]. Del resto, si è lamentato sin dall'inizio il fatto che, a causa di determinate questioni preliminari all'accordo di volontà (segnatamente, capacità negoziale e rappresentanza), l'art. 17 non sia stato corredato di un'espressa norma sui conflitti di leggi [101]. L'interpretazione della terza ipotesi di cui all'art. 17 dovrebbe secondo me rimanere sulla stessa linea e quindi risultare autonoma in misura identica a quella delle altre ipotesi [102].

105. *c)* L'applicazione della soluzione qui suggerita al caso di specie induce alle seguenti riflessioni.

106. *aa)* Si può affermare innanzi tutto che il contesto giuridico illustrato dal Bundesgerichtshof per quanto concerne il Regno Unito è di per sé tanto poco decisivo quanto quello vigente in Germania: l'art. 17 non è una norma in materia di conflitti di leggi. Tornerò fra breve sull'importanza — limitata — che possono avere le norme nazionali per quanto riguarda la prova dell'uso commerciale ed i requisiti soggettivi di cui all'art. 17.

107. *bb)* Ai fini di una risposta utile a risolvere la questione del Bundesgerichtshof vorrei poi illustrare ancora meglio l'importanza del criterio qui proposto sotto due punti di vista. Il primo riguarda la diffusione dell'uso commerciale richiesta dalla natura del nego-

98 — V. nota 83.

99 — GU 1990, C 189, pag. 57, in particolare pag. 77 (n. 58, in fine).

100 — V. Roth: *Zeitschrift für Zivilprozeß 93*, 1980, pag. 156 e seguenti.

101 — V. Droz (v. nota 61), pag. 134 (n. 215).

102 — V. in tal senso anche O'Malley/Layton: *«European civil practice»*, Londra 1989, nn. 21.37 e 21.70.

zio controverso. Nell'applicare tale criterio, per tutelare la finalità dell'art. 17 possono essere tenuti in considerazione solo quegli usi in materia di scambi commerciali i quali riguardino da un punto di vista geografico e sostanziale negozi del medesimo tipo [103]. Se la tutela contro l'inserimento inosservato di clausole attributive di competenza, cui mira tale disposizione, non fosse l'obiettivo da perseguire in un caso come quello di specie ci si potrebbe allora fondare su usi vigenti nel settore automobilistico o nell'ambito del commercio franco-tedesco.

108. Il secondo punto di vista concerne l'autorità che l'uso commerciale deve avere acquisito nel settore interessato. Ai fini dell'art. 17 deve risultare che l'uso sia osservato regolarmente nel settore interessato dagli scambi commerciali di cui trattasi. Solo a tale condizione — la quale, ad imitazione dell'art. 9, secondo comma, della Convenzione di Vienna sul diritto degli acquisti [104], è stata introdotta anche nelle versioni di Lugano e di San Sebastián — l'uso dà prova di quell'efficacia oggettiva che consente di riconoscergli un rilievo anche giuridico in forza dell'art. 17. Per quanto riguarda la prassi della lettera commerciale di conferma, in quanto essa abbia come scopo l'inserimento successivo di condizioni negoziali generali nel contratto, i requisiti di cui alla terza ipotesi sono soddisfatti solo quando gli operatori del settore commerciale interessato rispettino come obbligatorie le condizioni in tal modo inserite.

109. Vorrei sottolineare in questa sede, di sfuggita, che secondo il mio parere condizioni di tal genere non sono per nulla soddisfatte in un qualunque negozio commerciale che rientri nell'ambito di applicazione della Convenzione. In ambiti che siano caratterizzati dalla ripetizione frequente di operazioni identiche entro una cerchia sostanzialmente chiusa di operatori economici, usi del genere trovano un terreno più favorevole che altrove.

110. *cc)* Come che sia, è compito del giudice del merito effettuare gli accertamenti necessari sulle circostanze che occorra prendere in considerazione in base al criterio così sviluppato — con l'assistenza della Camera di commercio internazionale o di una camera di commercio bilaterale [105].

111. In sede di valutazione delle circostanze favorevoli e contrarie all'esistenza di un uso commerciale possono essere tenuti in consi-

103 — In senso apparentemente divergente Kropholler: «*Europäisches Zivilprozeßrecht*», 4ª edizione, Heidelberg, 1993, punto 42, riguardante l'art. 17 della Convenzione: nel commercio internazionale è sufficiente l'esistenza di un uso commerciale, senza che debba essere accertato in modo preciso in quali Stati esso viga. In senso analogo Kropholler/Pfeifer: «*Festschrift für Heinrich Nagel*», Münster, 1988, pag. 157, in particolare pag. 163.

104 — Convenzione di Vienna delle Nazioni Unite dell'11 aprile 1980 sui contratti di compravendita internazionale di merci.

105 — In tutti i casi occorre richiamare l'attenzione sul fatto che la questione del Bundesgerichtshof non solleva problemi né in merito al carattere abituale dell'inserimento di una clausola attributiva di competenza nelle condizioni generali di contratto allegate ad una lettera di conferma né al carattere abituale del contenuto della suddetta clausola. Ciò può dipendere dal tipo del negozio controverso e forse anche dal fatto che il giudice del merito non ha ancora compiuto gli accertamenti necessari. Al riguardo occorrerà forse puntualizzare il criterio qui suggerito in occasione di un successivo procedimento.

derazione — con tutte le precauzioni del caso — nella singola fattispecie anche gli ordinamenti giuridici nazionali interessati. La *creazione* e la *sopravvivenza* di usi nel commercio internazionale dipendono infatti, oltre che da altri fattori, dal modo in cui detti usi sono riconosciuti giuridicamente rilevanti dai giudici degli Stati membri. Così, nei rapporti commerciali tra due Stati i cui giudici non attribuiscano nessuna importanza alla prassi della lettera commerciale di conferma in merito ad un eventuale accordo, non potrà nascere nessun uso che sia contrario a tale valutazione, e viceversa qualora i giudici di questi due Stati siano disposti ad ammettere tale rilievo giuridico. Nell'attuale fase del procedimento queste indicazioni — sviluppate necessariamente in linea generale — possono considerarsi sufficienti.

112. *dd)* Tutto ciò mi conduce all'ultimo problema da affrontare nel presente contesto. Come abbiamo visto, secondo la versione del 1968 della Convenzione l'inserimento di una clausola attributiva di competenza poteva avvenire solo nelle forme di cui alla prima e alla seconda ipotesi di cui all'art. 17. Pertanto, nell'ambito di applicazione di tale disposizione, usi divergenti riguardanti l'inserzione di clausole contrattuali non potevano estendersi a clausole attributive di competenza, anche qualora usi del genere potessero ritenersi esistenti alla luce delle altre norme disciplinanti le ipotesi di inserzione. La precedente versione dell'art. 17 ostava in modo radicale a un tale esito [106]. Per questa ragione, in sede di valutazione degli usi commerciali, gli effetti della precedente versione dell'art. 17 sull'inserzione di clausole attributive di competenza devono esser messi fra parentesi. Se si vuole riconoscere un'efficacia pratica alla riforma del 1978, devono allora considerarsi determinanti gli usi riguardanti le restanti clausole contrattuali. In altri termini, la terza ipotesi di cui all'art. 17 va interpretata nel senso che essa deve conferire agli usi generali riguardanti l'ambito delle clausole attributive di competenza quell'efficacia giuridica che ad essi era negata dalla precedente versione dell'articolo.

106 — V. anche supra, paragrafo 98 e nota 91.

113. *3)* Passiamo ai requisiti soggettivi della disposizione controversa, con la quale s'impone «*che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere*» gli usi commerciali rilevanti.

114. Detti requisiti devono impedire che, quali che siano gli usi all'interno di un certo settore commerciale, clausole attributive di competenza non possano valere nei confronti di persone le quali non conoscevano e non erano neanche tenute a conoscere tali usi e pertanto le modalità da essi disciplinate d'inserzione delle suddette clausole nel contratto.

115. Se, per quel che concerne il criterio degli «usi commerciali», si resta sostanzialmente nell'ambito di un criterio fattuale, allora lo stesso deve valere anche per i suddetti requisiti soggettivi. Possono quindi

essere tenute in considerazione tutte le pertinenti circostanze.

116. In relazione al caso di specie sappiamo dall'ordinanza di rinvio che l'uso commerciale del quale si chiede l'applicazione, secondo il quale il silenzio mantenuto sulla lettera di conferma del tipo descritto dal Bundesgerichtshof va inteso come accettazione della clausola attributiva di competenza, non era noto all'acquirente. Tale circostanza va considerata comunque rilevante — a prescindere dal problema delle clausole attributive di competenza [107] — se la parte interessata non aveva conoscenza, neanche in linea generale, dell'asserito uso commerciale.

117. Per risolvere la questione se la parte *avrebbe dovuto conoscere* un uso del genere, possono essere tenute in considerazione due circostanze indicate dal Bundesgerichtshof: che presso la sede dell'acquirente non esiste l'uso commerciale richiamato e che si tratta del primo rapporto commerciale tra le parti. Per quanto riguarda il primo punto, dalla dottrina citata dal Bundesgerichtshof si deduce che nel Regno Unito il silenzio tenuto sulla lettera commerciale di conferma, alla quale siano allegate per la prima volta condizioni generali di contratto, non è considerato in linea assolutamente generale — e pertanto non solo per quanto riguarda specificamente l'ambito delle clausole attributive di competenza — come una forma di accettazione del contenuto di dette condizioni [108]. In un'ipotesi del genere l'uso richiamato non può essere considerato noto all'acquirente, salvoché non si sostenga e, nel caso, si provi l'esistenza di altre circostanze (per esempio contatti commerciali con altri operatori economici del settore), che rafforzino l'ipotesi opposta. Detto esame incombe anch'esso al giudice del merito.

118. *III* — Alla luce delle suesposte considerazioni occorre risolvere la seconda questione, lett. a), nel seguente modo:

«Nelle circostanze indicate dal Bundesgerichtshof una clausola attributiva di competenza può ritenersi efficace, ai sensi dell'art. 17, primo comma, seconda frase, terza ipotesi, solo qualora esista un uso seguito generalmente e continuativamente e regolarmente osservato dal settore interessato nell'ambito di operazioni commerciali, corrispondenti dal punto di vista sostanziale e geografico al negozio controverso; uso il quale consenta di concludere che il comportamento delle parti costituisce prova dell'esistenza di un consenso sul contenuto della

107 — V. supra, paragrafo 112.

108 — V., per esempio, Ebenroth: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 77 (1978), pag. 161, in particolare pag. 164 e seguenti.

lettera di conferma e delle condizioni generali di contratto ad essa allegate.

Qualora, nel caso in cui una parte non conosca un uso del genere — ammesso che esista — si passi alla questione se tale parte avrebbe dovuto conoscere il suddetto uso, allora occorre rispondere negativamente alla questione quando presso la sede della suddetta parte non si riscontri l'esistenza di un uso del genere e si tratti del primo contatto d'affari con un'altra parte, la quale operi nel rispetto di detto uso. La soluzione cambia qualora si sostenga ed eventualmente si provi l'esistenza di altre circostanze, le quali siano in grado di dimostrare in modo sufficiente che la parte interessata avrebbe dovuto conoscere l'uso commerciale».

— *Sulla seconda questione, lett. b)*

119. Il Bundesgerichtshof ha sollevato questa parte della questione per il caso in cui possa ritenersi efficace una clausola attributiva di competenza nelle condizioni richiamate nella lett. a) della medesima questione. Qualora, in considerazione dei requisiti soggettivi di cui alla disposizione controversa, dovessero mancare circostanze ulteriori rispetto a quelle elencate nell'ordinanza di rinvio, allora occorrerebbe risolvere in senso negativo la parte a) della questione e non procedere più all'esame della sua parte b). Considererei legittimo il fatto che la Corte, qualora dovesse aderire al mio punto di vista, si limiti a dare una soluzione alla parte a).

120. Comunque sia, la disciplina del «rischio linguistico» [109], sulla quale s'incentra la parte della questione ora in esame, non mi sembra particolarmente complessa.

121. Al riguardo occorre fare innanzi tutto richiamo alla sentenza Elefanten Schuh [110], secondo la quale non devono esser prese in considerazione, nel campo di applicazione dell'art. 17, disposizioni nazionali le quali prescrivano l'uso di una determinata lingua nell'ambito dei rapporti di diritto privato. Lo stesso deve valere anche per la disciplina del «rischio linguistico» sviluppata dalla giurisprudenza di uno Stato membro, dato che tale disciplina, così come le suddette disposizioni, influenza le modalità prescritte per la conclusione dell'accordo (requisiti formali e sostanziali) [111].

109 — V. ordinanza di rinvio, pag. 20, n. 3.

110 — Sentenza 24 giugno 1981, causa 150/80, Elefanten Schuh/Jacqmain (Racc. pag. 1671).

111 — Kohler: «*Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*», 1991, pag. 299, in particolare pag. 300 (v. nota 7).

122. Su queste basi, il Bundesgerichtshof pone la questione in merito alla valida conclusione della clausola attributiva di competenza e ci fornisce i seguenti elementi di fatto:

— le condizioni generali di contratto allegate alla lettera di conferma sono formulate in una lingua diversa da quella del contratto e delle trattative;

— l'acquirente non conosce detta lingua;

— la lettera di conferma, formulata nella lingua delle trattative e del contratto, fa riferimento globalmente alle condizioni generali di contratto, ma non specificamente alla clausola attributiva di competenza.

123. Sappiamo peraltro che si tratta del primo contatto d'affari fra le parti.

124. In tali circostanze — segnatamente in mancanza di uno specifico riferimento alla clausola attributiva di competenza nella lingua del contratto e delle trattative — non si può sostenere in linea generale che la parte interessata abbia potuto conoscere in modo adeguato la clausola attributiva di competenza. Pertanto mancherebbe già un presupposto fondamentale per un effettivo accordo. In tal caso, un accordo attributivo di competenza potrebbe ritenersi sussistente in applicazione della terza ipotesi di cui all'art. 17 solo se lo stesso uso commerciale vigente consentisse uno scostamento dalla lingua del contratto e delle trattative. La soluzione da dare alla questione di cui al n. 2, lett. b), dovrebbe essere formulata in tal senso.

Sulla terza questione pregiudiziale

125. Per ragioni di completezza si può esaminare brevemente anche il problema sollevato con tale questione, se nel caso di una clausola attributiva di competenza validamente conclusa ai sensi dell'art. 17 si debba «esaminare ulteriormente in base al diritto sostanziale nazionale, che si applica in base alle norme di conflitto del giudice adito della controversia, se la clausola attributiva di competenza sia stata validamente inserita nel contratto».

126. Nel contesto in cui è posta, detta questione va risolta in senso negativo. Nel suo ambito di applicazione l'art. 17 deve creare un diritto autonomo e pertanto uniforme [112]. A garanzia di una normativa munita di tali caratteri, esso definisce in modo tassativo i requisiti necessari per quel che riguarda l'accordo sostanziale di volontà e le forme. Pertanto, disposizioni nazionali aventi la medesima funzione non possono parallelamente reclamare spazio alcuno. La terza questione va risolta in tal senso.

C — Conclusione

127. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo di rispondere al Bundesgerichtshof nel modo seguente.

Sulla prima questione, lett. a) e b):

«1) Qualora un acquirente venga citato in giudizio per il pagamento del corrispettivo derivante da un contratto di opera, il quale sia soggetto alla legge uniforme, e a questo pagamento sia applicabile, in base al diritto sostanziale, l'art. 59, primo comma, prima frase, della legge uniforme, costituisce luogo di adempimento ai sensi dell'art. 5, punto 1), della Convenzione di Bruxelles, il luogo, concordato nel contratto, di destinazione della fornitura, a prescindere da quale delle parti debba sopportare il rischio della spedizione delle merci al suddetto luogo».

Sulle questioni successive, in quanto sia necessario dare ad esse soluzione:

«2) a) Nelle circostanze indicate dal Bundesgerichtshof una clausola attributiva di competenza può ritenersi efficace, ai sensi dell'art. 17, primo comma, seconda frase, terza ipotesi, solo qualora esista un uso seguito generalmente e continuativamente e regolarmente osservato dal settore interessato nel-

112 — V. sentenze Estatis Salotti (v. nota 88) e Segoura (v. nota 77). V. anche supra, paragrafo 104.

l'ambito di operazioni commerciali, corrispondenti dal punto di vista sostanziale e geografico al negozio controverso; uso il quale consenta di concludere che il comportamento delle parti costituisce prova dell'esistenza di un consenso sul contenuto della lettera di conferma e delle condizioni generali di contratto ad essa allegate.

Qualora, nel caso in cui una parte non conosca un uso del genere — ammesso che esista —, si passi, per la decisione della controversia, alla questione se tale parte avrebbe dovuto conoscere il suddetto uso, allora occorre rispondere negativamente alla questione quando presso la sede di detta parte non si riscontri l'esistenza di un uso del genere e si tratti del primo contatto d'affari con un'altra parte, la quale operi nel rispetto di detto uso. La soluzione cambia qualora si sostenga ed eventualmente si provi l'esistenza di altre circostanze, le quali siano in grado di dimostrare in modo sufficiente che la parte interessata avrebbe dovuto conoscere l'uso commerciale.

b) Una clausola attributiva di competenza non può, ai sensi della suddetta disposizione, venire validamente conclusa mediante il silenzio tenuto sulla lettera commerciale di conferma se le condizioni generali di contratto, allegate alla lettera di conferma e contenenti la clausola attributiva di competenza, siano formulate in una lingua diversa da quella delle trattative e del contratto, il destinatario della lettera non conosca tale lingua, non risulti nessuno specifico riferimento alla clausola nella lingua delle trattative e del contratto e si tratti del primo contatto d'affari tra le parti. La soluzione sarebbe diversa solo se lo stesso uso commerciale vigente consentisse uno scostamento dalla lingua del contratto e delle trattative.

3) Parallelamente all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles non possono trovare applicazione disposizioni nazionali le quali disciplinino, sotto l'aspetto del reale accordo di volontà e della forma di quest'ultimo, la valida inserzione nel contratto di clausole, in particolare di quelle contenute in condizioni generali di contratto. Pertanto una disciplina di diritto nazionale sostanziale di tal tipo, la quale sia applicabile in forza delle norme in materia di conflitti di leggi del giudice investito della controversia, non può essere presa in considerazione per valutare se una clausola attributiva di competenza la quale soddisfi ai requisiti posti dall'art. 17 sia stata inserita validamente nel contratto».