

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GIUSEPPE TESAURO

presentate il 26 settembre 1996 *

1. I quesiti pregiudiziali sottoposti alla Corte dal Bundesgerichtshof vertono sull'interpretazione degli artt. 5, punto 1), e 17 della Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (nel prosieguo: la «Convenzione»), nella versione modificata dalla convenzione di adesione del 1978.

Più precisamente, il giudice nazionale intende stabilire se un accordo «astratto» sul luogo dell'adempimento — vale a dire un accordo concluso non già per fissare il luogo in cui il debitore deve fornire effettivamente la prestazione, ma solo ed esclusivamente per designare il foro competente — sia valido ai sensi dell'art. 5, punto 1), della Convenzione; se dunque il tribunale del luogo di esecuzione così individuato sia competente a statuire sui litigi concernenti l'obbligazione di cui si tratta. In caso di risposta negativa, viene poi chiesto alla Corte se nella specie l'accordo «astratto» soddisfi le condizioni di cui all'art. 17 della Convenzione, se cioè risulti validamente conclusa una clausola attributiva di giurisdizione.

2. Richiamo anzitutto i fatti all'origine del presente procedimento. Con contratto di noleggio a termine concluso verbalmente, la compagnia di navigazione fluviale Mainschiffahrts-Genossenschaft e. G. (nel prosieguo: la «MSG»), con sede in Germania (Würzburg), metteva a disposizione dell'impresa Les Gravières Rhénanes SARL (nel prosieguo: la «resistente»), con sede in Francia, un battello adibito alla navigazione fluviale. Il battello veniva usato sul Reno, fra il 1° giugno 1989 e il 10 febbraio 1991, per trasportare ghiaia dal luogo di carico a quello di scarico, entrambi situati in Francia¹. Durante le operazioni di scarico lo stesso battello veniva danneggiato dai congegni di scarico usati dalla resistente sotto la propria responsabilità. I danni, riparati dopo la scadenza del contratto, venivano stimati in misura diversa dai rispettivi periti nominati dalle parti.

Oggetto della controversia principale è l'importo di 197 284 DM, importo che costituisce precisamente la differenza tra quanto versato dall'assicuratore della resistente e quanto preteso dalla MSG. Quest'ultima, al

1 — Al riguardo, va qui precisato che dall'ordinanza di rinvio risulta che i luoghi di scarico erano situati esclusivamente in Francia e che, con qualche eccezione trascurabile, anche i luoghi di carico erano in Francia. Quest'ultima affermazione è stata tuttavia contestata dalla MSG nel corso della procedura orale. In tale occasione la MSG ha infatti sostenuto che i luoghi di carico erano situati prevalentemente in Germania.

* Lingua originale: l'italiano.

fine di ottenere tale somma, ha infatti proposto dinanzi allo *Schiffahrtsgericht* di Würzburg, giudice competente in materia di navigazione interna, un'azione di risarcimento dei danni per inadempimento del contratto di noleggio.

3. La MSG desume la giurisdizione dei giudici tedeschi dalla circostanza che la resistente non ha sollevato obiezioni né contro la lettera commerciale di conferma contenente una menzione prestampata in cui Würzburg, sede commerciale della stessa MSG, veniva indicata come luogo dell'adempimento e foro competente, né contro le fatture, contenenti analoga menzione, da essa emesse e pagate dalla resistente senza contestazione alcuna.

Con sentenza interlocutoria, lo *Schiffahrtsgericht* ha dichiarato ricevibile la domanda. Adito in appello, l'*Oberlandesgericht* di Norimberga, accogliendo la tesi della resistente secondo cui essa potrebbe essere citata solo dinanzi ai giudici francesi, ha invece dichiarato irricevibile la domanda per difetto di giurisdizione.

4. Ed è appunto contro tale sentenza che la ricorrente, la quale chiede la conferma della sentenza di primo grado, ha proposto ricorso

in cassazione dinanzi al *Bundesgerichtshof*. Quest'ultimo, nell'ordinanza di rinvio, ha in particolare evidenziato che «gli obblighi scaturenti dal contratto di noleggio dovevano essere adempiuti in Francia: ivi si trovava il baricentro della prestazione caratteristica del contratto, ivi non solo la resistente, parte contrattuale che decideva sull'impiego della nave, aveva la sua sede, ma inoltre erano quasi sempre situati il luogo di carico e sempre quello di scarico, cosicché non era necessario un patto non conforme all'art. 5 della Convenzione per garantire l'interesse del tutto legittimo della ricorrente a che vi fosse un unico luogo di esecuzione».

Rilevato che tutte le obbligazioni contrattuali, sia principali che accessorie, non potevano che essere eseguite in Francia, il giudice di rinvio è pertanto giunto alla conclusione che la determinazione del luogo di esecuzione è fittizia e che la «menzione di Würzburg come luogo di esecuzione, figurante nelle sue condizioni commerciali generali, significava soltanto che essa (la ricorrente) voleva che le eventuali controversie potessero essere sottoposte al giudice del luogo in cui aveva la propria sede principale». Si tratterebbe dunque di una scelta effettuata al solo scopo di ottenere la competenza del foro dell'attore evitando di rispettare le condizioni di forma imposte dall'art. 17 della Convenzione. Ciò nondimeno, come sottolineato dallo stesso giudice, «in base al diritto tedesco è stato concluso un valido accordo sul luogo di esecuzione».

5. Tenuto conto di tali circostanze, il Bundesgerichtshof ha ritenuto necessario, al fine di risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente, sottoporre alla Corte i seguenti quesiti:

«1) Se un accordo verbale sul luogo di esecuzione (art. 5 della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) debba considerarsi valido anche qualora non miri a stabilire il luogo in cui il debitore deve eseguire la prestazione a lui incombente, ma abbia l'unico scopo di fissare, senza formalità, un determinato foro competente (cosiddetto accordo 'astratto' sul luogo di esecuzione).

2) In caso di soluzione negativa della prima questione:

a) Se una clausola attributiva di competenza nel commercio internazionale ai sensi dell'art. 17, n. 1, seconda frase, terza ipotesi, della Convenzione, nella versione del 1978, possa essere stipulata anche attraverso il silenzio di una parte di fronte ad una lettera commerciale di conferma contenente, prestampata, la menzione che è esclusivamente competente il foro del mittente, o se sia comunque necessario un previo

accordo di volontà circa il contenuto della lettera di conferma.

b) Se per una clausola attributiva di competenza ai sensi della disposizione suddetta sia sufficiente che le fatture inviate da una parte menzionino ogni volta la competenza esclusiva del foro del mittente e facciano riferimento alle condizioni della polizza di carico da detta parte usate, che fissano anch'esse lo stesso luogo come foro competente, e che l'altra parte paghi ogni volta le fatture senza contestazioni, o se sia necessario anche in questo caso un previo accordo di volontà».

6. Si tratta dunque anzitutto di stabilire se un accordo astratto sul luogo di esecuzione — che semplicemente dissimuli una deroga di competenza, di per sé soggetta a requisiti formali — sia da ritenersi valido ai sensi dell'art. 5, punto 1). E, in caso di risposta negativa, se nella specie l'accordo sul luogo di esecuzione possa essere considerato una clausola attributiva di giurisdizione validamente conclusa ai sensi dell'art. 17.

La Commissione ha invero proposto di invertire l'ordine dei quesiti pregiudiziali, adducendo che la verifica dell'esistenza di una valida proroga di giurisdizione ai sensi

dell'art. 17 non può, già logicamente, che precedere la verifica dell'esistenza di un valido accordo sul luogo di esecuzione ai sensi dell'art. 5, punto 1). E ciò precisamente perché l'art. 17 prevede una competenza esclusiva, che dunque prevale su ogni altra competenza, anche speciale, ai sensi dell'art. 5, punto 1). D'altra parte, sempre secondo la Commissione, l'eventuale esistenza di una clausola attributiva di giurisdizione validamente conclusa eviterebbe alla Corte di dover rispondere ad un quesito, quale quello sulla validità di una convenzione astratta sul luogo di esecuzione, indubbiamente più complesso e spinoso (sic!).

A ciò si aggiunga che il problema delle clausole astratte sul luogo di esecuzione è un problema niente affatto da sottovalutare e che, come si vedrà, è affrontato e risolto in modo diverso dalle diverse giurisdizioni nazionali. In tali condizioni, una risposta chiarificatrice della Corte sul punto appare doverosa. Passo pertanto all'esame dei singoli quesiti nell'ordine in cui sono stati posti.

Sul primo quesito

7. Personalmente ritengo che l'ordine dei quesiti quale proposto dal giudice di rinvio vada rispettato. Al di là del diverso (o presunto tale) grado di difficoltà insito nei due quesiti di cui si tratta, criterio che non mi sembra possa o debba guidare la scelta della Corte, considero infatti tutt'altro che casuale la decisione del Bundesgerichtshof di porre in primo luogo il quesito relativo all'interpretazione dell'art. 5, punto 1). Ed infatti, mentre una risposta affermativa a tale quesito implicherebbe la sicura competenza del giudice tedesco, non è invece da escludersi che la risposta che la Corte è chiamata a fornire in relazione all'art. 17 possa richiedere, al fine di stabilire il foro competente, un ulteriore accertamento dei fatti da parte del giudice nazionale, accertamento precluso al Bundesgerichtshof. Di conseguenza, ove la Corte decidesse di rispondere solo al secondo quesito, potrebbe rendersi necessario, rispetto alla stessa controversia, un secondo rinvio pregiudiziale.

8. L'art. 5, punto 1), della Convenzione, su cui verte il primo quesito del giudice nazionale, dispone che «il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; (...)».

È opportuno poi ricordare che l'art. 5, punto 1), incluso nella Sezione 2 della Convenzione, intitolata «Competenze speciali», contempla una deroga alla norma generale sulla competenza del foro del convenuto di cui all'art. 2 della Convenzione. La deroga del luogo di esecuzione dell'obbligazione, come sottolineato nel rapporto Jenard, si giustifica per il fatto che «esiste una stretta correla-

zione tra la controversia ed il giudice competente a conoscerla»².

9. La stessa logica si rinviene nella giurisprudenza della Corte in materia, che ha infatti sottolineato a più riprese che la libertà di scelta lasciata all'attore in virtù dell'art. 5 «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»³. In altre parole, la competenza del giudice del luogo di esecuzione trova la sua ragion d'essere nell'esistenza di un legame diretto e soprattutto oggettivo tra la controversia e il giudice abilitato a conoscerla. È dunque la vicinanza fisica del giudice al rapporto controverso che, quantomeno nelle intenzioni degli autori della Convenzione, ne giustifica la competenza.

Il criterio di competenza individuato dall'art. 5, punto 1), non è tuttavia, almeno non direttamente, costituito dalla 'prossimità' del giudice alla controversia, bensì dal luogo in cui «l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita»⁴.

10. È poi opportuno ricordare che, conformemente ad una costante giurisprudenza della Corte ed eccezion fatta per i contratti di lavoro⁵, ai fini della determinazione del luogo di esecuzione ai sensi dell'art. 5, punto 1), «l'obbligazione da prendere in considerazione è quella corrispondente al diritto su cui s'impernia l'azione dell'attore»⁶. Il luogo di adempimento di tale obbligazione è determinato attraverso un rinvio al diritto nazionale. La Corte ha infatti precisato che il giudice adito deve anzitutto «determinare, in conformità al proprio diritto internazionale privato, la legge da applicare al rapporto giuridico in esame e successivamente definire, sulla base di tale legge, il luogo d'adempimento dell'obbligazione contrattuale controversa»⁷.

Insomma, l'art. 5, punto 1), va inteso nel senso che la competenza spetta al giudice del luogo nel quale è stata o deve essere eseguita l'obbligazione contrattuale dedotta concretamente in giudizio; il luogo di esecuzione di tale obbligazione si determina in base alla legge sostanziale ad essa applicabile alla stregua delle norme di diritto internazionale privato del giudice adito.

11. Ciò detto, il luogo di esecuzione può essere anche stabilito convenzionalmente tra le parti. È quanto si deduce dalla sentenza

2 — GU 1979, C 59, pag. 1, in particolare pag. 22.

3 — Sentenza 6 ottobre 1976, causa 12/76, Tessili (Racc. pag. 1473, punto 13).

4 — Ma è precisamente tale luogo, come sottolineato dalla stessa Corte, che «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 dell'adempimento dell'obbligazione in materia contrattuale» (sentenza 15 gennaio 1987, causa 266/85, Shenavai, Racc. pag. 239, punto 18).

5 — La giurisprudenza ha infatti stabilito, rispetto a tale tipologia di contratti, che il luogo di adempimento non va determinato secondo la *lex causae* ma autonomamente, in base all'obbligazione che caratterizza il contratto (v., in particolare, sentenza 26 maggio 1982, causa 133/81, Ivenel, Racc. pag. 1981). Come noto, poi, tale giurisprudenza ha trovato espressa consacrazione nel testo dell'art. 5, n. 1, quale modificato dalla convenzione di adesione del 1989.

6 — Sentenza 6 ottobre 1976, causa 14/76, De Bloos (Racc. pag. 1497, punto 13).

7 — Sentenza Tessili (citata alla nota 3), punto 13.

Zelger del 17 gennaio 1980⁸, in cui la Corte si è peraltro occupata proprio del rapporto tra art. 5, punto 1), e art. 17. In tale occasione, la Corte è stata infatti chiamata a decidere se la validità di un accordo tra le parti sul luogo di esecuzione dell'obbligazione debba o no essere subordinata al rispetto delle condizioni di forma prescritte dall'art. 17.

Muovendo dalla premessa che «la competenza del giudice del luogo dell'adempimento (contemplata all'art. 5, 1°) e quella del giudice scelto dalle parti costituiscono due nozioni distinte, e che solamente i patti di proroga della competenza devono possedere i requisiti formali prescritti dall'art. 17 della Convenzione» (punto 4 della sentenza), la Corte è pervenuta alla conclusione che «qualora la legge da applicarsi consenta ai contraenti, alle condizioni che essa determina, di designare il luogo in cui l'obbligazione va adempiuta, senza imporre particolari requisiti formali, l'accordo circa il luogo dell'adempimento è sufficiente a radicare la competenza giurisdizionale ai sensi dell'art. 5, 1°, della Convenzione» (punto 5).

12. Conformemente alla sentenza Zelger, è dunque sufficiente, ai fini della validità di una clausola sul luogo di esecuzione ai sensi dell'art. 5, punto 1), che «il luogo dell'adempimento di un'obbligazione contrattuale sia

stato determinato dalle parti con una clausola valida secondo il diritto nazionale che si applica al contratto» (punto 6).

Orbene, qualora si applicasse una tale soluzione al caso che ci occupa, dovrebbe concludersi nel senso che l'accordo sul luogo di esecuzione — in quanto valido secondo il diritto tedesco applicabile al contratto — è altresì valido ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, punto 1). Peraltro, come rilevato dallo stesso Bundesgerichtshof nell'ordinanza di rinvio, da tale sentenza «non si può desumere con certezza se siano ammissibili anche quegli accordi sul luogo di esecuzione conclusi verbalmente che non fissano il luogo in cui il debitore deve eseguire la prestazione incumbentegli, ma sono diretti esclusivamente a designare un determinato foro competente, senza che debbano essere soddisfatte le condizioni previste dall'art. 17 della Convenzione (cosiddetti accordi astratti sul luogo di esecuzione)».

13. Comincio con l'osservare che la soluzione adottata dalla Corte nella sentenza Zelger, in via di principio condivisibile, ha effettivamente lasciato aperta la questione che ci occupa. Depone in tal senso la stessa circostanza che nella sentenza non vi è alcun accenno al problema delle eventuali elusioni dell'art. 17 attraverso determinazioni fittizie del luogo di esecuzione, nonostante tale problema fosse stato discusso nel corso della procedura ed affrontato dall'avvocato generale nelle conclusioni⁹. In ogni caso, poi, basti qui rilevare che nel caso Zelger, a diffe-

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

9 — V. conclusioni dell'avvocato generale Capotorti (Racc. 1980, pag. 98 ss., in particolare pag. 101 ss.).

renza di quello che ci occupa, non era affatto in discussione una clausola «astratta»: il luogo di esecuzione stabilito dalle parti coincideva infatti con quello determinato in virtù della legge.

A ciò si aggiunga che in tale occasione la Corte, nell'affermare che un accordo tra le parti sul luogo di esecuzione ai sensi dell'art. 5, punto 1), purché conforme al diritto nazionale applicabile, non deve rispettare le condizioni di forma imposte dall'art. 17, non si è limitata ad evidenziare che le norme in discussione hanno una funzione diversa ed operano quindi su piani distinti¹⁰. Essa ha infatti posto l'accento, in particolare, sulla circostanza che mentre la competenza determinata in virtù dell'art. 5 è giustificata dall'«esistenza di un legame diretto tra la controversia ed il giudice chiamato a conoscere di essa» (punto 3), la competenza esclusiva di cui all'art. 17 «prescinde da qualsiasi legame oggettivo tra il rapporto giuridico controverso ed il giudice designato» (punto 4).

14. Orbene, è incontestato che il luogo di esecuzione indicato nella clausola «astratta» oggetto del presente procedimento prescinde dall'esistenza di un legame oggettivo tra il

rapporto giuridico controverso e il giudice designato. Di più, secondo le affermazioni del giudice di rinvio, nella specie *unico* scopo dell'accordo sul luogo di esecuzione sarebbe precisamente quello di designare il giudice competente. Stando così le cose, nessun dubbio che la clausola qui in discussione risponde piuttosto alla *ratio* dell'art. 17 e dovrebbe pertanto rientrare, già da un punto di vista logico, nel suo ambito di applicazione. Di conseguenza, dovrebbe esserne negata la validità ai sensi dell'art. 5.

Una tale soluzione sembrerebbe tuttavia incontrare non pochi ostacoli, tenuto conto, in particolare, che la giurisprudenza della Corte ha sancito in modo inequivocabile: a) che il luogo di esecuzione va determinato attraverso un rinvio al diritto nazionale (sentenza Tessili); b) che il diritto nazionale ben può prevedere che siano le parti a determinare il luogo di esecuzione, nel qual caso non è necessario il rispetto delle condizioni di forma di cui all'art. 17 (sentenza Zelger); infine, c) che il luogo di esecuzione così individuato ben può prescindere da qualsiasi legame oggettivo con la controversia (sentenza Custom Made Commercial¹¹). La conclusione ovvia cui si perviene attraverso una lettura combinata delle tre sentenze in questione è precisamente che eventuali determinazioni fittizie del luogo di esecuzione sono sempre e comunque valide ai sensi dell'art. 5, punto 1). È questa, peraltro, la tesi sostenuta dalla Commissione nel corso della procedura, tesi che — attraverso una lettura delle sentenze in questione scollegata dal loro contesto — porta ad una conclusione in apparenza ineccepibile e certo più semplice, ma che trascura completamente di prendere

10 — In particolare, la Corte ha sottolineato che mentre l'art. 17 ha una funzione meramente processuale, l'art. 5, punto 1), ha una funzione essenzialmente sostanziale, che è solo indirettamente accompagnata da un effetto processuale, effetto che è tuttavia indipendente dalla volontà delle parti.

11 — Sentenza 29 giugno 1994, causa C-288/92 (Racc. pag. I-2913, punti 14-21).

in considerazione il ruolo dell'art. 17 nel sistema della Convenzione.

esecuzione dovrebbe essere sempre e comunque riconosciuta.

15. In base a tale tesi, in definitiva, una volta ammesso che le parti possono localizzare come e dove vogliono gli elementi del contratto — ciò che si evincerebbe dalle sentenze appena richiamate — la conseguenza inevitabile sarebbe che le stesse parti possono 'utilizzare' la determinazione del luogo di esecuzione anche per scegliere un foro diverso da quello normalmente competente (in base all'art. 2 ovvero in virtù dell'art. 5, ove il luogo di esecuzione fosse determinato in virtù della legge). In altre parole, la volontà delle parti non incontrerebbe alcun limite, se non quelli eventualmente posti dallo stesso diritto nazionale, vuoi attraverso l'imposizione di condizioni formali, vuoi per via giurisprudenziale attraverso il riferimento ad istituti quali la frode alla legge¹². Diversamente, la validità di accordi sul luogo di

Una tale lettura delle tre sentenze prima richiamate, basata invero su puri sillogismi, è a mio avviso un po' troppo semplicistica. Anzitutto, se è vero che la determinazione del luogo di esecuzione è effettuata attraverso un rinvio al diritto sostanziale, non per questo ne deriva in modo automatico che al giudice comunitario sia persino precluso porre dei limiti tesi ad evitare l'aggiramento di altra norma della Convenzione, nella specie l'art. 17. In secondo luogo, a me sembra che la sentenza Zelger, tenuto conto del richiamo in essa contenuto al legame diretto tra controversia e giudice chiamato a conoscerla, vada piuttosto letta nel senso che le parti ben possono decidere di localizzare l'esecuzione del contratto in un luogo diverso da quello che sarebbe fissato in virtù della legge, ma comunque effettivo: ed è solo in tale ipotesi che esse non sono obbligate al rispetto delle condizioni di forma di cui all'art. 17. Infine, ritengo ininfluyente, ai fini che qui rilevano, l'affermazione della Corte, contenuta nella sentenza Custom Made Commercial, secondo cui «ai sensi dell'art. 5, punto 1), il convenuto, in materia contrattuale, può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita, anche nel caso in cui il foro così individuato non sia quello che presenta il collegamento più immediato con la controversia»¹³. Nel caso

12 — È così, ad esempio, che la Cour d'Appel di Liegi, in una sentenza del 12 maggio 1977 (*Journal de Tribunaux* 1977, pag. 710), ha negato validità ad un accordo sul luogo di esecuzione in quanto contrario alla realtà geografica del contratto. Tale sentenza è stata poi confermata dalla Cour de Cassation (sentenza 28 giugno 1979, in *Journal des Tribunaux* 1979, pag. 625, con nota di Vander Elst in *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, pag. 347 ss.), che ha fatto riferimento al carattere fraudolento dell'accordo in questione. In buona sostanza, dunque, i giudici belgi hanno risolto il problema basandosi sul solo diritto nazionale. Per il resto, la giurisprudenza nazionale è abbastanza variegata. Per lo più essa ammette, in particolare a seguito della sentenza Zelger, che in caso di accordi sul luogo di esecuzione non è richiesto il rispetto delle condizioni di forma previste dall'art. 17 (in tal senso v., ad esempio, sentenza 28 marzo 1979 della Cour d'appel di Lione, in *La Semaine juridique*, Edition générale 1981, Jurisprudence, n. 19519, nonché la giurisprudenza nazionale tedesca citata da Schack, «Abstrakte Erfüllungsortsvereinbarungen: form- oder sinnlos?», in *Praxis des internationalen Privat- und Verfallensrechts*, 1996, pag. 247 ss., nota 5). Una menzione a parte merita poi la sentenza 27 febbraio 1996 della Cour de Cassation francese (*Europe*, aprile 1996, n. 171, pag. 23), che ha negato validità ad un accordo sul luogo di esecuzione evidenziando, da un lato, che l'obbligazione controversa non poteva che essere eseguita in Francia e, dall'altro, che ai sensi dell'art. 5, punto 1), della Convenzione la sola obbligazione da prendere in considerazione è quella posta concretamente a base dell'azione giurisdizionale.

13 — Sentenza Custom Made Commercial (citata alla nota 11), punto 21.

Custom Made Commercial, infatti, era in discussione la possibilità di escludere il rinvio alla *lex causae* quale criterio per la determinazione del luogo di esecuzione: e ciò per il solo fatto che, in applicazione di tale criterio, giudice competente veniva ad essere quello avente meno connessione con il rapporto controverso¹⁴.

16. Nella specie che ci occupa, è invece pacifico che si tratta di un accordo che non si limita a dare competenza a un giudice di un luogo che non ha alcuna connessione con la causa se non il domicilio dell'attore, ma che ha come solo scopo quello di eludere il rispetto dei requisiti di forma prescritti dall'art. 17. Il problema posto dalla presente procedura va dunque ben al di là di quello se la competenza di cui all'art. 5 debba sempre e comunque andare al giudice del luogo che presenta la maggiore connessione fisica con la causa di cui si tratta.

In definitiva, si tratta qui di stabilire se nell'ipotesi in cui l'obbligazione contrattuale non può essere affatto fornita nel luogo pattuito come luogo dell'adempimento, vuoi perché quest'ultimo è in contraddizione con la natura stessa del contratto, vuoi perché non corrisponde alla realtà geografica, (l'art. 5, punto 1), rimanga nondimeno un valido criterio di competenza.

14 — In altre parole, se è vero che la competenza del giudice del luogo di esecuzione è giustificata da quel legame diretto e oggettivo normalmente esistente tra rapporto controverso e giudice adito, resta che il criterio adottato dall'art. 5 (luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita) può portare a risultati diversi, risultati che non per questo vanno disattesi.

17. Orbene, ammettere una tale soluzione implicherebbe, all'evidenza, che le parti ben possono, attraverso una determinazione fittizia del luogo di esecuzione, aggirare gli ostacoli formali frapposti alle clausole di deroga della competenza. Ove la Corte avallasse una simile soluzione, essa darebbe pertanto la sua benedizione ad un uso alternativo dell'art. 5, punto 1), nel senso che le parti sarebbero autorizzate a designare un giudice diverso da quello generalmente competente attraverso una via sicuramente più facile di quella disciplinata dall'art. 17, con la conseguenza di violare, o quantomeno svilire, sia la lettera che la *ratio* di tale disposizione. Al riguardo, è appena il caso di ricordare, infatti, che le condizioni formali imposte dall'art. 17 non sono fini a se stesse, ma mirano a tutelare la parte contraente più debole; lo scopo da esse, o meglio con esse, perseguito è dunque di evitare che clausole attributive di competenza, inserite nel contratto ad opera di una sola parte, passino inosservate.

È solo fin troppo evidente, in tale ottica, che l'art. 5, punto 1), non può essere interpretato in modo tale da consentire quel risultato che l'art. 17, attraverso rigide condizioni formali, ha inteso evitare¹⁵. Resterebbe infatti da

15 — In realtà, anche coloro che condividono la sentenza Zelger, si esprimono in favore della prescrizione di requisiti di forma uniformi sia per i patti di proroga della giurisdizione sia per le clausole contrattuali «astratte» sul luogo di adempimento. V. in tal senso, Kropholler: «Europäisches Zivilprozessrecht», 1996; Gaudemet-Tallon: *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, Parigi, 1993, pag. 121; Kaye: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Abingdon, 1987, pag. 524; Lasok, Stone: *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, 1987, pag. 219; Desantes Real: *La Competencia Judicial en la Comunidad Europea*, Barcellona 1986, pag. 258 ss.; Calvo-Caravaca: *Comentario al Convenio de Bruselas*, Madrid, 1994, pag. 90 ss. In senso opposto v., invece, Geimer: *Internationales Zivilprozessrecht*, 1993, paragrafo 1491.

chiedersi in che modo l'avallare un tale stato di cose possa ritenersi corretto ai sensi dell'art. 5, punto 1), e coerente con il sistema e le finalità della Convenzione globalmente considerata ed in particolare rispetto all'art. 17.

18. Pur riconoscendo che una determinazione fittizia del luogo di esecuzione può essere un mezzo per aggirare le prescrizioni di forma imposte dall'art. 17, la Commissione ritiene tuttavia che sarebbe la stessa Convenzione ad ammetterlo. Al riguardo, essa si limita ad evidenziare che l'art. 5, punto 1), non richiede che le parti indichino il luogo effettivo ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni contrattuali.

Un tale argomento prova troppo. Invero, l'unico criterio rilevabile dalla disposizione in questione, che peraltro non contiene alcuna indicazione quanto alla possibilità di determinazione contrattuale del luogo di esecuzione, è che deve trattarsi del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita. Orbene, a me sembra ragionevole ritenere che tale criterio, lungi dal consentire l'individuazione di un qualsiasi luogo dell'universo, imponga invece un collegamento con il luogo in cui effettivamente l'obbligazione di cui si tratta è stata o deve essere eseguita. Insomma, dovrà pur sempre trattarsi, anche qualora diverso da quello che sarebbe fissato in virtù della legge, di un luogo collegato, o almeno congruente, con l'oggetto del contratto.

Né mi pare assuma particolare rilievo l'argomentazione secondo cui un tale approccio indurrebbe le parti a non più stipulare clausole sul luogo di esecuzione, con la conseguenza che si finirebbe in tal modo con lo svuotare di contenuto l'art. 5, punto 1). Al riguardo, mi limito ad osservare che il luogo di esecuzione non è certo destinato a *scompare* per il solo fatto che l'accordo sul luogo di esecuzione sia privato, in determinate circostanze, dell'effetto attributivo di competenza: resta infatti che l'attore ben potrà adire il giudice del luogo in cui l'obbligazione controversa è stata o deve essere eseguita in virtù della legge.

19. In definitiva, ritengo assurdo anche solo ipotizzare che la Convenzione possa essere letta in modo da consentire un aggiramento dell'art. 17, considerata peraltro l'importanza che tale norma riveste nell'economia della stessa. In tale ottica, non riesco pertanto a condividere la tesi della Commissione secondo cui un tale prezzo sarebbe da pagare in nome della certezza del diritto e della prevedibilità del foro competente. Si tratta invero di obiettivi che non sono certo fini a se stessi; ad esempio, rendere prevedibile l'applicazione delle norme in materia di competenza significa anzitutto rafforzare la protezione giuridica delle persone stabilite nella Comunità, permettendo all'attore di identificare facilmente la giurisdizione che può adire e al convenuto di prevedere ragionevolmente quella davanti alla quale può essere attratto¹⁶. Non vedo, poi, in che modo la certezza del diritto esca rafforzata da una violazione dell'art. 17.

16 — Sentenza 13 luglio 1993, causa C-125/92, Mulox, (Racc. pag. 1-4075, punto 11).

Vero è che una sovrapposizione delle due norme senza alcun controllo interpretativo è inaccettabile, tanto più ove si consideri che è necessario salvaguardare l'equilibrio tra le parti, quale voluto dall'art. 17.

20. Orbene, a meno di rimettere in discussione la sentenza Zelger, e dunque di determinare in modo autonomo il luogo di esecuzione nell'ipotesi in cui sia deciso convenzionalmente tra le parti — soluzione in via di principio auspicabile e che avrebbe il pregio di essere lineare ed univoca¹⁷, ma obbligherebbe le parti contraenti al rispetto di condizioni formali particolarmente rigide, anche in presenza di una localizzazione effettiva del luogo di esecuzione — la soluzione più semplice è appunto che il giudice comunitario ponga dei limiti tesi semplicemente e soltanto ad evitare un aggiramento dell'art. 17¹⁸.

17 — In tal senso si pronunciano sia Jayme: «La place de l'article 5 dans l'économie de la Convention. La compétence en matière contractuelle», in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe: actes du Colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen, Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991*, Londra, 1993, pag. 75 ss.), che Huot: «Note sous l'arrêt de la Cour Zelger», in *Journal du droit international*, 1980, pag. 435 ss. Entrambi propongono infatti una determinazione autonoma del luogo di esecuzione che, senza richiedere il rispetto delle condizioni di forma di cui all'art. 17, esiga nondimeno che il consenso delle parti sia provato.

18 — Al riguardo, ritengo non superfluo ribadire che l'assenza di una nozione autonoma di luogo di esecuzione, che certo sarebbe auspicabile, non può essere considerata tale da non consentire al giudice comunitario di fissare dei limiti tesi ad evitare un uso dell'art. 5 che sia alternativo dell'art. 17. Se è vero infatti che la determinazione del luogo di esecuzione è stata lasciata al diritto sostanziale, è altresì vero, come chiarito a più riprese dalla stessa Corte, che la scelta tra un'interpretazione autonoma e il rinvio alle norme di conflitto è effettuata in modo pragmatico, nel senso che «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» (sentenza Tessili, citata alla nota 3, punto 11). Orbene, la fissazione di limiti comunitari è da considerarsi tanto più necessaria nell'ipotesi in cui si tratti di assicurare la piena armonia e operatività di due norme, una delle quali, l'art. 17, ha finora ricevuto interpretazione autonoma.

La fissazione di tali limiti non richiede peraltro particolare fantasia o sforzi. A mio avviso è infatti sufficiente stabilire che, nell'ipotesi in cui il giudice nazionale accerti, come nella specie il giudice tedesco ha già accertato, che il luogo di esecuzione determinato dalle parti non presenta alcun legame sostanziale con l'oggetto del contratto e che la determinazione di tale luogo è stata effettuata al solo scopo di introdurre una deroga di giurisdizione evitando di rispettare le condizioni di forma prescritte dall'art. 17, il luogo di esecuzione così individuato non può ritenersi conforme all'art. 5, punto 1), della Convenzione.

Sul secondo quesito

21. Con tale quesito, posto nell'ipotesi in cui la Corte di giustizia dovesse escludere, così come da me suggerito, la liceità di accordi sul luogo di esecuzione aventi come unico scopo di designare formalmente il foro competente, diverso da quello del luogo di esecuzione effettivo, il Bundesgerichtshof intende stabilire se nella specie possa considerarsi sussistente una proroga di giurisdizione conforme all'art. 17 della Convenzione. Più precisamente, il quesito è se, nel commercio internazionale, una clausola attributiva di competenza possa essere considerata come validamente stipulata anche attraverso il silenzio di una parte in relazione ad una lettera commerciale di conferma [secondo quesito sub a)] o il pagamento senza contestazioni di fatture recanti la menzione del foro competente [secondo quesito sub b)], oppure occorra in ogni caso un previo accordo di volontà fra le parti e questo accordo debba

necessariamente essere confermato per iscritto.

Il quesito verte dunque sull'interpretazione dell'art. 17, primo comma, seconda frase, quale modificato dalla convenzione di adesione del 1978. In tale occasione, lo ricordo, alla possibilità di concludere una proroga di competenza «per iscritto» (prima ipotesi) ovvero «verbalmente con conferma per iscritto» (seconda ipotesi), è stata aggiunta una terza ipotesi, in base alla quale 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 o avrebbero dovuto conoscere».

22. La Corte non ha finora avuto occasione di pronunciarsi sull'interpretazione di tale disposizione¹⁹. Prima ancora di passare ad un esame delle finalità e delle novità da essa introdotte, e trarne così le conseguenze rispetto al caso che ci occupa, ritengo nondimeno opportuno richiamare l'interpretazione dell'art. 17 fornita dalla Corte — beninteso per gli aspetti che qui rilevano — rispetto alla versione anteriore alla modifica qui in discussione.

19 — V., tuttavia, le approfondite conclusioni 8 marzo 1994 dell'avvocato generale Lenz relative alla causa C-288/92, Custom Made Commercial (Racc. 1994, pag. I-2915, in particolare pag. I-2934 ss.).

Orbene, conformemente a una costante giurisprudenza, le disposizioni di cui all'art. 17 devono essere interpretate secondo un criterio restrittivo e rigoroso, dato che costituiscono un'eccezione al principio generale del foro del convenuto (art. 2) ed alle competenze speciali di cui agli artt. 5 e 6. In particolare, la Corte ha chiarito che, subordinando la validità della proroga di giurisdizione «all'esistenza di una "convenzione" tra le parti, l'art. 17 vincola il giudice a prendere in esame, in primo luogo, se la clausola attributiva di competenza abbia effettivamente costituito oggetto del consenso delle parti, consenso che deve manifestarsi in maniera chiara e precisa»²⁰.

È così, ad esempio, che la Corte ha negato ogni validità, in quanto non conforme alle esigenze di forma previste dall'art. 17, ad una clausola derogativa contenuta sul retro di una lettera di conferma rimessa dal venditore al compratore successivamente ad un accordo concluso verbalmente²¹, caso dunque molto simile a quello che ci occupa. Anche in tale fattispecie, la Corte affermò infatti la necessità di una conferma scritta da parte dell'accettante, con la sola attenuazione costituita dalla possibilità di derogare alla forma scritta in caso di rapporti commerciali correnti tra le parti²².

20 — Sentenze 14 dicembre 1976, causa 24/76, Estasis Salotti (Racc. pag. 1831, punto 7), e causa 25/76, Segoura (Racc. pag. 1851, punto 6).

21 — Sentenza Segoura, citata alla nota precedente.

22 — Una tale possibilità, lo ricordo, è stata poi espressamente aggiunta all'art. 17 con la convenzione di adesione del 1989. Il nuovo testo dell'articolo in questione prevede infatti che una clausola attributiva di competenza possa essere validamente conclusa anche «in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra loro».

23. La nuova versione dell'art. 17 sembra essere stata formulata proprio in ragione dell'eccessivo formalismo che un tale approccio presenterebbe rispetto al commercio internazionale. Al riguardo, si legge infatti nel rapporto Schlosser²³ che l'interpretazione data dalla Corte dell'art. 17 «non risponde né agli usi né alle esigenze del commercio internazionale. In particolare non è ammissibile nel commercio internazionale che la controparte di chi fa uso di condizioni contrattuali generali ne debba confermare l'inclusione per iscritto per far sì che la clausola attributiva di competenza contenuta nel complesso delle condizioni prenda effetto. Il commercio internazionale non può fare a meno di condizioni standard, comportanti anche clausole attributive di competenza».

In tale ottica, la modifica introdotta con la convenzione di adesione del 1978 è certo il frutto di una maggiore (e forse necessaria) attenzione e sensibilità alle esigenze del commercio internazionale e, più in generale, al concreto operare del mondo degli affari. È evidente, infatti, che un'applicazione troppo rigorosa dei principi enunciati nell'art. 17 renderebbe praticamente impossibile l'operatività di clausole di deroga di giurisdizione inserite in documenti contrattuali che, per le loro caratteristiche specifiche, non sono sottoscritti da uno dei contraenti.

24. Se queste sono le considerazioni che hanno indotto a modificare l'art. 17, resta, lo precisa lo stesso rapporto Schlosser, che «Si tratta però, come è da sottolineare espressamente, *solo di un'attenuazione delle esigenze di forma. L'esistenza di un accordo di volontà quanto all'inclusione nel contratto di condizioni contrattuali generali e di alcune delle loro clausole deve essere provata*»²⁴.

In definitiva, l'intento di tale modifica sarebbe di attenuare le sole esigenze di forma previste dall'art. 17, in modo da renderle conformi alle esigenze del commercio internazionale, senza tuttavia perdere di vista l'obiettivo dell'effettività del consenso. La contraddizione tra, o comunque la difficoltà di conciliare, queste due esigenze è fin troppo evidente. Il modo di manifestazione del consenso è infatti, nell'interpretazione data dalla Corte, intimamente legato alla prova dell'esistenza stessa della convenzione tra le parti²⁵. Se è vero dunque — e come potrebbe dubitarsene? — che le condizioni di forma non sono fini a se stesse, ma servono precisamente a provare l'effettività del consenso delle parti, e dunque la validità dell'accordo sulla proroga di giurisdizione, ne consegue, come peraltro evidenziato in dottrina²⁶, che un'attenuazione delle esigenze di forma non può che riflettersi sulla realtà del consenso.

24 — Il corsivo è mio.

25 — Ed infatti, come precisato dalla stessa, «i requisiti di forma previsti dall'art. 17 hanno lo scopo di garantire che il consenso delle parti sia effettivamente provato» [sentenze Estasis Salotti e Segoura (citate alla nota 20), rispettivamente punti 7 e 6].

26 — V., tra gli altri, Kohler: «Rigueur et souplesse en droit international privé: les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction 'dans le commerce international' par l'article 17 de la convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction», in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, pag. 611 ss.

25. A ciò si aggiunga che stabilire l'esistenza di usi commerciali relativi alle sole esigenze di forma si rivela — trattandosi di norme processuali modificabili dagli Stati in ogni momento²⁷ — estremamente difficile e porterebbe dunque a svuotare di ogni contenuto il significato del nuovo testo dell'art. 17, quale modificato a seguito della convenzione di adesione del 1978. Deve pertanto ammettersi che tale modifica implica una attenuazione non solo delle modalità di manifestazione del consenso ma anche, e perciò stesso, un minor rigore quanto alla formazione dell'accordo di volontà delle parti in ordine alla designazione del foro competente. In altre parole, l'effettività del consenso, inizialmente indispensabile e garantita solo dalla forma scritta ovvero dalla conferma per iscritto di un accordo verbale, nell'ambito del commercio internazionale cede ormai il passo alla presunzione di un consenso effettivo. Una tale circostanza è confermata dallo stesso tenore letterale della disposizione in questione nella parte in cui indica che deve trattarsi di un uso che le parti conoscevano o «avrebbero dovuto conoscere».

Quanto precede non deve tuttavia far dimenticare che scopo essenziale dell'art. 17 è di tutelare la parte contraente più debole e a tal fine evitare che clausole attributive di competenza, inserite nel contratto ad opera di una sola parte, passino inosservate. Ne consegue che l'interpretazione della disposizione in questione deve essere necessariamente e rigorosamente restrittiva. Di più, essa non può comunque essere tale da perdere di vista l'obiettivo della 'effettività' del consenso, sia pure mediato attraverso la conoscenza, o almeno la conoscibilità in buona fede di

prassi abituali nell'ambito del commercio internazionale. È questo, a mio avviso, il criterio che deve guidare l'interpretazione della disposizione in questione²⁸.

26. Tutto ciò premesso, quando e in che modo può ritenersi che si è in presenza di un uso commerciale relativo alle modalità dell'accordo di volontà e che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere?

Orbene, escluderei subito che l'esistenza di un siffatto uso possa essere determinata attraverso un rinvio alla *lex causae* o alla *lex fori*, come invece suggerito da alcuni autori²⁹, dunque all'ordinamento giuridico così identificato. Anzitutto, è fin troppo evidente che una tale soluzione rischia di porsi in contrasto con la stessa *ratio* della disposizione in questione: essa potrebbe infatti avere l'effetto perverso di consacrare come 'usi commerciali' ai sensi dell'art. 17 usi non del commercio internazionale, ma relativi solo ad uno o più ordinamenti giuridici, con la conseguenza di attribuire validità a clausole di giurisdizione che si fondano (eventualmente) su

27 — Sul punto v. Mezger: *Travaux du comité français de droit international privé*, 1980-1981, pag. 15 ss.

28 — Il concetto di presunzione di conoscenza inteso nel senso di conoscibilità in buona fede non è peraltro estraneo alla stessa giurisprudenza della Corte. E mi riferisco qui alla sentenza 10 marzo 1992, causa C-214/89, Powell Duffryn (Racc. pag. I-1745), in cui la Corte ha affermato, relativamente ad una proroga di giurisdizione contenuta nello statuto di una società, che «indipendentemente dalle modalità di acquisizione delle azioni, ogni persona *sa o deve sapere* di essere vincolata dallo statuto di tale società» (punto 27; il corsivo è mio).

29 — V., in tal senso, Rauscher: *Zeitschrift für Zivilprozess* 104, 1991, pag. 272, in particolare pag. 292 ss.

usi solo locali ovvero su 'usi' che non si siano ancora imposti come tali. A ciò si aggiunga che la nozione di 'convenzione' tra le parti di cui all'art. 17 è stata finora interpretata dalla Corte in modo autonomo. Non mi sembra vi sia motivo alcuno di discostarsene allorché le modalità dell'accordo di volontà siano riconducibili ad usi commerciali.

commerciale specifico in un determinato settore va comunque dimostrata: ed è solo a tali condizioni che l'uso acquista efficacia giuridica ai sensi dell'art. 17³¹.

27. Anche rispetto alla terza ipotesi prevista dall'art. 17 è dunque opportuno che sia la stessa Corte ad indicare gli elementi oggettivi e/o i comportamenti concludenti da cui evincere l'esistenza di un uso commerciale idoneo ad essere 'utilizzato' ai fini della valida conclusione di una clausola attributiva di giurisdizione. In tale prospettiva, e tenuto conto dell'importanza del consenso delle parti interessate, la nozione di uso commerciale ai sensi e per gli effetti dell'art. 17 non può che fondarsi, come suggerito dall'avvocato generale Lenz, sull'esistenza di «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»³⁰. Deve insomma trattarsi di una prassi tale da portare alla convinzione che il comportamento delle parti sia concludente, implichi cioè l'esistenza di un accordo di volontà, e dunque un consenso effettivo, relativamente alla proroga di giurisdizione. In tale ottica, la sussistenza di un uso

Siffatta interpretazione è peraltro confermata dalla Convenzione di Lugano del 1988³² e dalla Convenzione di Bruxelles nella versione di San Sebastian del 1989³³. Oltre ai requisiti di cui alla versione del 1978, il testo dell'art. 17 di cui alle citate convenzioni impone infatti che l'uso commerciale di cui trattasi sia «ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato»³⁴. Non è dunque sufficiente che una clausola attributiva di competenza sia conclusa in una forma ammessa dagli usi vigenti nel ramo commerciale di cui si tratta e che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere, «occorre anche che un tale uso sia, da un lato, ampiamente conosciuto nel commercio internazionale e, dall'altro, regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato»³⁵.

31 — In questo senso v., tra gli altri, Kaye: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Abingdon, 1987, pag. 1062 ss.; Huet, Nota, in *Clunet*, 1990, pag. 153 ss.; Stöwe: *Gerichtsstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch*, 1993, pag. 56 ss.

32 — GU 1988, L 319, pag. 1.

33 — GU 1989, L 285, pag. 4.

34 — Tali condizioni supplementari sono state invero riprese dall'art. 9, n. 2, della Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di merci.

35 — Al riguardo, non è poi superfluo ricordare che tale modifica è dovuta proprio alla preoccupazione, espressa dagli Stati AELE in sede di adozione della Convenzione di Lugano, che il silenzio di una parte in relazione ad una lettera commerciale di conferma potesse avere il valore di accettazione. V. rapporto Jenard e Möller, in GU C 189 del 28 luglio 1990, punti 55-59.

30 — Conclusioni relative alla causa C-288/92 (citate alla nota 19), in particolare pag. I-2939.

28. L'interpretazione qui suggerita della nozione di uso commerciale consente inoltre, a mio avviso, di stabilire con maggiore facilità in quali condizioni deve considerarsi, almeno in via di principio, che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere l'uso di cui si tratta. Va da sé, infatti, che è ragionevole presumere la conoscibilità in buona fede di una prassi costantemente seguita e relativa a contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato.

Ciò detto, è pur vero che siffatta conoscibilità non può essere oggetto di una presunzione assoluta, ma va dimostrata in base ad elementi oggettivi. A tal fine, assumono particolare rilievo circostanze fattuali quali l'esistenza di precedenti rapporti contrattuali tra le stesse parti ovvero anche con altri contraenti, ma rispetto a contratti dello stesso tipo sia dal punto di vista geografico che sostanziale. Ancora, può essere importante verificare se l'uso di cui si tratta sia o no riconosciuto dall'ordinamento giuridico in cui risiede l'operatore economico al quale viene opposta la clausola attributiva di giurisdizione.

29. E ritorniamo al caso che ci occupa. Trattandosi di un contratto di noleggio stipulato tra operatori economici del settore, è indubbio che siamo nell'ambito del commercio internazionale e dunque nel campo di applicazione della disposizione in parola. Ricordo poi che il giudice di rinvio chiede anzitutto se il silenzio di una parte in relazione ad una lettera commerciale di conferma, contenente

una menzione prestampata in cui è indicato il foro competente, costituisca un uso ai sensi dell'art. 17 e dunque valga come accettazione della proroga di giurisdizione. In subordine, lo stesso giudice chiede poi se la validità di siffatta proroga possa derivare dalla circostanza che la resistente ha pagato senza contestazione alcuna tutte le fatture, contenti analoga menzione quanto al foro competente, emesse dalla MSG.

Tenuto conto delle osservazioni sin qui svolte, è fin troppo evidente che la sussistenza, come modo di formazione e di manifestazione del consenso, di usi commerciali del tipo prospettato nei quesiti appena richiamati va dimostrata in relazione al ramo commerciale considerato.

30. Ritengo pertanto non possa essere accolta la tesi sostenuta dalla ricorrente e dal governo tedesco nel corso della procedura, secondo cui l'art. 17 riconoscerebbe il valore del silenzio di fronte ad una lettera commerciale di conferma come accettazione tacita; e ciò indipendentemente da ogni verifica volta a constatare l'esistenza di una prassi in tal

senso nel ramo commerciale interessato³⁶. Siffatta tesi, che fa leva, da un lato, sull'esistenza di un presunto uso generalizzato, in tal senso riscontrabile su scala europea, e, dall'altro, sulla circostanza che la modifica apportata con la convenzione di adesione del 1978 sarebbe stata adottata precisamente per evitare l'eccessivo formalismo della giurisprudenza rispetto ad ipotesi di tale tipo³⁷, è invero priva di ogni fondamento.

silenzio o l'inazione, da soli, non possono valere come accettazione»³⁸.

31. In definitiva, al fine di stabilire se il silenzio di una parte in relazione ad una lettera commerciale di conferma costituisca una modalità dell'accordo di volontà, e dunque determini la valida conclusione di una clausola attributiva di giurisdizione, è necessario dimostrare l'esistenza di un tale uso in base ai criteri prima ricordati.

Certo, è ben vero che dal rapporto Schlosser si evince che la modifica in questione è stata motivata, in particolare, dalla volontà di evitare l'esigenza della forma scritta rispetto ad una lettera commerciale di conferma. Ciò non significa tuttavia, quantomeno non in modo automatico, che in tale ipotesi venga riconosciuto alla prassi in questione, sempre e comunque, il valore di uso commerciale ai sensi e per gli effetti dell'art. 17. D'altra parte, la rilevanza giuridica del silenzio nell'ambito del commercio internazionale, diversamente da quanto avviene in Germania, non è affatto riconosciuta in modo così ampio e generalizzato. Basti pensare, ad esempio, all'art. 18, n. 1, della Convenzione di Vienna 11 aprile 1980 sui contratti internazionali di merci, in base al quale «Una dichiarazione o altro comportamento del destinatario che indicano il consenso ad un'offerta, costituiscono accettazione. Il

Orbene, il giudice di rinvio non ha fornito alla Corte alcun elemento che consenta di prendere posizione al riguardo. In tali condizioni, spetta pertanto al giudice nazionale stabilire se nel settore della navigazione interna sul Reno esista una prassi consolidata e seguita abitualmente in relazione a contratti di noleggio, in base alla quale il silenzio di fronte alla lettera commerciale di conferma valga come accettazione della clausola attri-

38 — Il corsivo è mio. Nella stessa prospettiva, ricordo poi l'art. 8, n. 2, della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, norma relativa all'esistenza e alla validità del consenso delle parti sulla legge applicabile al contratto. Tale norma consente infatti a una qualsiasi delle parti contraenti di riferirsi alla legge del paese in cui abitualmente risiede per dimostrare di non aver dato il proprio consenso «se dalle circostanze risulti che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del comportamento di questo contraente» secondo la legge in ipotesi applicabile in virtù della Convenzione. La soluzione adottata in proposito, come chiarito dalla relazione Giuliano e Lagarde, mira segnatamente a risolvere la questione della rilevanza del silenzio di una parte in merito alla formazione del contratto.

36 — In tal senso v., ad esempio, Schmidt: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1992, pag. 173 ss.

37 — Il riferimento è al caso Segoura, citato alla nota 20.

butiva di competenza. Nel caso in cui l'esistenza di un tale uso sia accertata, occorrerà poi stabilire se la parte contro cui viene invocata la clausola attributiva di giurisdizione conosceva l'esistenza di un tale uso o avrebbe dovuto conoscerla. La conoscibilità in buona fede dell'uso di cui si tratta dipenderà, a sua volta, dalla rilevanza di tale uso nel Paese in cui la parte cui viene opposta la clausola risiede abitualmente e dalla circostanza che si tratti o no del primo contratto concluso con quel contraente e/o in quel settore.

32. La soluzione appena prospettata è ugualmente applicabile per verificare la sussistenza del presunto uso commerciale rinvenibile nella circostanza che la resistente ha pagato senza contestazione alcuna le fatture emesse dalla MSG, tutte contenenti una menzione in cui il luogo della sede commerciale della stessa MSG veniva indicato come foro competente. Anche rispetto a tale ipotesi occorrerà dunque dimostrare, in base agli stessi criteri prima elencati, l'esistenza di un uso commerciale che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere.

33. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo pertanto alla Corte di rispondere come segue ai quesiti posti dal Bundesgerichtshof:

- «1) L'art. 5, punto 1), della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 va interpretato nel senso che esclude la competenza del giudice del luogo di adempimento di un'obbligazione contrattuale nel caso in cui detto luogo, determinato convenzionalmente dalle parti, non presenti alcun legame sostanziale con l'oggetto del contratto e risulti che tale determinazione sia stata effettuata al solo scopo di designare, senza rispettare le esigenze di forma previste dall'art. 17 della stessa Convenzione, il foro competente.

- 2) L'art. 17, primo comma, seconda frase, terza ipotesi, della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, nella versione modificata dalla convenzione di adesione del 1978, va interpretato nel senso che una clausola attributiva di giurisdizione può essere considerata validamente conclusa in ragione del silenzio di una parte in merito ad una lettera commerciale di conferma che contenga, prestampata, la menzione del foro competente ovvero della circostanza che detta parte abbia pagato senza contestazione fatture emesse dall'altra parte e contenenti analoga menzione. A tal fine, spetta tuttavia al giudice nazionale verificare: a) se nel ramo commerciale interessato esista una prassi continuativa e generalizzata in tal senso e se tale prassi sia rispettata in contratti analoghi,

sia dal punto di vista sostanziale che geografico, a quello controverso; b) se tale uso era noto alla resistente ovvero avrebbe dovuto esserle noto, in particolare perché conosciuto anche nel suo Paese di residenza e/o tenuto conto dei rapporti contrattuali avuti in precedenza con lo stesso contraente e/o nello stesso settore».