

LUGI MARI

*LA COMPETENZA IN MATERIA CONTRATTUALE
NELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES
DEL 27 SETTEMBRE 1968*

SOMMARIO 1. La competenza in materia contrattuale. - 1.1. Nozione di materia contrattuale. Rapporto con la "materia di delitti o quasi-delitti". i) *la materia contrattuale come "rapporto contrattuale"*. ii) *la materia contrattuale come "responsabilità contrattuale"*. iii) *la definizione di "materia contrattuale" fra contratto e responsabilità*. iv) *il sistema della competenza e la classificazione dei rapporti obbligatori*. - 1.1.1. La nozione autonoma di materia contrattuale. I principi definitori: obbligazioni *assimilabili* a quelle contrattuali. - 1.1.2. (*Segue*). Obbligazioni *fondate* sul contratto. - 1.1.3. (*Segue*). Configurabilità di una nozione autonoma di responsabilità contrattuale. a) *la sentenza Handte*. aa) *l'azione revocatoria (pauliana): la sentenza Reichert II*. - 1.1.3.1. (*Segue*). Nozione autonoma di responsabilità contrattuale e carattere residuale dell'illecito. - 1.1.4. Rapporti riconducibili alla materia contrattuale. - 1.1.4.1. Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. - 1.2. L'obbligazione rilevante ai fini della competenza. - 1.2.1. (*Segue*). L'obbligazione principale dedotta in giudizio. - 1.3. Determinazione del luogo di esecuzione in base alla *lex causae*. i) *luogo in cui l'obbligazione è stata eseguita*. ii) *luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita*. iii) *vantaggi e inconvenienti del rinvio alla lex causae*. iv) *effetti negativi del ricorso alla Convenzione di Roma del 1980*. - 1.3.1. Determinazione del luogo d'esecuzione in base al diritto materiale uniforme e alla volontà delle parti. i) *diritto materiale uniforme*. ii) *designazione del luogo di esecuzione ad opera delle parti*. - 1.4. Rapporti di lavoro. i) *la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di rapporti di lavoro*. - 1.4.1. Le nuove disposizioni della Convenzione di adesione del 1989 alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. - 1.5. Problematiche dell'applicazione del *forum solutionis*. Proposte di abrogazione dell'art. 5-1°.

ABBREVIAZIONI E BIBLIOGRAFIA GENERALE

BBTC	- Banca borsa e titoli di credito
CMLR	- Common Market Law Review
CS	- Comunicazioni e Studi (Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano)
DCI	- Diritto del commercio internazionale
DCSI	- Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Digesto	- Digesto, IV ed., UTET, Torino
ED	- Enciclopedia del diritto
EG	- Enciclopedia giuridica. Ist. Enc. italiana fond. da G. Treccani
FI	- Il Foro italiano
FP	- Il Foro padano
GC	- Giustizia civile
GI	- Giurisprudenza italiana
ICLQ	- International and Comparative Law Quarterly
JDI	- Journal du droit international
ILP	- International Litigation Procedure
ND	- Novissimo digesto italiano
NGCC	- La nuova giurisprudenza civile commentata
NLCC	- Le nuove leggi civili commentate
RC	- Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RCDIP	- Revue critique de droit international privé
RDC	- Rivista del diritto commerciale
RDCiv	- Rivista di diritto civile
Riv. crit. dir. priv.	- Rivista critica del diritto privato
RDE	- Rivista di diritto europeo
RDI	- Rivista di diritto internazionale
RDIPP	- Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDP	- Rivista di diritto processuale
RTDE	- Revue trimestrielle de droit européen
RTDPC	- Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
YEL	- Yearbook of European Law

BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 2^a ed. (in collaborazione con BONOMI), Padova, 1996 (cit.: BALLARINO, *Dir. int. priv.*); CALVO CARAVACA

(ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecucion de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1995; CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, 2^a ed., Torino, 1997; COLLINS, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act*, London, 1983; COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *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)*, London, Dublin, Edinburgh, Brussels, 1993 (cit.: *Compétence judiciaire*); DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun. Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, 1972; GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^a éd., Paris, 1996; GOTHOT/HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, 1985; HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgments*, London, 1984; KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Oxford, 1987; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 5. Aufl., Heidelberg, 1996; LASOK/STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, 1987; MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, 2^a ed., Padova, 1954; O'MALLEY/LAYTON, *European Civil Practice*, London, 1989; POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 3^a ed., 1995; WESER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruxelles, Paris, 1975; ZUCCONI GALLI FONSECA, voce, COMPETENZA, VII, *Competenza giurisdizionale nella convenzione di Bruxelles del 1968*, voce *Enciclopedia giuridica*, VII, Roma, 1988.

Strumenti di notevole importanza, per approfondire la conoscenza del sistema della convenzione, sono le *Relazioni* che accompagnano i progetti della convenzione di Bruxelles del 1968, come delle successive convenzioni di adesione del 1978, 1982 e 1989, nonché della convenzione di Lugano del 1988. Per il testo delle prime due di tali *Relazioni*, curate, rispettivamente, da P. JENARD e da P. SCHLOSSER, v. GUCE n. C59 del 5 marzo 1979; per la *Relazione* sulla convenzione di adesione del 1982, curata da D. EVRIGENIS e K. KERAMEUS, v. GUCE n. C298 del 24 novembre 1986; per quella sulla convenzione di adesione del 1989, curata da M. DE ALMEIDA CRUZ, M. DESANTES REAL e P. JENARD, nonché per la *Relazione* sulla convenzione di Lugano del 1988, curata da P. JENARD e G. MÖLLER, v. GUCE n. C189 del 28 luglio 1990.

1. La competenza in materia contrattuale.¹

Stabilisce l'art. 5 che il "convenuto domiciliato in 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".

L'art. 5-1° prosegue indicando il giudice specificamente competente in materia di contratto individuale di lavoro (v. *oltre*, par. 1.4.).

Una disposizione particolare vale per i soggetti *domiciliati nel Lussemburgo*. Prevede infatti l'art. I°, comma 1°, del Protocollo allegato alla Convenzione, che "qualsiasi persona domiciliata nel Lussemburgo, convenuta davanti ad un giudice di un altro Stato contraente in applicazione dell'art. 5, punto 1, può eccepire l'incompetenza di tale giudice. Se il convenuto non compare, il giudice dichiara d'ufficio la propria incompetenza". In sostanza, la norma dice che l'applicabilità del criterio di competenza previsto dall'art. 5-1° è condizionata all'accettazione, quanto meno tacita, da parte del convenuto domiciliato nel Lussemburgo. Questa disposizione viene giustificata dalla *Relazione JENARD*, Capo IX, col discutibile argomento che la maggior parte delle obbligazioni contratte dai sudditi del Granducato deve avere esecuzione in Belgio, cosicché applicando incondizionatamente l'art. 5-1° si finirebbe per escludere quasi sempre la competenza dei giudici lussemburghesi nella materia contrattuale. In realtà la norma del Protocollo attribuisce, a chi è domiciliato in Lussemburgo, un privilegio tutt'altro che compatibile col principio di non discriminazione che pervade il sistema della Convenzione.

Privilegiati sono anche i soggetti *domiciliati in Svizzera*, per i quali la rilevanza dell'art. 5-1° è limitata dall'art. I-*bis* del Protocollo N. 1 allegato alla Convenzione di Lugano. Tale norma ha consentito alla Svizzera di formulare una riserva, con effetto fino al 31 di

¹ Utilizziamo il termine "competenza" in luogo di quelli tradizionali di "competenza giurisdizionale" o "giurisdizione" per conformarci alla stessa terminologia utilizzata dalla Convenzione di Bruxelles nel suo Titolo II, senza nessuna pregiudiziale di carattere teorico circa l'oggetto specifico della sua disciplina.

Avvertiamo inoltre che, al fine di concentrare l'analisi sul tema della materia contrattuale, sono stati intenzionalmente omessi i riferimenti al quadro normativo generale della Convenzione di Bruxelles (e della parallela Convenzione di Lugano), nonché quelli relativi alla competenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia delle Comunità europee. Per tali elementi, come per la relativa letteratura, si rinvia alle opere indicate nella BIBLIOGRAFIA GENERALE e che in questo studio vengono citate con il solo nome dell'autore.

cembre 1999 e nel vigore dell'art. 59 della Costituzione federale, in virtù della quale il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione pronunciata dal giudice del luogo d'esecuzione dell'obbligazione contrattuale possono essere esclusi, in Svizzera, quando: la competenza era fondata unicamente sull'art. 5-1°; il convenuto era domiciliato in Svizzera al momento della proposizione dell'azione (le società o altre persone giuridiche si considerano domiciliate in Svizzera se ivi hanno la sede statutaria e il centro effettivo dei propri affari); il convenuto propone opposizione contro il riconoscimento o l'esecuzione, purché non abbia rinunciato ad avvalersi di questo diritto. È evidente che questa norma non priva di competenza il giudice adito, ma solo consente di opporsi, e unicamente in Svizzera, al riconoscimento della decisione.

L'art. 5-1° è la disposizione di maggior rilevanza pratica nel sistema della competenza, quella più frequentemente applicata. Ma è anche oggetto di forte contestazione da parte della dottrina, al punto che molti ne invocano la soppressione (v. *oltre*, par. 1.5.).

I problemi che essa pone riguardano essenzialmente la definizione di materia contrattuale, la determinazione dell'obbligazione rilevante ai fini della competenza e l'individuazione del luogo di esecuzione dell'obbligazione stessa.

1.1. Nozione di materia contrattuale. Rapporto con la “materia di delitti o quasi-delitti”.

La determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 5-1° è resa problematica dall'intersecarsi del concetto di “materia contrattuale” con quello di “materia di delitti o quasi-delitti”, devoluta dall'art. 5-3° alla competenza del “giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto”. Tali nozioni vanno definite l'una in rapporto all'altra perché le aree del contratto e dell'illecito assumono configurazioni ed ampiezze diverse a seconda dell'ordinamento che si considera: paradigmatica la *culpa in contrahendo*, ascritta da taluni sistemi all'area dell'illecito, da altri a quella del contratto (v. *oltre*).

Le divergenze delle categorie civilistiche dei diritti interni spiegano perché la Corte di giustizia abbia ritenuto necessario, al fine di garantire

l'uniformità di applicazione delle norme della Convenzione, definire in via autonoma tanto la nozione di materia contrattuale (sentenza del 22 marzo 1983, in causa 34/82 *Peters c. Z.N.A.V.*), quanto quella di materia di delitti o quasi delitti (sentenza del 27 settembre 1988, in causa 189/87 *Kalfelis c. Banque Schröder e al.*).

Le varie versioni linguistiche degli artt. 5-1° e 5-3° designano le rispettive "materie" con formule non del tutto coincidenti tra loro; questa circostanza aveva già indotto la Corte di giustizia, nella sentenza del 4 marzo 1982, in causa 38/81 *Effer s.p.a. c. Kantner*, a ricorrere ai principi interpretativi tipici del metodo autonomo per risolvere un particolare problema che sarà esaminato in seguito.

Considerando più attentamente la questione, ci si rende conto, peraltro, che le nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale dovrebbero essere definite in modo tale da poter qualificare direttamente per mezzo di esse qualsiasi tipo di obbligazione conosciuto dai diritti interni degli Stati contraenti. Solo così si potrebbe stabilire secondo criteri uniformi quali siano pertinenti all'una e quali all'altra materia. Se il giudice fosse libero di qualificare secondo i propri criteri (*lege fori* o *lege causae*) il rapporto fatto valere in giudizio - se cioè il giudice potesse stabilire l'inerenza della controversia alla materia contrattuale (o extracontrattuale) qualificando direttamente la stessa controversia in base alla *lex fori*, o desumendone la qualificazione da quella effettuata ai fini della determinazione della legge regolatrice del rapporto -, la sfera di applicazione degli artt. 5-1° e 5-3° varierebbe da ordinamento a ordinamento nonostante la definizione autonoma delle materie contemplate da tali norme (prescindiamo per il momento dalla Convenzione di Roma del 1980: v. *oltre*).

Altro aspetto da tener presente è che le nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale possono essere definite o in modo da abbracciare solo determinate categorie di obbligazioni, o in modo da ricomprendervi, ripartendolo tra l'una e l'altra, l'intero campo dei rapporti obbligatori.

Come vedremo, le definizioni autonome elaborate dalla Corte di giustizia sembrano consentire una soluzione solo parziale del problema della qualificazione del rapporto controverso, perché lasciano nell'incertezza circa

l'effettiva estensione delle "materie" riconducibili agli art. 5-1° e 5-3°.

A questo riguardo si possono prospettare due ipotesi. Nella prima, la nozione autonoma di materia contrattuale risulta modellata approssimativamente sull'idea comune di *contratto* (e analogamente per quanto riguarda l'illecito); nella seconda, la nozione di materia contrattuale viene ricostruita, unitariamente a quella di materia di delitti o quasi-delitti, nei più ampi termini di *responsabilità*.

La scelta fra l'una e l'altra ipotesi è determinante ai fini della competenza.

i) la materia contrattuale come "rapporto contrattuale".

Per chiarire i termini e le conseguenze dell'alternativa ora prospettata conviene muovere dall'ipotesi che l'art. 5-1° si riferisca ai soli rapporti che trovano fonte in un "contratto". Analogamente, si può ipotizzare che l'art. 5-3° includa nella propria area d'applicazione solo i rapporti derivanti da "delitto o quasi delitto".

Escludendo qualsiasi coordinamento fra queste norme, si giunge alla conclusione che le regole speciali di competenza presentano una lacuna. Infatti, contratto ed illecito non coprono l'intero campo dei rapporti obbligatori, essendovi ulteriori *atti o fatti* - per riprendere la dizione dell'art. 1173 c.c. - idonei a produrre un'obbligazione: pensiamo, tra le ipotesi più comuni, alla gestione d'affari, alla ripetizione dell'indebito, all'arricchimento senza causa, alle promesse unilaterali. Qual è la regola di competenza applicabile in casi del genere? Poiché le relative controversie non sono riconducibili all'ambito che abbiamo prima attribuito agli artt. 5-1° e 5-3°, sembrerebbe inevitabile il ricorso al criterio generale dell'art. 2. Dovremmo quindi concludere che la Convenzione attua una tripartizione delle controversie relative ai rapporti obbligatori, prevedendo regole speciali di competenza solo per quelle derivanti da contratto e da illecito.

E' opportuno sottolineare che questa ipotesi interpretativa - cui non mancano riscontri in giurisprudenza e in dottrina (v. *oltre*) - si fonda sul presupposto che la Convenzione abbia inteso "contratto" e "fatto illecito"

in un significato autonomo ancora tutto da precisare, ma pur sempre abbastanza ristretto, cioè tale da lasciare spazio in ogni caso ad ulteriori fonti di obbligazioni che si trovano quindi sottoposte al solo art. 2.

ii) la materia contrattuale come "responsabilità contrattuale".

Benché l'interpretazione testé delineata sembri a prima vista la più plausibile, non si può escludere che le nozioni di "materia contrattuale" e quella di "materia di delitti o quasi-delitti" debbano essere interpretate riunendole insieme nella più generale categoria individuata dal concetto di *obbligazione*.

Invero, il fatto che gli artt. 5-1° e 5-3° siano le uniche norme di competenza speciale che contemplano i rapporti obbligatori come struttura indipendente da una specifica prestazione, qualificandoli solo in funzione della fondamentale (originaria) bipartizione gajana (Ist. III, 88) *ex contractu* - *ex delicto*, rende legittima la supposizione che qualunque controversia relativa ad un rapporto obbligatorio possa essere ricondotta all'ambito di applicazione di una di tali norme, ove non intervenga una più specifica disposizione - ad esempio l'art. 5-2° relativo all'obbligazione degli alimenti.

Posti in correlazione tra loro attraverso il concetto di obbligazione, gli artt. 5-1° e 5-3° sembrano dunque condurre ad una bipartizione delle controversie relative a rapporti obbligatori, facendo venir meno quella lacuna nella disciplina della competenza che altrimenti sussisterebbe. Tale risultato è tuttavia conseguibile a patto che le nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale vengano ricostruite su basi diverse dall'immediata identificazione con il contratto e l'illecito. Occorre perciò ricercare un qualche elemento comune ad entrambe ma che permetta anche di differenziarle.

A tal fine una via possibile - e, come vedremo subito, seguita più o meno consapevolmente dalla dottrina e dalla stessa Corte di giustizia - è intendere tali nozioni non più in riferimento alle fonti delle obbligazioni ma come categorie autonome distintive di *tipi* di responsabilità, sulla scorta dei due modelli generali di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale,

conosciuti dal diritto civile. Si tratta di concepire l'obbligazione come "responsabilità", anziché come rapporto, ciò che presenta il vantaggio di una maggior aderenza tra momento sostanziale e momento processuale.

iii) la definizione di "materia contrattuale" fra contratto e responsabilità.

Sintetizzando quanto precede, la determinazione della competenza in materia contrattuale può essere effettuata in due modi: o qualificando i rapporti obbligatori in base ad una nozione autonoma di contratto: in questo caso, fra l'area del contratto e quella dell'illecito - inteso anch'esso in senso autonomo - compaiono obbligazioni di altra natura che risultano soggette al solo foro generale (art. 2); oppure distinguendo tutti i rapporti obbligatori a seconda del tipo di responsabilità che ne deriva, vale a dire utilizzando nozioni autonome di *responsabilità contrattuale* ed *extracontrattuale*, nel qual caso l'art. 5-1° e l'art. 5-3° vengono a coprire, salve le altre regole di competenza, tutto il campo delle obbligazioni.

A tutt'oggi non si può dire quale delle due soluzioni s'imponga. Tanto la dottrina quanto la stessa Corte di giustizia mostrano di non avere in proposito orientamenti sicuri e ben definiti.

In genere la dottrina sottolinea la difficoltà d'inquadramento, negli artt. 5-1° e 5-3°, di alcune fattispecie di danno di incerta natura o che sono ascritte da taluni sistemi giuridici all'area della responsabilità aquiliana, da altri a quella della responsabilità contrattuale.

Esempi ricorrenti sono la *culpa in contrahendo*, la responsabilità da prodotto, la responsabilità del venditore nei contratti a catena, certi regimi speciali di responsabilità come quello francese degli incidenti stradali, i danni derivanti da rapporti di cortesia, la responsabilità del professionista, le ipotesi di cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, la gestione d'affari, l'arricchimento senza causa: v. GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 1988, 613-615; KOHLER, *Compétence judiciaire*, 56; DUINTJER TEBBENS, *ibidem*, 90-92; SCHULTSZ, *ibidem*, 102.

Nonostante l'assenza di precise conclusioni al riguardo, va notato

che il ricorso all'unitario concetto di *responsabilità*, per delimitare la "materia contrattuale" in contrapposizione a quella dei "delitti o quasi delitti", sottintende una lettura coordinata degli art. 5-1° e 5-3°, una lettura che ne presuppone l'applicabilità all'intero campo dei rapporti obbligatori.

Anche la Corte di giustizia sembra voler coordinare tali norme in una visione unitaria della competenza nelle controversie relative ai rapporti obbligatori, ma la sua giurisprudenza non offre sicure indicazioni in tal senso.

Invero, nella sentenza del 17 giugno 1992, in causa C-26/91 *Handte c. S.T.M.C.S.*, il vincolo contrattuale - genericamente definito come "obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra" ("*engagement librement assumé d'une partie envers une autre*", nel testo ufficiale della sentenza *Handte*; v. *oltre*, par. 1.1.3.) - viene assunto come costituente necessario, se non esclusivo, della nozione di "materia contrattuale": ciò che potrebbe anche significare distinzione dei rapporti obbligatori in tre categorie.

Tuttavia, la Corte di giustizia ha anche affermato che "materia contrattuale" e "materia di delitti o quasi-delitti" si trovano in una relazione di stretta complementarietà, come se tutti i rapporti obbligatori dovessero essere ricondotti a tali aree e vi fosse solo da distinguere tra responsabilità "contrattuale" e responsabilità "extracontrattuale". Ha statuito infatti la Corte: "la nozione di materia di delitto o quasi delitto... va considerata come nozione autonoma che comprende qualsiasi domanda che miri a coinvolgere le responsabilità di un convenuto e che non si ricolleggi alla materia contrattuale di cui all'art. 5, n.1" (così nella citata sentenza *Kalfelis*, affermazione poi ribadita, negli stessi identici termini, nella sentenza del 26 marzo 1992, in causa C- 261/90 *Reichert c. Dresdner Bank*).

Il senso di queste ultime affermazioni sembra abbastanza chiaro: *tutto ciò che non è responsabilità contrattuale è responsabilità extracontrattuale*. Collegandole a quanto detto nella sentenza *Handte* potremmo allora concludere che l'art. 5-1° si applica alla sola responsabilità per inadempimento di un'obbligazione derivante da rapporto contrattuale, e che in tutti i restanti casi si verte invece in materia di responsabilità extracontrattuale.

Decisamente orientate in tal senso le *Conclusioni* dell'Avvocato generale JACOBS nella causa *Handre*, secondo il quale un'azione per danni è necessariamente delittuale ove non la si possa qualificare contrattuale; aderiscono sostanzialmente a tale impostazione, de VAREILLES-SOMMIERES, RTDE, 1992, 712; BISCHOFF, JDI, 1993, 474; DELI, *Criteri di giurisdizione e convenzione di Bruxelles del 1968 nelle vendite a catena*, RDIPP, 1993, 313; J.J. FAWCETT, *Products Liability in Private International Law*, RC, 1993, I, 77; HONORATI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e giurisdizione ai sensi della Convenzione di Bruxelles del 1968*, RDIPP, 1994, 284-288; O'MALLEY/LAYTON, 374-375.

Peraltro, la correlazione che la Corte ha istituito tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3° presenta un'ambiguità di fondo. Si noti, infatti, che la sentenza *Kalfelis*, benché affermi che la materia dell'illecito ha carattere residuale rispetto a quella contrattuale, esclude che essa possa ricomprendere domande fondate su "atti o fatti diversi dall'illecito". Taluni annettono molta importanza a questa formulazione "in negativo" perché vi leggono un diretto riferimento a fattispecie diverse dal contratto e dall'illecito, come se la Corte avesse voluto frapporre una "terra di nessuno" tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3°, ridimensionando l'asserito carattere residuale della seconda categoria.

Se n'è dedotto, quindi, che la Corte di giustizia si è orientata verso una *tripartizione delle controversie* relative ai rapporti obbligatori: le contrattuali, le extracontrattuali e quelle che non essendo né l'uno né l'altro devono essere ricondotte solo al foro generale previsto dall'art. 2.

In questo senso, v. POCAR, *Compétence judiciaire*, 112-113; v. altresì ANCEL, RCDIP, 1992, 725, che riconduce l'azione revocatoria (*actio pauliana*) all'art. 2: al riguardo, v. *oltre*, par. 1.1.3. *sub aa*); nello stesso senso l'Avvocato generale GULMANN nelle sue *Conclusioni* nella sentenza *Reichert* cit., secondo il quale tale azione deve necessariamente ricadere nella competenza del foro generale non potendo essere ricondotta al foro dell'illecito.

Analogamente, in termini generali, GAUDEMET-TALLON, 115, 137-138; per la stessa conclusione, già in precedenza, v. GOTHOT/HOLLEAUX, 46-47; KAYE, 490; nello stesso ordine di idee v. anche la nostra Cassazione, sez. un., 29 novembre 1989, n. 5224, NGCC, 1990, I, 394, con nota di CAMPEIS/DE PAULI, per la quale il debito restitutorio, dedotto sulla base dell'inefficacia del titolo negoziale, ricade nell'ambito dell'art. 2 non potendo essere qualificato obbligazione contrattuale: al riguardo, v. *oltre*, par. 1.1.4. In senso favorevole alla posizione della Cassazione v. CARBONE, 75-76, 85-86 il quale riconduce peraltro alla materia contrattuale le obbligazioni derivanti da atti unilaterali.

iv) *Il sistema della competenza e la classificazione dei rapporti obbligatori.*

Il rapporto tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3° permane incerto: non si sa se la "materia contrattuale" debba essere definita in termini di "contratto" o di "responsabilità"; è dubbio se vi sia - e con quale contenuto - una terza categoria di controversie genericamente definibili "né contrattuali, né extracontrattuali"; ammessa questa terza categoria, si ignora il motivo per cui la Convenzione avrebbe imposto - e proprio questo è il cuore di tutto il problema - un suo trattamento differenziato, privo di alternative al foro generale (art. 2).

Su quest'ultimo punto è necessaria una precisazione. Secondo l'orientamento costante della Corte di giustizia, le competenze speciali hanno carattere derogatorio del foro generale, con la conseguenza che non se ne può dare un'interpretazione estensiva

Ad avviso della Corte, il principio - sintetizzato nella massima *actor sequitur forum rei* - secondo cui il convenuto trova migliori possibilità di difesa nello Stato di domicilio, non ammette eccezioni se non nei casi tassativi, non suscettibili di interpretazione estensiva, in cui la Convenzione stessa abbia individuato un collegamento particolarmente stretto tra la controversia ed un determinato giudice: così, in termini drastici, anche la sentenza *Handte*.

A prima vista si direbbe che questo orientamento si saldi perfettamente con la distinzione delle obbligazioni secondo la sistematica delle fonti: se quelle da contratto e da fatto illecito beneficiano dei fori speciali, il diverso "titolo" delle altre potrebbe essere motivo sufficiente perché restino sottoposte unicamente a quello generale (in questo senso, v. GAUDEMET-TALLON, 116, 140). Sarebbe dunque non tanto difficile, quanto scorretto forzare la nozione autonoma di materia contrattuale oltre i limiti imposti dalla comune concezione di contratto. Le stesse interpretazioni "estensive" condotte dalla Corte di giustizia, che tra poco esamineremo, andrebbero lette in termini contenuti se non eccezionali.

Resta tuttavia inspiegabile perché la Convenzione avrebbe dovuto accogliere simile soluzione. E' coerente con il suo sistema quella specie di limbo - tale sarebbe, *faute de mieux*, il ricorso al foro generale - in cui si

vorrebbero confinati certi rapporti obbligatori, quando invece la disciplina materiale della responsabilità derivante dal loro inadempimento è sostanzialmente quella del contratto o dell'illecito, o è quanto meno assimilabile ad una delle due? Quale sarebbe la *ratio* della discriminazione tra la responsabilità per l'inadempimento di una promessa o di un'obbligazione restitutoria, e la responsabilità per l'inadempimento di un contratto? Perché la *culpa in contrahendo* dovrebbe entrare in una categoria a sé, ai fini della competenza, mentre sul piano sostanziale è sistematicamente ascritta o assimilata ad una delle due fattispecie di responsabilità (v. *oltre*)?

A voler essere coerenti fino in fondo, si dovrebbe dire che l'art. 2 non è soltanto il foro generale ma anche il foro (potenzialmente) esclusivo (resta salva la possibilità di proroga espressa o tacita della competenza: artt. 17 e 18) che la Convenzione riserva a certi rapporti obbligatori nonostante essi diano luogo al medesimo tipo di responsabilità inerente ad altri rapporti obbligatori.

Scelte interpretative dall'esito così incoerente legittimano più d'un dubbio (l'incoerenza risulta ancor più grave sotto il profilo delle implicazioni derivanti dallo stesso concetto di interpretazione autonoma: v. *oltre*, par. 1.1.4.).

La prospettata tripartizione delle controversie soddisfa solo un antiquato gusto classificatorio; avremmo un equivalente delle *variae causarum figurae* del Digesto, in cui dovrebbero confluire, senza plausibili ragioni sistematiche, le obbligazioni restitutorie, la gestione d'affari, le promesse unilaterali, i titoli di credito, la *culpa in contrahendo* ecc. E' appena il caso di osservare che simile soluzione non sarebbe affatto in linea con la revisione critica della dottrina delle fonti operata dalla civilistica moderna, revisione che guarda più alla funzione delle obbligazioni che all'origine delle medesime: cfr. di MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, 225-240.

D'altra parte, una tripartizione delle controversie, che riservi al foro generale tutte quelle che non sono contrattuali o extracontrattuali, risulta difficilmente giustificabile proprio alla luce dei principi interpretativi enunciati dalla Corte di giustizia. E' stato e attamente osservato da un punto di vista generale (HUET, *Compétence judiciaire*, 67-68), che se il fondamento delle previsioni dell'art. 5 è la prossimità del giudice alla controversia, simile *ratio* non implica affatto un'esigenza di interpretazione restrittiva della disposizione in questione, ma porta anzi a darle applicazione in tutti i casi in cui, in conformità alla stessa *ratio*, è possibile offrire all'attore un'alternativa al foro del domicilio. Si potrebbe anche aggiungere che qui non è neppure il caso di evocare, contro la bipartizione delle controversie relative ad obbligazioni, il criterio dell'interpretazione restrittiva, dal momento che si tratta solo

di predeterminare in via autonoma il contenuto della nozione che delimita la sfera di efficacia della norma.

Nei paragrafi che seguono saranno approfonditi i principi che la Corte di giustizia ha enunciato nell'interpretare la nozione di materia contrattuale. Si cercherà anche di cogliere il complessivo orientamento della Corte per vedere se vi sia già implicita qualche indicazione che permetta di superare l'attuale incertezza sul preciso contenuto di tale nozione.

Come vedremo, la giurisprudenza comunitaria pone alcuni punti fermi, e precisamente:

- a) la materia contrattuale non si identifica con l'accezione di contratto propria dell'uno o dell'altro diritto nazionale;
- b) il riferimento al contratto, inteso nell'accezione comune, vale ad affermare il principio di relatività degli effetti contrattuali;
- c) la materia contrattuale è atta a comprendere obbligazioni che non sono qualificabili come contrattuali alla stregua del diritto applicabile, e viceversa.

Infine, pur con tutte le riserve del caso, trattandosi di una ricostruzione che abbisogna di ulteriori elementi di convalida, dalla giurisprudenza comunitaria sembra altresì lecito dedurre che:

- d) la materia contrattuale coincide con una nozione autonoma di responsabilità contrattuale, da intendersi - in antitesi alla responsabilità extracontrattuale - quale responsabilità che trova fondamento in un relazione diretta e verificabile già esistente tra le parti in causa prima dell'insorgere del danno.

Alla stregua di questa nozione l'intero campo dei rapporti obbligatori potrebbe essere ripartito tra gli artt. 5-1° e 5-3° in base ad un criterio unitario e coerente con la sistematica civilistica (v. *oltre*, par. 1.1.3.).

1.1.1. La nozione autonoma di materia contrattuale.

I principi definatori: obbligazioni *assimilabili* a quelle contrattuali.

Si è detto che la nozione di "materia contrattuale" ha carattere *auto-*

nomo. Occorre ora precisarne il contenuto.

Nella sentenza del 22 marzo 1983, in causa 34/82 *Peters c. Z.N.A.V.*, la Corte di giustizia ha escluso che se ne possa determinare il significato mediante “un semplice rinvio al diritto nazionale di questo o quello Stato interessato” - cioè attraverso una qualificazione *lege fori* o *lege causae* che rende possibili soluzioni divergenti tra gli Stati parte della Convenzione. Per dare “piena efficacia” alla normativa della Convenzione - statuisce la Corte -, il concetto di materia contrattuale deve essere interpretato facendo riferimento “principalmente al sistema e agli scopi della convenzione stessa”.

Va sottolineato che questa pronuncia, come del resto le successive, non reca una definizione astratta di “materia contrattuale”. Per nulla interessata alle elaborazioni sistematiche, la Corte si preoccupa solo di rendere evidenti le opzioni di fondo della Convenzione, innestandole sulla questione sottoposta al suo esame. In coerenza a tale metodo, la sentenza *Peters* qualifica direttamente l’obbligazione controversa affermando che i *rapporti associativi* ricadono nella materia contrattuale anche se la legge applicabile lo esclude.

Si trattava di stabilire se il debito pecuniario nascente da un rapporto di affiliazione ad una associazione munita di personalità giuridica avesse natura contrattuale agli effetti dell’art. 5-1° - la questione appare dubbia per l’ordinamento olandese (*lex fori* nella fattispecie concreta), dove prevale una concezione istituzionale degli enti giuridici che esclude la natura contrattuale dello statuto e delle delibere dell’ente.

La *ratio decidendi* è ricavata dal confronto tra la funzione del criterio di competenza costituito dal luogo di adempimento dell’obbligazione e le conseguenze derivanti dal rapporto associativo. Poiché la Convenzione sottopone la controversia in materia contrattuale al giudice del luogo di adempimento in ragione della prossimità che egli rivela con le questioni legate all’esecuzione dell’obbligazione, e “in ragione degli stretti legami creati da un contratto tra le parti contraenti”, si giustifica, secondo la Corte, l’applicabilità del *forum solutionis* anche nel caso del rapporto associativo, dal momento che esso “*crea tra gli associati stretti vincoli dello stesso tipo di quelli che esistono tra le parti di un contratto*” (cors. agg.) e dal momento che i problemi legati all’attuazione del rapporto (“le circostanze relative al sorgere della controversia”) sono gli stessi nei due casi (la Corte aggiunge che non influisce sull’applicabilità dell’art. 5-1° il fatto che l’obbligazione controversa derivi da una decisione degli organi dell’associazione).

L’*assimilazione* del rapporto associativo a quello contrattuale è dunque il criterio sul quale si fonda la decisione.

Un analogo ordine di idee viene seguito dalla Corte nella sentenza del 10 marzo 1992, in causa C-214/89 *Powell Duffryn c. W. Petereit* dove si afferma che la clausola contenuta nello statuto di una società può costituire un *accordo* attributivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 17.

Ancorché non risolva in termini generali il problema posto dall'art. 5-1° - quali siano le obbligazioni cui la norma fa riferimento -, la decisione, ad intenderla bene, fornisce in proposito un'indicazione della massima importanza.

Per la Corte di giustizia, invero, elemento decisivo per ricondurre il rapporto associativo alla materia contrattuale è il fatto che esso crea tra gli associati un vincolo "analogo" a quello contrattuale tanto sul piano sostanziale quanto agli effetti della competenza: come dire che la "materia contrattuale" non è circoscritta alle sole obbligazioni derivanti da contratto, ma abbraccia anche rapporti assimilabili a quelli contrattuali.

Il principio dell'interpretazione autonoma si precisa così in una regola generale sufficientemente determinata: è possibile includere nella "materia contrattuale" un'obbligazione che la *lex fori* considera non riconducibile alla fattispecie che essa qualifica come contratto, a condizione, però, che l'obbligazione sia assimilabile a quella tipicamente contrattuale.

E' ovvio che la nozione di contratto mantiene tutto il suo peso nella delimitazione della materia contrattuale, ma la Corte ha opportunamente evitato di darne una espressa definizione dato che tra i sistemi giuridici degli Stati contraenti vi è discordanza nella configurazione del contratto. Ad esempio, il deposito gratuito, la donazione e il comodato non rientrano nel *contract* del diritto inglese, mentre vi rientrano le promesse unilaterali: cfr. ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1987, nonché, dello Stesso, la voce *Contratto nei sistemi di common law*, in *Digesto (disc. priv. sez. civ.)*, IV, Torino, 1989, 148-196 (per un'analisi comparata dei vari costituenti della fattispecie contrattuale v. SACCO/DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 1993, 3-102, per il quale "non esiste un unico genotipo del contratto, di cui le varie epifanie legislative e positive siano concrete applicazioni e specificazioni. Il contratto è ab ovo un grappolo di concezioni, tutte legittime e tutte passibili di molteplici realizzazioni" (19-20); v. anche MONATERI-SACCO, voce *Contratto in diritto comparato*, in *Digesto (disc. priv. sez. civ.)*, IV, Torino, 1989, 138).

D'altra parte, ogni tentativo di fissare in via autonoma la nozione di contratto finirebbe per sovrapporre alle fattispecie di diritto interno una nozione tecnicamente approssimativa e bisognosa di continue specificazioni ad opera della stessa Corte di giustizia. Lo stesso concetto di "*lien contractuel*" che prima abbiamo incontrato (v. la sentenza *Handt*,

sopra, par. 1.1.), e reso esplicito dalla Corte come “*engagement librement assumé d'une partie envers une autre*” (la definizione fa eco alla *convention* di cui agli artt. 1101 e 1108 del *code civil*, il quale ultimo mette in primo piano “*le consentement de la partie qui s'oblige*” : sul rapporto tra lettera della legge e asserita bilateralità del *contrat*, v. SACCO/DE NOVA, 42-48), è una semplice allusione all'idea di contratto. Come meglio si vedrà (par. 1.1.3.), l'introduzione di quel concetto serve ad affermare il principio di relatività degli effetti del contratto nell'ambito della nozione di materia contrattuale.

Per qualche esempio del tipo di problemi che dovrebbe fronteggiare una espressa definizione autonoma di contratto, ove fondata sul generico concetto di “accordo”, come propone KAYE, 490 (e su posizioni non dissimili v. anche O'MALLEY/LAYTON, 390-391), si pensi ai c.d. rapporti contrattuali di fatto e al contratto imposto; o alla controversa figura del “contratto con obbligazioni del solo proponente”, ricostruita dalla nostra dottrina vuoi come contratto vuoi come negozio unilaterale (per l'art. 1333 c.c. “La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso”: eppure nel nostro sistema il contratto è “accordo”, stando all' art. 1321 c.c.): vero è che “il genere ‘accordo’ comprende ipotesi prive di caratteri uniformi”, potendo anche non risultare da due dichiarazioni: SACCO/DE NOVA, 24, e 37-81 per la contestazione anche su base comparatistica del dogma della bilateralità del contratto come negozio (per un'analisi critica della *vulgata* ufficiale che pone la regola del *consenso* a fondamento delle obbligazioni contrattuali, v. altresì, di MAJO, *Obbligazioni*, cit., 176-199; una ricostruzione del rapporto promessa-contratto in termini di dissociazione ovvero commistione, secondo che prevalgano i contrapposti schemi del principio del consenso, valido per l'area di *civil law*, e del principio dell'affidamento valido per l'area di *common law*, è effettuata da MOCCIA, *Promessa e contratto (Spunti storico comparativi)*, RDCiv., 1994, 819).

Si noti che nella determinazione del concetto di “materia contrattuale” nessun aiuto sembra recare la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, la quale è applicabile, a' termini dell'art. 1, alle “obbligazioni contrattuali, nelle situazioni comportanti un conflitto di leggi”.

Poiché la Convenzione non indica il criterio per determinare il carattere “contrattuale” dell'obbligazione, il rischio che se ne diano qualificazioni divergenti negli Stati che ne sono parte può essere evitato solo con un'interpretazione autonoma, non diversamente da quanto avviene per la Convenzione di Bruxelles (ciò che sarà possibile solo con l'entrata in vigore dei due protocolli concernenti l'interpretazione della Convenzione, a titolo pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia: in proposito, v. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, 25-28) L'allineamento, se non l'unificazione, dei concetti di “materia contrattuale” ed “obbligazione contrattuale”, di cui alle due Convenzioni, è generalmente visto con molto favore dalla dottrina (cfr., tra gli altri, LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP, 1991, 292-293; BALLARINO/BONOMI,

Materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma, in La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione. Lectio notariorum. (a cura di BALLARINO), Milano, 1994, 89-90; DAVI'. *La responsabilità extracontrattuale nel nuovo diritto internazionale privato italiano.* (Estratto dal Digesto IV ed., UTET). Torino, 1997, 93-95. Questa operazione, che difficilmente potrebbe avvenire rimettendo in discussione l'*acquis* interpretativo della Convenzione di Bruxelles, pare scontrarsi con la diversità di ambiti ed esigenze cui tali concetti corrispondono. Basti considerare l'esclusione delle obbligazioni cartolari dall'ambito della Convenzione di Roma (art. 1, par. 2, lett. c), laddove la loro inclusione nella nozione di "materia contrattuale" parrebbe ammissibile non solo per la prevalente qualificazione contrattuale che esse ricevono negli Stati parte della Convenzione di Bruxelles (cfr. BALLARINO/BONOMI, 91; v. *oltre*, par. 1.1.3.), ma anche per le stesse esigenze sistematiche proprie della determinazione della competenza in materia contrattuale. Naturalmente, ciò non esclude che l'interpretazione delle nozioni in parola vengano in gran parte a coincidere, ma il problema è rappresentato appunto dalle zone di confine, dagli istituti che fuoriescono dall'ambito della nozione accolta dalla Convenzione di Roma e che potrebbero invece rientrare in quello della materia cui si applica l'art. 5-1° della Convenzione di Bruxelles.

A ben vedere, infine, non vi è un'effettiva necessità di disporre di una definizione autonoma di contratto *ai fini della determinazione della competenza*. Se il pregio delle definizioni autonome è nella loro grande generalità e adattabilità alle diverse circostanze, allora l'*idea comune di contratto è già una definizione autonoma*. Per questo motivo si può lasciare che il contratto resti un semplice punto di riferimento, una componente indefinita della nozione di "materia contrattuale" la quale appare meglio determinabile attraverso il concetto di *obbligazione* - il secondo elemento della categoria che individua l'ambito d'applicazione dell'art. 5-1°, e in funzione del quale, appunto, viene dettato il criterio di competenza ("luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita").

1.1.2. (Segue). Obbligazioni fondate sul contratto.

La qualificazione della categoria prevista dall'art. 5-1° è stata affrontata dalla Corte di giustizia sotto un ulteriore profilo: quali obbligazioni siano definibili "contrattuali" rispetto alle parti di un contratto.

Al riguardo la giurisprudenza della Corte indica che deve ritenersi contrattuale, agli effetti dell'art. 5-1°, l'obbligazione che trova "fondamento nel contratto" o "nell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale" (sentenza dell'8 marzo 1988, in causa 9/87 *Arcado c. Haviland*).

La fattispecie da valutare era costituita da due domande proposte da un agente com-

merciale autonomo, l'una per il pagamento di commissioni, l'altra per il pagamento di un'indennità dovuta per disdetta arbitraria del contratto. Quanto alla prima la Corte rileva che "non vi è alcun dubbio che la domanda di pagamento di provvigioni dovute in forza di un contratto di agenzia commerciale autonoma *abbia per fondamento stesso questo contratto, e rientri perciò nella materia contrattuale ai sensi dell'art. 5 n.1 della Convenzione*" (cors. agg.); quanto alla seconda domanda, che il convenuto sosteneva riconducibile non all'art. 5-1°, ma all'art. 5-3° perché fondata su un quasi-delitto, la Corte osserva che "la medesima soluzione va accolta per quanto riguarda una domanda avente ad oggetto il versamento di un'indennità per la disdetta arbitraria di detto contratto, dal momento che *tale indennità trova il suo fondamento nell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale*" (cors. agg.). E a sostegno di quest'ultima affermazione vengono da essa portati due argomenti: in primo luogo la direttiva CEE 85/653 del 18 dicembre 1986 concernente gli agenti commerciali indipendenti, la quale ha sancito la natura contrattuale del diritto al preavviso e di conseguenza quella del diritto all'indennità per il mancato preavviso (in realtà la Corte si riferisce all'indennità di fine rapporto di cui all'art. 17 della direttiva); in secondo luogo, l'art. 10 della Convenzione di Roma del 1980 il quale ricomprende nella *lex contractus* le conseguenze dell'inadempimento delle obbligazioni con esso create, "e di conseguenza la responsabilità contrattuale della parte cui è imputabile l'inadempimento stesso".

La qualificazione contrattuale delle obbligazioni "fondate sul contratto" (o nell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale) sarebbe una sconcertante ovvietà se non presupponesse l'autonomia della nozione di materia contrattuale, ciò che equivale al divieto - ribadito dalla Corte nella stessa pronuncia - di interpretare la nozione di materia contrattuale "come un semplice rinvio al diritto nazionale di questo o quello Stato interessato". Solo se si tiene presente quanto messo in evidenza nel paragrafo precedente, vale a dire che *l'art. 5-1° può risultare applicabile anche se l'obbligazione controversa non ha natura contrattuale secondo la legge che la regola*, si può intendere il reale significato del principio secondo cui le obbligazioni fondate sul contratto hanno natura contrattuale ai fini della competenza.

"Fondamento contrattuale" dell'obbligazione dedotta in giudizio è dunque concetto autonomo. Il contratto è il punto di riferimento di molteplici situazioni soggettive, situazioni che vanno valutate empiricamente, cioè astraendo dalla legge regolatrice, nel loro rapporto funzionale con il contratto stesso.

La pregnanza del principio enunciato dalla Corte si può cogliere ove si consideri che esso preclude, nel caso di specie, ogni contestazione sulla

natura della responsabilità per ingiustificata risoluzione del contratto: quando anche la legge applicabile la configurasse in termini extracontrattuali, il ricorso all'art. 5-1° sarebbe senz'altro consentito perché la responsabilità è finalizzata a soddisfare esigenze sorte dall'estinzione del rapporto contrattuale.

E' questo, ci sembra, il motivo per cui la sentenza *Arcado* evita ogni riferimento alla legge applicabile, e solo prende in considerazione testi normativi "comunitari" a conforto della conclusione che l'obbligazione di indennizzo deve ritenersi "fondata sul contratto" (si noti che la pretesa di qualificare come responsabilità da illecito l'ingiustificata risoluzione del contratto sembra effettivamente trovare fondamento nel diritto francese: cfr. VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, t. IV, Paris, 1982, 228-223: "la responsabilité encourue à l'occasion d'une résiliation ou d'une résolution injustifiée est de façon générale, considérée comme délictuelle"; si ammette, tuttavia, che quando è in questione un interesse professionale del danneggiato, "cette responsabilité, théoriquement délictuelle, obéit ... à un statut spécial"; per la natura risarcitoria dell'indennità di fine rapporto prevista dal cit. art. 17 della direttiva CEE, la quale comunque non esclude il risarcimento del danno, v. il commento al medesimo art. di BALDI, in ALPA/ZATTI, *Commentario breve al codice civile, Leggi complementari*, 2^a ed., Padova, 1995, 158-159).

L'esclusivo riferimento ai testi "comunitari" è anche una decisa risposta negativa alle serie argomentazioni svolte dal Regno Unito nella causa *Arcado* a favore della qualificazione della "materia contrattuale" secondo il diritto nazionale applicabile. Per il governo britannico, l'interpretazione autonoma ha il difetto di condurre ad applicazioni del *forum solutionis* a rapporti che possono non essere contrattuali secondo il diritto ad essi applicabile, e viceversa. Simile evenienza, poi, sarebbe in contraddizione col fatto che la determinazione del luogo di esecuzione dell'obbligazione deve invece effettuarsi sulla base della legge regolatrice del rapporto; l'applicazione di questo criterio, secondo il governo britannico, diverrebbe priva di giustificazione se la legge competente venisse ad escludere l'esistenza di un contratto tra le parti. E' chiaro che secondo la Corte di giustizia prevale invece l'esigenza di uniformità di applicazione delle norme di competenza, esigenza che può essere soddisfatta solo attraverso una qualificazione autonoma della materia contrattuale.

Occorre dunque ribadire che il concetto di materia contrattuale - come precisato nella sentenza *Arcado* - prescinde dalle qualificazioni di diritto interno, consentendo di ricondurre all'ambito d'applicazione dell'art. 5-1° tutte le obbligazioni che si presentano *funzionalmente* collegate al rapporto contrattuale, ancorché considerate dalla sua legge regolatrice estranee all'ambito degli interessi contrattuali, quali identificati dalla natura della pre-

stazione, dalla volontà delle parti o dalla legge stessa.

i) L'attribuzione di natura contrattuale agli obblighi che hanno "fondamento" nel contratto, nel significato autonomo che tale concetto assume, rivela la sua importanza in riferimento a quelle concezioni che guardano al rapporto obbligatorio in una prospettiva non più incentrata soltanto sul comportamento che costituisce il contenuto della prestazione (e sull'obbligo risarcitorio che consegue all'inadempimento).

Intendiamo riferirci ai c.d. *obblighi di protezione* (*Schutzpflichten*, *obligations de sécurité*), ossia a quella vasta (e aperta) categoria di obblighi, gravanti su entrambe le parti del rapporto, tesi a preservare la persona e i beni delle stesse parti (nonché di determinati terzi) da lesioni suscettibili di prodursi nella fase di attuazione del rapporto stesso. Caratteristica comune di tali obblighi è tanto la loro autonomia dall'obbligo di prestazione (sicché persistono anche se il contratto è invalido o non è stato concluso), quanto, in caso di violazione, la loro azionabilità - mediante risoluzione del contratto, eccezione d'inadempimento, rimedi cautelari - indipendentemente sia dalle vicende relative alla prestazione principale, sia dalla ricorrenza di un danno attuale.

Gli obblighi di protezione - categoria sostanzialmente riconosciuta anche dalla nostra giurisprudenza (cfr. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 79-110), che ammette altresì contratti con effetti protettivi a favore del terzo (v. Cass., III civ., 22 novembre 1993, n. 11503, GI, 1994, I, 1, 550 e *ivi*, 1995, I, 1, 318, la nota di PINORI) - sono il prodotto di una configurazione del rapporto obbligatorio "come struttura complessa nella quale al nucleo costituito dall'obbligo di prestazione accede una serie di obblighi collaterali o accessori (*Nebenpflichten*) la cui funzione complessiva è di "pilotare" il rapporto verso quel risultato integralmente utile che esso è di per sé volto a realizzare" (CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, EG, vol. XXI, Roma, 1990, par. 1.1.; v. altresì, dello Stesso, *La responsabilità del prestatore di servizi nella proposta di direttiva comunitaria*, FI, 1994, V, 279, nonché, *La nuova responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1997, 181, 186, 188; *adde*, di MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., 121-127, e, sinteticamente, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, 1996, 752-753).

La categoria degli obblighi di protezione ha avuto un considerevole sviluppo nel sistema francese: cfr. VINEY, *Les obligations*, cit. 597-620. Nel nostro ordinamento il fondamento dogmatico degli obblighi di protezione è costituito dall'art. 1175 c.c. ("Il debitore

e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”: principio ritenuto norma integratrice della struttura normativa del rapporto obbligatorio in funzione di un ampliamento dell’area degli interessi da esso tutelati: v. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 509), di cui è specificazione l’obbligo di buona fede nella fase precontrattuale (art. 1337 c.c.), nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e nell’individuazione del contenuto della pattuizione (art. 1366 c.c.).

All’interno di tale categoria si distinguono poi obblighi vari, di informazione, di custodia, di sicurezza, di salvataggio, di segreto, di cooperazione, di conservazione, di volta in volta emergenti in collegamento con il contenuto del rapporto (l’ambito d’applicazione più frequente riguarda i contratti di deposito, albergo, locazione, cura, trasporto, lavoro subordinato, assicurazione, e in genere i contratti che comportano un’esigenza di protezione della persona o dei beni dei contraenti o per la cui esecuzione è richiesta una corretta informazione: cfr. BENATTI, voce *Doveri di protezione*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, IV, Torino, 1991, 221; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit.).

Parrebbe evidente che gli obblighi di protezione, in quanto funzionalmente connessi *ex lege* ad un regolamento contrattuale, siano da ricondurre senza esitazione nell’ambito della “materia contrattuale” contemplata dall’art. 5-1°. La conclusione, però, appare meno scontata quando si consideri che nell’ordinamento tedesco, ad esempio, si tende a far rifluire la problematica degli obblighi di protezione nell’ambito dei c.d. obblighi del traffico (*Verkehrspflichten*) pertinenti all’area dell’illecito aquiliano (v. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., par. 10; ma v. in senso diverso, CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 511, 793, che propende per un *tertium genus* tra responsabilità aquiliana e contrattuale, ritenendo tuttavia che in sede internazionalprivatistica debba darsi la precedenza alla qualificazione delittuale).

Simili divergenze di qualificazione possono essere superate, ai fini della competenza, attraverso la nozione autonoma di “obbligazione che trova fondamento nel contratto”, la quale permette di ricondurre gli obblighi di protezione all’art. 5-1°, quali che siano i termini (contrattuali o extracontrattuali) in cui le relative fattispecie si configurano nei singoli ordinamenti.

Attraverso la categoria degli obblighi di protezione è possibile recuperare all’ambito contrattuale azioni inerenti ad una fattispecie come quella configurata dall’art. 1494, 2° comma, c.c. (“Il venditore deve altresì risarcire i danni derivanti dai vizi della cosa”), quand’anche si trattasse della lesione di diritti assoluti del compratore non connessi con il vinco-

lo negoziale (l'ipotesi della norma codicistica viene ricondotta alla responsabilità extracontrattuale da VISINTINI, *Trattato*, cit., 226-227; per l'ammissibilità del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, Cass. 13 marzo 1980, n. 1696, GI, 1980, I, 1, 1460 e GC, 1980, I, 1914 con nota di ALPA; diversamente, CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 471-480, il quale configura la fattispecie come obbligo di protezione, con relativo termine decennale di prescrizione; dello Stesso, v. anche, *La nuova responsabilità civile*, cit., 94, 138, in nota, per rilievi contrari all'ammissibilità del concorso di responsabilità).

E' opportuno rilevare, stando alle comuni concezioni in tema di concorso di responsabilità (le ricapitola SARAVALLE, *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padova, 1991, 269-280), che in una situazione corrispondente alla fattispecie dell'art. 1494, 2° comma, c.c. si pone in sede conflittuale il problema della legge competente a regolare l'ammissibilità e le conseguenze di un eventuale concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, nonché quello (eventuale) della prevalenza della qualificazione come "danno da prodotto" della domanda di risarcimento, con la conseguente applicabilità della norma di conflitto posta dall'art. 63 l. 218/95 in luogo di quella generale sull'illecito aquiliano dettata dall'art. 62.

Nella soluzione di questi problemi non si può prescindere, a parer nostro, dall'art. 13 della direttiva 85/374/CEE del 25 luglio 1985 sulla responsabilità del produttore (v. il corrispondente (e alquanto riduttivo) art. 15 del d.p.r. 24 maggio 1988, n. 244, attuativo della medesima nel nostro ordinamento: cfr. SARAVALLE, 280-283), nel quale si afferma che la nuova disciplina "lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva" (per il permanere dei diritti *ex contractu*, quindi per la facoltà del compratore di rivolgersi al venditore, a sua volta legittimato a rivalersi nei confronti del suo fornitore, v. Cass., 30 agosto 1991, n. 9277, FI, 1992, I, 82; cfr. anche PONZANELLI, *Dal biscotto alla "mountain bike": la responsabilità da prodotto difettoso in Italia*, nota a Trib. Monza, 20 luglio 1993, FI, I, 1994, 258).

Se per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'art. 63 non sorgono eccessivi problemi - trattandosi di dare la prevalenza, anche alla luce dei concetti e definizioni posti dalla richiamata direttiva, alla normativa più specifica (cfr. DAVI', *La responsabilità extracontrattuale*, cit, 52-53) -, circa l'ammissibilità del concorso ci sembra che il principio posto dall'art. 13 della direttiva possieda un'immediata rilevanza internazionaleprivatistica, tale da far escludere l'applicabilità delle soluzioni che si ritengano valide, sul piano generale, in tema di concorso di azioni (per queste ultime, v. ancora DAVI', 78-81). Sembra, in altri termini, che ove la fattispecie del danno, o meglio la lesione del bene tutelato, si situi in un contesto contrattuale, sia in ogni caso concessa al danneggiato la possibilità di invocare l'una o l'altra delle forme di responsabilità (per i problemi che il concorso di responsabilità pone sotto il profilo della competenza, v. *oltre*, par. 1.1.4.).

Alla luce di quanto precede, sembra doversi ricondurre all'art. 5-1° anche il modello di obbligazione risarcitoria che é alla base della proposta di direttiva sulla responsabilità del

prestatore di servizi, secondo il quale (art. 1) “Il prestatore di servizi è responsabile del danno cagionato per sua colpa nell’ambito della prestazione del servizio, alla salute e all’integrità fisica delle persone o all’integrità fisica dei beni mobili o immobili, compresi quelli oggetto della prestazione”(la proposta è stata presentata dalla Commissione il 9 novembre 1990, G.U.C.E., C 12 del 18 gennaio 1991, 9; recentemente la Commissione l’ha ritirata manifestando il proposito di riesaminarla in un contesto più ampio (v. il doc. Com. (94) 260 def. del 23.6.1994). Sulla proposta, per la definizione di “servizio”, v. GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi*, Napoli, 1994, 302-310).

Anche se la natura di una siffatta responsabilità appare di ardua decifrazione (per il suo carattere contrattuale, v. CASTRONOVO, *La responsabilità del prestatore di servizi*, cit., in rigorosa critica alla qualificazione extracontrattuale proposta da parte delle dottrina tedesca fedele al modello delle *Verkerspflichten*), il richiamo all’ “ambito della prestazione” nel quale insorge la responsabilità del prestatore di servizi, evocativo del contratto tra questi e il destinatario del servizio, non può non deporre per il “fondamento contrattuale” di tale responsabilità agli effetti dell’art. 5-1°. E si noti che venendo detta responsabilità a configurarsi nei confronti di chiunque sia danneggiato in conseguenza del servizio, (in tal senso, e per la natura contrattuale della responsabilità nei confronti dei terzi danneggiati, CASTRONOVO, 277-278, secondo il quale il modello di responsabilità accolto dalla direttiva si traduce in un obbligo di protezione in favore sia del creditore della prestazione sia di terzi), anche chi è terzo rispetto al contratto dovrebbe poter invocare l’art. 5-1°.

1.1.3. (Segue). Configurabilità di una nozione autonoma di responsabilità contrattuale.

Col riconoscimento di rapporti obbligatori “assimilabili” al contratto o “fondati” su di esso, la giurisprudenza comunitaria ci prospetta, come si è appena visto, un’ampliamento della nozione autonoma di materia contrattuale oltre la comune idea di contratto, sancendo al tempo stesso l’irrelevanza della qualificazione della natura della controversia secondo la legge applicabile al rapporto (o secondo la *lex fori*).

Queste prime indicazioni trovano conferma e ulteriore sviluppo, da un punto di vista generale, nella sentenza *Handte* già menzionata nei par. 1.1. e 1.1.1., consentendo - è nostra opinione - di definire in termini appropriati il rapporto tra l’art. 5-1° e l’art. 5-3°. Il discorso torna dunque al punto iniziale, quando si rilevò che queste due disposizioni possono riferirsi, in teoria, sia all’intero campo delle obbligazioni, sia alle sole obbligazioni specificamente derivanti da contratto e da illecito. La sentenza *Handte*

sembra essere di sostegno alla prima soluzione.

a) la sentenza *Handte*.

La sentenza *Handte* afferma che la nozione di materia contrattuale “non può ricomprendere le fattispecie in cui non esista alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra”, e pertanto esclude l'applicabilità dell'art. 5-1° “alla controversia tra il subacquirente di una cosa e il produttore, che non ne sia il venditore, vertente sui vizi della cosa o sulla inidoneità all'uso cui è destinata”.

La Corte di giustizia doveva stabilire se l'azione dell'acquirente finale di una serie successiva di vendite (c.d. vendite a catena) - azione proposta nei confronti del primo venditore (produttore) e diretta al risarcimento del danno per inidoneità della cosa all'uso cui è destinata -, abbia o meno natura contrattuale ai fini dell'applicazione dell'art. 5-1°. Secondo l'ordinamento francese, nel cui ambito tale questione si è concretamente posta, il subacquirente dispone contro il produttore di una *action directe* che ha natura contrattuale (analogamente per il diritto belga e lussemburghese). Negli ordinamenti degli altri paesi aderenti alla Convenzione, la tutela del subacquirente per il danno puramente economico derivante da vizi della cosa - da non confondere con il c.d. danno da prodotto difettoso (v. *oltre*) - resta invece collocata all'interno del rapporto contrattuale con la diretta controparte, a meno che non venga ammessa una responsabilità extracontrattuale a carico del primo venditore: in questo senso è l'orientamento della nostra giurisprudenza la quale, mentre esclude la risarcibilità del danno *ex contractu*, per carenza di ogni rapporto tra acquirente finale e primo alienante, chiama quest'ultimo a rispondere *ex delicto* delle perdite patrimoniali subite dall'ultimo anello della catena negoziale (cfr. Cass. 28 luglio 1986, n. 4833, NGCC, 1987, I, 241 con nota di MORETTI; App. Roma, 19 dicembre 1989, GC, 1990, I, 450).

La soluzione negativa circa l'applicabilità dell'art. 5-1° viene fondata dalla Corte sulla finalità principale della Convenzione di garantire, a chi è stabilito nella Comunità, la massima sicurezza della protezione giuridica: finalità, questa, che impone certezza e prevedibilità dei criteri di competenza. Di qui due ordini di argomenti che inducono ad escludere l'applicazione dell'art. 5-1° all'azione del subacquirente contro il produttore. Il primo consiste nella necessità di interpretare “non estensivamente” le competenze speciali per non menomare la centralità e la preminenza della tutela assicu-

rata dal foro generale: pertanto, la nozione di materia contrattuale non può essere intesa in modo da estendere le competenze derogatrici di tale foro oltre le ipotesi in esse previste, e non può quindi riguardare “*une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre*” (così il testo ufficiale della sentenza). Il secondo, e più rilevante, argomento è la non prevedibilità del foro competente da parte del convenuto ove si applicasse l'art. 5-1° al caso di specie, con conseguente perdita del livello di protezione giuridica voluto dalla Convenzione.

L'impianto argomentativo della pronuncia richiede una precisazione circa il valore del richiamo all'esigenza di interpretazione *non estensiva* delle competenze speciali. Senza ripetere considerazioni già fatte (v. *sopra*, par. 1.1.), ci basterà osservare che la stessa Corte di giustizia non ha considerato tale esigenza come un ostacolo all'espansione della materia contrattuale per includervi rapporti che il diritto interno - sia esso la *lex fori* o *lex causae* - non considera contrattuali (v. *sopra*). Inoltre, tale criterio interpretativo, benché valga ad escludere l'applicabilità dell'art. 5-1° alla fattispecie considerata, non potrebbe incidere sul rapporto tra quest'ultimo e l'art. 5-3° considerati unitariamente.

Ciò premesso, va rilevato subito che la sentenza *Handte* non affronta direttamente la questione che meritava senz'altro di essere chiarita: quale sia la norma applicabile al caso di specie.

In merito a tale questione l'Avvocato generale JACOBS era andato ben oltre la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 5-1°, ed aveva sollecitato la Corte a dichiarare che l'*action directe* del diritto francese deve ricondursi alla “materia delittuale”. Questa conclusione, secondo l'Avvocato generale, poteva essere ricavata dal carattere residuale dell'art. 5-3° affermato nella sentenza *Kalfelis*: carattere - si è già rilevato (v. *sopra*, par. 1.1) - che porta a suddividere i rapporti obbligatori in due categorie e ad ascrivere all'ambito delittuale tutto ciò che esula dalla “materia contrattuale”.

Il silenzio che la Corte osserva in proposito ha suscitato perplessità, inducendo parte della dottrina a chiedersi perché essa non abbia aderito alla tesi dell'applicabilità dell'art. 5-3° pur dichiarando inapplicabile l'art. 5-1°. Si è sostenuto (GAUDEMET-TALLON, 114-115 e RCDIP, 1992, 737; v. anche LECLERC, *Les chaînes de contrats en droit international privé*, JDI, 1995, 283-286; v. anche subito *oltre*) - che l'atteggiamento della Corte ha inteso sancire un'inter-

pretazione restrittiva delle deroghe al foro generale, dimostrando di respingere la tesi dell'Avvocato generale ed indicando implicitamente che alla fattispecie si applica solo l'art. 2 della Convenzione. Se ne dovrebbe quindi inferire che la bipartizione delle controversie in contrattuali ed extracontrattuali, sancita dalla sentenza *Kalfelis*, deve ormai considerarsi superata dall'aggiunta, accanto alle prime due, di una terza categoria di controversie di genere indefinito (cfr. altresì, peraltro dubitativamente, KERAMEUS, *Recenti sviluppi della competenza giurisdizionale in materia extracontrattuale nella Convenzione di Bruxelles*, RDP, 1995, 1172-1173).

Se una risposta esauriente alla questione interpretativa che solleva l'*action directe* del diritto francese avrebbe potuto chiarire definitivamente il rapporto tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3°, tuttavia non sembra che il silenzio della Corte possa avere quel significato che gli si vuole attribuire. A parte il fatto che il quesito interpretativo era limitato all'applicabilità dell'art. 5-1°, la prospettata tripartizione delle controversie relative a rapporti obbligatori contrasta, come si vedrà nel paragrafo seguente, con il principio della qualificazione autonoma della materia contrattuale, principio categoricamente ribadito dalla stessa sentenza *Handte*. Malgrado le apparenze contrarie, la pronuncia sembra procedere nel senso di una espansione della materia contrattuale oltre i limiti della nozione comune di contratto, confermando il carattere residuale della materia dell'illecito e la conseguente suddivisione di tutto il campo delle obbligazioni tra l'art. 5-1° e l'art. 5-3°. Per cogliere tali aspetti è però necessario prestare attenzione al modo in cui la Corte qualifica il rapporto controverso: v. il paragrafo seguente.

aa) l'azione revocatoria (pauliana): la sentenza Reichert II.

Alla conclusione che i rapporti obbligatori debbano essere suddivisi in tre categorie (contrattuali, extracontrattuali e di genere indefinito) giunge anche ANCEL, RCDIP, 1992, 725, in commento alla sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 1992, in causa C-261/90 *Reichert c. Dresdner Bank* (della stessa vicenda tra i coniugi *Reichert*, cittadini tedeschi, e la *Dresdner Bank*, la Corte si era già occupata nella sentenza del 10 gennaio 1990, in causa 115/88, escludendo che l'azione revocatoria (*actio pauliana*) proposta dalla banca tedesca, e tendente alla dichiarazione di inopponibilità dell'atto con il quale i coniugi donavano al proprio figlio la nuda proprietà di un immobile sito in Francia, potesse ricadere nell'ambito dell'art. 16-1°. Con la seconda sentenza *Reichert*, la Corte dichiara inapplicabile all'azione

pauliana anche gli artt. 16-5° e 24, oltre all'art. 5-3°).

Secondo ANCEL, il fatto che questa sentenza escluda che l'azione revocatoria possa ricadere nella competenza prevista dall'art. 5-3°, porta ad includerla in una categoria "innominata" di controversie, sottoposta al solo art. 2 e al cui delinarsi contribuirebbe per l'appunto la stessa sentenza *Reichert*.

Per quanto abilmente sostenuta, questa conclusione lascia perplessi. Intanto, è davvero singolare che proprio la sentenza *Reichert*, che dovrebbe implicitamente consacrare questa terza categoria "innominata" di controversie, insista invece nel richiamo alla sentenza *Kalfelis*, ribadendo che la materia contrattuale comprende ogni azione che metta in causa la responsabilità del convenuto e che non si ricolleggi alla materia contrattuale nel senso fatto proprio dall'art. 5-1°. In buona logica, posto che la Corte ha trovato delle ragioni per escludere l'applicabilità dell'art. 5-3° all'azione pauliana, (ragioni che ora non interessano), richiamando tuttavia anche il carattere complementare e residuale di tale norma rispetto all'art. 5-1°, si dovrebbe concludere, ci pare, che l'azione pauliana ricade proprio nella competenza stabilita dall'art. 5-1°. Che bisogno aveva la Corte di insistere sulla connessione fra l'art. 5-1° e l'art. 5-3°, quando, a supporre che volesse delineare un *tertium genus* di controversie sottoposte solo all'art. 2, sarebbe stato più opportuno evitare l'insistenza su quella connessione e correggere il tiro?

In realtà, la premessa che sorregge la conclusione dell'Autore è che l'art. 5-1° sia per definizione inapplicabile all'azione pauliana, in quanto la norma riguarda unicamente le controversie relative ad obbligazioni sorte tra le stesse parti che sono in causa. Essendo l'azione pauliana rivolta contro chi è terzo rispetto al rapporto che essa garantisce, l'art. 5-1° sarebbe fuori gioco.

Il ragionamento non ci convince per due ragioni. Primo, la premessa suona più come petizione di principio che come asserzione dimostrabile. Né la norma né la Corte di giustizia dicono che il foro dell'esecuzione è riservato alle parti legate dall'obbligazione controversa. La sentenza *Handte* dice che le parti in causa non possono avvalersi dell'art. 5-1° perché tra di esse manca il "rapporto contrattuale", ma non dice che solo le parti del contratto possono avvalersi di tale foro. Si pensi ad una azione di nullità o di simulazione: che sia una parte del contratto o un terzo ad esercitare l'azione, il rapporto in contestazione è sempre il medesimo: perché la competenza dovrebbe variare in funzione del soggetto che propone la domanda?

La seconda ragione di dissenso è che il rapporto al quale occorre fare riferimento per determinare la competenza nel caso dell'*actio pauliana* non è, ci sembra, quello che essa garantisce ma l'altro, quello soggetto a revoca (l'alienazione, la donazione, l'assunzione del debito, ecc. che recano pregiudizio alle ragioni del creditore). E' questo il rapporto che viene in considerazione al fine di far dichiarare l'inefficacia relativa dell'atto dispositivo nei confronti del creditore; di conseguenza, non si vede perché la competenza non debba essere stabilita in riferimento a tale rapporto in base al criterio del luogo in cui l'obbligazione di consegna del bene (o di pagamento, se si tratta di assunzione di debito) è stata o deve essere eseguita. Ai fini della competenza, la fattispecie dell'azione revocatoria non è diversa dall'ipotesi di simulazione fatta valere dal terzo pregiudicato nei propri diritti.

1.1.3.1. (Segue). Nozione autonoma di responsabilità contrattuale e carattere residuale dell'illecito.

Il reale significato della pronuncia *Handte* sembra racchiuso in un passo della motivazione che non si può comprendere adeguatamente se non si tiene ben presente che “materia contrattuale” è nozione autonoma, la quale - come viene ribadito dalla Corte a premessa di tutta la motivazione - “non può pertanto essere interpretata come un semplice rinvio alla qualificazione fornita dal diritto nazionale al rapporto giuridico dedotto dinanzi al giudice nazionale”(nel testo ufficiale francese: “cette notion ne saurait, dès lors, être comprise comme renvoyant à la qualification *que la loi nationale applicable* donne au rapport juridique en cause devant la juridiction nationale”: cors. agg.)

Le affermazioni che ci interessano fanno da conclusione agli argomenti che impongono di evitare l'interpretazione estensiva delle competenze speciali: “Ne consegue - dice la Corte - che la nozione di materia contrattuale... non può ricomprendere le fattispecie in cui *non esista alcun obbligo liberamente assunto* da una parte nei confronti di un'altra. Orbene, nel caso dell'*azione del subacquirente* di una merce acquistata presso un venditore intermediario intentata *avverso il produttore al fine di ottenere il risarcimento del danno* derivante dalla non conformità della cosa, occorre rilevare che *non esiste alcun vincolo contrattuale* tra il subacquirente e il produttore, *in quanto quest'ultimo non ha mai assunto alcun obbligo di natura contrattuale nei confronti del subacquirente stesso*” (cors. agg.).

Il senso di queste affermazioni sta tutto nella premessa che le sorregge. Si consideri la conclusione circa l'inesistenza di un obbligo contrattuale del produttore nei confronti del subacquirente: presa in sé, l'affermazione è falsa perché nel diritto francese è precisamente un obbligo di natura contrattuale quello che il subacquirente fa valere nei confronti del produttore mediante l'*action directe en garantie des vices cachés*, ancorché sia del tutto pacifico che i due soggetti non hanno stipulato un contratto. In altre parole, per la legge francese esiste tra i due soggetti un rapporto obbligatorio che genera responsabilità contrattuale pur in assenza di contratto (cfr. VINEY, op.cit., 223-224, 252, 837; il fondamento teorico-sistematico di questa costruzione giurisprudenziale - trasmissione della garanzia in quanto “accessorio” del bene venduto,

cessione implicita, stipulazione a favore di terzo -, come anche la complessità del quadro normativo che attualmente presenta il diritto francese, per il quale v. in sintesi GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 1992, 732, possono essere trascurati dal momento che la premessa accolta dal giudice di rinvio della causa *Handte* è la natura tipicamente contrattuale dell'azione *de qua*).

Vero è, invece, che la qualificazione operata dalla Corte non ha alcun rapporto col diritto francese. Dato il carattere autonomo della nozione di materia contrattuale, nella qualificazione della controversia ai fini della competenza non si deve affatto tener conto della valutazione espressa dal diritto sostanziale, sia esso la *lex causae* o la *lex fori*. Perciò la Corte può affermare che per la Convenzione non esiste obbligo contrattuale, laddove il giudice francese giungerebbe alla conclusione opposta qualificando la controversia secondo il diritto applicabile.

Viene spontaneo chiedersi, allora, perché la Corte abbia voluto definire preventivamente - *e in termini autonomi* - il tipo di obbligo pertinente alla "materia contrattuale", quando poteva limitarsi, invece, proprio a constatare che tra produttore e subacquirente non esiste *in fatto* un contratto: sarebbe stato il modo più semplice per escludere l'applicabilità dell'art. 5-1°. In altri termini, essa avrebbe potuto dire semplicemente che vi è la materia contrattuale se vi è un contratto tra le parti in causa. La verità è che simile giudizio non può essere formulato unicamente in fatto, perché l'esistenza del contratto presuppone preventivamente individuato un determinato contesto normativo nel quale situare l'attività dei soggetti giuridici. Con un'affermazione di quel genere essa avrebbe inevitabilmente identificato la materia contrattuale - che è, ripetiamo, una nozione autonoma - con il rapporto contrattuale che si costituisce in base ad una certa legge, dando quindi prevalenza alla qualificazione di diritto interno. Avrebbe così ammesso che il rapporto contrattuale sussiste, e sussiste quindi la "materia contrattuale", quando così stabilisce il diritto interno. Non era questo, evidentemente, il risultato voluto. E si può aggiungere, perciò, che la Corte non intendeva nemmeno restringere il campo d'applicazione della norma di competenza ad un determinato tipo di fonte di obbligazioni.

i) Sembra chiaro, dunque, che cosa voglia dire la Corte affermando

che non vi è obbligo contrattuale tra le parti in causa: per negare rilevanza alla qualificazione contrattuale della responsabilità del produttore, e restare nello stesso tempo fedele al metodo dell'interpretazione autonoma, la Corte identifica l'«obbligo contrattuale» - ai sensi dell'art. 5-1° - con quella che deriva da un rapporto direttamente instaurato tra le parti *come nel caso della stipulazione contrattuale*. In altre parole, «obbligo contrattuale», «vincolo contrattuale», «*engagement librement assumé*», sono puri modelli concettuali utilizzabili solo ai fini della determinazione dell'ambito materiale della competenza: formule definitorie - pur sempre dotate di valore normativo - strumentalmente dettate dalla Corte per l'applicazione della Convenzione, le quali prescindono del tutto dalla natura e dalla configurazione del rapporto controverso secondo la legge che lo crea e disciplina.

E' opportuno insistere su questo punto. «Obbligo liberamente assunto» non può significare esistenza di obbligo liberamente contratto secondo una data legge. Se il significato della formula dovesse essere questo, sarebbe la legge interna a dirci se vi sia o meno assunzione dell'obbligo, a definire le condizioni che lo qualificano *liberamente* contratto, a dirci, in definitiva, se ricorra o meno nel caso concreto la «materia contrattuale». Concepita in tal modo, l'autonomia della definizione sarebbe del tutto vanificata. Perché questa possa sussistere, occorre invece che la fattispecie autonoma «assunzione dell'obbligo» venga direttamente riferita alle circostanze concrete sulle quali si fonda la pretesa dedotta in giudizio, senza l'intermediazione di una fattispecie legale desunta da un qualche sistema giuridico. Solo a questa condizione è possibile qualificare autonomamente la materia della controversia alla luce del concetto di materia contrattuale definito dalla Corte per il tramite della fattispecie autonoma «*engagement librement assumé*».

Vedremo in seguito quali riserve si possono fare a questo metodo di qualificazione (*oltre*, par. 1.1.4.). Approfondendo ora il concetto di materia contrattuale enucleato dalla Corte, possiamo notare che proprio il suo carattere autonomo definisce con precisione l'effettivo contenuto della formula «obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra». Nonostante l'assonanza con certe definizioni del *Code civil* - si veda l'obbligo «convenzionale» o contrattuale di cui all'art. 1101, e quella «pu-

ramente volontaria” relativa ai quasi-contratti: art. 1371 -, non ci pare si tratti del concetto autonomo di “contratto” (così, invece, per J.M. BISCHOFF, JDI, 1993,473). Con quella formula la Corte non sembra voler definire autonomamente l’unico tipo di fonte idoneo a generare un’obbligazione in “materia contrattuale”; il concetto è usato in funzione più negativa che positiva, per escludere dall’ambito di applicazione dell’art. 5-1° ipotesi di responsabilità per danni alle quali non corrisponda una relazione diretta fra debitore e creditore. Ne consegue che la nozione di “materia contrattuale” vede integralmente accolto il *principio di relatività degli effetti del contratto*, senza seguire i diritti interni (quello francese, nel caso di specie) nei tentativi, più o meno fruttuosi, di configurare - pur in assenza di stipulazione - un rapporto di tipo contrattuale tra produttore e ultimo acquirente (v. *oltre*).

ii) Peraltro, tutto il contesto della pronuncia, il modo in cui la Corte perviene a negare la qualificazione contrattuale dell’azione del subacquirente nei confronti del produttore, può rivestire quella formula di un significato più ampio. Ci sembra, infatti, che il principio secondo cui la materia contrattuale riguarda solo le ipotesi in cui sussista un “obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un’altra”, nel significato autonomo prima precisato, identifichi in termini generali la condizione in presenza della quale l’art. 5-1° si applica in materia di responsabilità civile, intesa in senso ampio come obbligo di risarcire il danno: la pretesa di risarcimento è riconducibile all’art. 5-1° se fondata sull’affermazione dell’ineranza del danno ad una situazione che già vede autore del danno e danneggiato posti in diretto rapporto nell’ambito di una relazione particolare che programma uno specifico comportamento.

Ecco, dunque, profilarsi un significato autonomo di “materia contrattuale” sul terreno della responsabilità, anziché su quello delle fonti delle obbligazioni; ed ecco anche - se si tiene presente il carattere residuale attribuito dalla Corte di giustizia alla responsabilità da illecito (v. *sopra*, par. 1.1.) - un significato autonomo di “responsabilità contrattuale” accostabile, pur nella diversità dei piani normativi, alla distinzione sistematica, di fon-

damentale rilevanza non solo nel nostro ordinamento, secondo la quale è contrattuale la responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione preesistente tra le parti, quale che ne sia la fonte, laddove è extracontrattuale la responsabilità conseguente al verificarsi di un danno (ingiusto) tra soggetti non legati da alcun rapporto (su questa distinzione, cfr., per tutti, SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, ND, Torino, 1968, XV, 671-672; MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, ED, XXXIX, Milano, 1988, 1072; è contrattuale, pertanto, anche la responsabilità per inadempimento di una obbligazione da fatto illecito in quanto non siano stati risarciti i danni da questo prodotti).

Inadempimento di un rapporto obbligatorio già costituito (o inadempimento *tout court*), e obbligazione che si costituisce *ex novo* in conseguenza dell'illecito sembrano essere, dunque, le situazioni materiali cui fanno riferimento, rispettivamente, le nozioni autonome di materia contrattuale ed extracontrattuale.

Certo, si potrebbe obiettare che se la distinzione è ben chiara in teoria, applicarla in concreto può non essere semplice, posto che la preesistenza dell'obbligo deve essere valutata senza tener conto della "forma" in cui il diritto interno configura la relazione tra le parti. Ma anche qui il concetto autonomo racchiuso nella formula "obbligo liberamente assunto..." sembra porre un punto di riferimento abbastanza preciso, indicando nella preesistenza di una relazione tra soggetti determinati, e qualificata da loro interessi ed aspettative, il dato costitutivo del tipo di rapporto che può dar luogo a "responsabilità contrattuale". In altri termini, la "responsabilità" cui si applica l'art. 5-1° inerisce ad una *relazione specifica* tra due soggetti, direttamente costituita tra loro *prima* dell'insorgere del danno, e in virtù della quale essi vengono a differenziarsi *oggettivamente* dalla generalità dei consociati. Se si vuole, si può anche concludere che la nozione di materia contrattuale è sottesa da una nozione autonoma di "obbligazione contrattuale", ma ciò che propriamente si qualifica "contrattuale" o "delittuale" ai fini della competenza è la responsabilità che viene fatta valere. Si può dire perciò che l'ambito d'applicazione dell'art. 5-1° è circoscritto da un concetto autonomo di responsabilità contrattuale, del quale l'obbligazione contrattuale in senso stretto non è che una parte.

In forma più sintetica la Corte aveva già anticipato questo concetto, ammettendo - si ricorderà - che vanno inclusi nella materia contrattuale

anche rapporti *assimilabili* al contratto o *fondati* su di esso. Se a questo aggiungiamo ora, come si evince dalla sentenza *Handte*, che la materia contrattuale è sinonimo di *inadempimento*, e più in generale di *violazione di un obbligo*, laddove la materia extracontrattuale è sinonimo di *danno senza inadempimento*, cioè lesione di diritti che *non consegue* alla violazione di un obbligo, si dovrà concludere - ci sembra - che la dimensione della categoria dei rapporti che ricadono nell'ambito dell'art. 5-1° è talmente ampia che non vi dovrebbe più essere alcun dubbio circa il carattere residuale dell'art. 5-3° e l'assoggettamento di tutto il campo delle obbligazioni alle competenze speciali: alla "materia di delitti o quasi-delitti" verrà ascritta unicamente la pretesa risarcitoria che non si configuri come inattuazione di un rapporto già instaurato tra le parti.

Sul piano civilistico la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale è formalizzata, nei termini testé ripresi, da CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., passim, e spec. 186: "La differenza tra responsabilità c. d. contrattuale e responsabilità c. d. extracontrattuale si asside proprio in questa diversità strutturale che pone la prima in esito alla violazione di un obbligo funzionale alla realizzazione del diritto e la seconda in esito alla lesione *tout court* di un diritto: la responsabilità civile è sanzione di un <danno che consegue da ogni lesione di situazioni soggettive che non si configuri come violazione di un obbligo>".

Se l'affermazione dell'A. va inserita in un discorso più ampio ed originale, di raffronto tra l'obbligazione ordinaria e la categoria emergente degli "obblighi senza prestazione", la diversità di struttura e funzione dei due ambiti della responsabilità civile è comunque chiara e indiscutibile: cfr. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale*, ED, XXXIX, Milano, 1988, 1187: "la tutela extracontrattuale si distingue da quella apprestata nei confronti di un rischio specifico di danno, creato da una relazione tra la vittima e il responsabile, preesistente al verificarsi dell'evento dannoso" (v. altresì, FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 13-17). Né si tratta di distinzione che appare relativa ad uno specifico ordinamento: il concetto di responsabilità contrattuale, quale disciplina propria alla violazione di ogni obbligo preesistente a carico di un soggetto, anche se di origine non contrattuale, appare essere trasversale agli ordinamenti romano-germanici e di *common law*: v. ancora, CASTRONOVO, *Liability between Contract and Tort*, in *Perspectives of Critical Contract Law* (WILHELMSSON ed.), Aldershot, 1993, 273-291.

iii) Ricostruite e sviluppate in questi termini le nozioni autonome di

materia contrattuale e materia di delitti, possiamo riconoscere sostanzialmente esatta l'intuizione secondo la quale "La <lex fori> du juge saisi n'est plus sa <lex fori communis>, mais une <lex fori communautaris>, et c'est cette dernière qui doit lui fournir les qualifications dont il a besoin, indépendamment de toute autre considération" (J.M. BISCHOFF, JDI, 1993, 471). In effetti, l'interpretazione autonoma crea i concetti materiali della *lex fori* comunitaria, entro i quali va inquadrata la pretesa dedotta in giudizio.

Torniamo ora all'azione del subacquirente nei confronti del produttore: tanto se la pretesa è regolata da una legge che riconosce sussistente una responsabilità extracontrattuale, quanto nel caso in cui la legge regolatrice configuri una responsabilità contrattuale, il giudice deve valutare la pretesa alla luce del concetto autonomo di responsabilità contrattuale, il quale postula l'esistenza di una relazione diretta e qualificata tra autore del danno e danneggiato prima che si verifichi l'evento dannoso. Poiché il giudice rileverà che la pretesa si fonda sull'affermazione di un danno tra soggetti che si pongono come estranei l'uno all'altro, dovrà concludere che la pretesa si inquadra nella materia dell'illecito, senza che debba destare meraviglia, stante il carattere residuale dell'art. 5-3°, il fatto che la norma venga ad applicarsi ad un danno meramente patrimoniale, cioè non consistente nella lesione di diritti assoluti.

L'osservazione finale vale per quanti ritengono che il danno meramente patrimoniale è per definizione estraneo all'illecito aquiliano (CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 79-174). Per l'applicabilità dell'art. 5-3° alla pretesa del subacquirente (danno meramente patrimoniale), sulla scorta del principio affermato nella sentenza *Handte*, v. ora Cass. chambre comm., fin. et écon., 18 octobre 1994, JDI, 1995, 143, con nota favorevole di HUET.

L'applicabilità dell'art. 5-3° nell'ipotesi di vendite a catena è senz'altro sostenibile alla luce del nostro ordinamento, nel quale - v. *sopra* - l'azione concessa al subacquirente viene fondata sull'illecito aquiliano (la soluzione trova indiretta conferma in Cass., sez. un., 15 gennaio 1987, n. 246, RDIPP, 1988, 285, che giudica ammissibile il ricorso all'art. 5-3° pur escludendolo in fatto dal momento che il risarcimento del danno era stato chiesto nel presupposto dell'esistenza di un rapporto contrattuale). Quanto alla determinazione del luogo dell'evento dannoso, indicato come criterio di competenza dall'art. 5-3°, non vediamo nessuna difficoltà a localizzarlo presso il subacquirente stesso quale vittima immediata di esso: nello stesso senso, J.M.BISCHOFF, JDI, 1993, 474; *contra*, le cit. *Conclusioni* dell'Avvocato generale JACOBS. Infine, all'argomento secondo cui l'applicazione dell'art. 5-

3° all'*action directe* deve essere esclusa per difetto di prevedibilità del foro competente da parte del convenuto (GAUDEMET-TALLON, 139), è sufficiente replicare che per lo stesso motivo l'art. 5-3° non andrebbe in pratica mai applicato nella parte in cui contempla il luogo dove si è verificato il danno.

Nella corso della causa *Handte* è stata indebitamente evocata la *responsabilità da prodotto difettoso* quale formalizzata nella direttiva CEE 85/374 (v. *sopra*). La relativa disciplina è venuta configurandosi sul terreno extracontrattuale come fattispecie tipica di responsabilità oggettiva per lesione di diritti assoluti, in antitesi, o piuttosto nell'impossibilità di un accollo al produttore di una responsabilità contrattuale nei confronti di chi gli è terzo. Nei termini fatti propri dalla direttiva, la fattispecie del danno da prodotto è per definizione svincolata da un rapporto negoziale tra danneggiato e responsabile del danno; essa, pertanto non può che essere ricondotta all'art. 5-3° in quanto tipica espressione della "materia di delitto o quasi delitto" (cfr. J.J. FAWCETT, *Products Liability in Private international Law*, cit, 63). Non era questa, dunque, la responsabilità invocata nella causa *Handte*, nella quale l'attore si limitava a far valere, come imprenditore, un danno puramente patrimoniale.

Non si può escludere, peraltro, che il danno da prodotto possa essere recuperato nell'ambito contrattuale in presenza di un contratto tra il produttore e il danneggiato (l'*action directe* del diritto francese va anche oltre, estendendo al subacquirente la garanzia per vizi anche nel caso di lesioni alla persona o cose: di qui, sembra, la confusione con il problema della responsabilità da prodotto nella causa *Handte*). In questo caso riteniamo possa farsi ricorso all'art. 5-1°. Ci sembra, in particolare, che sia questa l'ipotesi, già considerata nel paragrafo precedente, dell'art. 1494, 2° comma c.c.: il compratore che acquista dal produttore e riceve un danno alla persona a causa di un vizio del prodotto, può far valere un'obbligazione di risarcimento "*fondata sul contratto*"; se lo reputa più conveniente, potrà invece invocare la responsabilità extracontrattuale da prodotto difettoso ricorrendo all'art. 5-3° (l'alternativa si basa sull'opinione, che riteniamo la più corretta, secondo cui la disciplina comunitaria non assorbe le discipline di ordine generale che garantiscono altre forme di tutela al danneggiato: v. *sopra*).

1.1.4. Rapporti riconducibili alla materia contrattuale.

Il limite della qualificazione autonoma delle nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale sta nel fatto che l'interprete si trova costretto a qualificare la stessa fattispecie in base a categorie distinte dal punto di vista della Convenzione e del merito della causa, con esiti non necessariamente coincidenti, come nel caso dell'*action directe* del diritto francese che è delittuale ai fini della competenza e contrattuale per il merito della causa (ciò è inevitabile, dovendosi escludere che la decisione sulla competenza possa essere vincolante nel merito della causa: cfr. GAUDEMET-TALLON, 140; KOHLER, *Compétence*

judiciaire, 56; HONORATI, *Concorso*, cit., 288).

Simile conseguenza potrebbe far apparire la qualificazione autonoma una complicazione inutile, visto che la determinazione del luogo d'esecuzione dell'obbligazione deve poi avvenire in ogni caso sulla base della legge applicabile al rapporto (v. *oltre*, par. 1.3.). L'opportunità di rimettere a tale legge anche l'accertamento dell'inerenza del rapporto alla materia contrattuale parrebbe indiscutibile quando il giudice deve qualificare contrattuale la pretesa ai fini della competenza ma deve sottoporla nel merito alla legge regolatrice dell'illecito. A tal fine, per poter fondare la competenza sull'art. 5-1°, egli dovrebbe prendere in considerazione precisamente tale legge e determinare in base ad essa il luogo dove va adempiuto il debito risarcitorio (considerato nel nostro sistema debito di valore da adempiersi, *ex art.* 1182, 4° comma, c.c., al domicilio del debitore: per tale soluzione, ai fini della determinazione della competenza interna, v. Cass. 24 settembre 1979, n. 4929, Arch. giur. circolaz., 1979, 815; cfr. altresì, Cass., 22 novembre 1979, n. 6099; analogamente, ai fini della giurisdizione *ex abrogato art.* 4, n. 2, c.p.c., Cass., sez. un., 20 novembre 1992, n. 12388, BBTC, 1994, II, 10, con nota di BONOMI, *Giurisdizione e reponsabilità della Banca per illegittimo pagamento di assegno non trasferibile*, nonché in RDIPP, 1993, 978).

In apparenza, tutto sarebbe molto più semplice se potessimo dire che nella sentenza *Handte* la Corte ha circoscritto la materia contrattuale alle fattispecie riconoscibili *ictu oculi* come rapporti contrattuali, confinando nell'ambito del foro generale tutto ciò che non risulta essere neppure materia delittuale. Ma a ben vedere, tralasciando la gravità delle conseguenze discriminatorie che questa soluzione produce, di cui s'è già detto, la tripartizione delle controversie relative a rapporti obbligatori non migliorerebbe di molto la situazione, facendo peraltro apparire una grave incoerenza nel sistema della Convenzione.

Tale soluzione, infatti, oltre a fondarsi su una categoria del tutto indefinita, è palesemente in contrasto col principio, nettamente riconfermato proprio dalla sentenza *Handte*, dell'irrilevanza delle qualificazioni operate dal diritto interno: infatti, anche chi sostiene questa tesi è costretto ad ammettere che si finirebbe per ricorrere all'art. 2 in ogni situazione di incertezza o quando i diritti interni si rivelano divergenti, con la conseguenza che la norma di competenza verrebbe ad essere individuata attraverso la qualificazione della controversia secondo il diritto applicabile al merito della

causa (cfr. GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 1992, 737-738). Lo dimostra l'esempio dell'*action directe* del diritto francese. Anche ipotizzando che si debba limitare l'applicazione degli artt. 5-1° e 5-3° al contratto e all'illecito, intesi in senso autonomo ma abbastanza ristretto, in base a quale argomento si dovrebbe concludere che l'azione del subacquirente non è riconducibile all'art. 5-3°? Solo perché nel diritto francese l'azione è contrattuale? La conseguenza è inaccettabile: sarebbe proprio una qualificazione interna, rifiutata dalla Corte rispetto all'art. 5-1°, a determinare in positivo l'applicazione di una norma della Convenzione, l'art. 2, e a limitare in negativo l'applicazione di un'altra, l'art. 5-3°. Lo stesso dicasi per la *culpa in contrahendo*, che dovremmo escludere dalle norme di competenza speciale perché gli ordinamenti interni non concordano nella sua qualificazione (v. *oltre*).

In definitiva, la soluzione che configura un *tertium genus* di controversie, da sottoporre al solo art. 2, porta a risolvere il problema della qualificazione della materia contrattuale con un'applicazione incoerente del metodo dell'interpretazione autonoma, perché condiziona la determinazione del significato autonomo alla concordanza degli ordinamenti interni nella qualificazione della controversia: soluzione che la Corte di giustizia non ha mai prospettato e che contrasta con le stesse finalità che stanno a fondamento dell'interpretazione autonoma, vale a dire con l'uniformità e l'egualianza nell'applicazione del sistema della Convenzione. Questo valore merita di essere preferito all'esigenza di coerenza dei singoli ordinamenti nazionali.

La necessità di una interpretazione autonoma delle categorie utilizzate dagli artt. 5-1° e 5-3° viene messa in particolare evidenza proprio dai complessi sviluppi che si registrano da tempo nel settore della responsabilità civile. È noto che da qualche decennio i sistemi di diritto privato si sono trovati impegnati a fronteggiare un'esuberante richiesta di protezione di nuovi beni e interessi - l'*explosion of liability*, come l'ha definita GILMORE, *The Death of Contract*, 1974 - la quale ha sollecitato gli istituti civilistici del contratto e dell'illecito fino a mettere in crisi la tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, tanto che da più parti si è ritenuto inopportuno, se non impossibile, mantenerla nel suo pieno ed originario vigore (cfr. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077; GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 79; ma v. le opposte considerazioni di CASTRONOVO, *La nuova responsabili-*

tà civile, cit., spec. 175-267).

Non è questa la sede per discutere se la contrapposizione tra le due forme di responsabilità sia ormai al tramonto (l'idea unitarista tende a vedere nella responsabilità extracontrattuale il *genus* di cui quella contrattuale è la *species*: cfr. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, 539) o se sia nel vero, invece, chi contrasta tenacemente l'idea "di una possibile obliterazione delle diversità tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale" (CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit. 103). Posto che la prassi e la maggioranza della dottrina, nel nostro come negli altri ordinamenti, rimangono sostanzialmente fedeli ad una concezione dualista della responsabilità civile (per una sintesi dei dati giurisprudenziali e dottrinali, cfr. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *La responsabilità civile (Rassegna di dottrina e giurisprudenza diretta da ALPA e BESSONE)*, Torino, 1987, I, 291-351, nonché l'*Aggiornamento 1988-1996*, Torino, 1997, 127-152; per profili comparatistici, cfr. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989), sembra il caso di sottolineare, piuttosto, che pur con soluzioni talora sostanzialmente coincidenti nel risultato finale, ciascun sistema giuridico procede secondo propri criteri nell'individuare le modalità e i limiti di utilizzazione degli istituti del contratto e dell'illecito aquiliano, rendendo così obbligata l'assunzione di un punto di vista autonomo dai singoli ordinamenti nel tracciare, ai fini dell'applicazione della Convenzione di Bruxelles, la linea di confine tra area della "materia - o responsabilità - contrattuale" e area della "materia - o responsabilità - da illecito".

D'altra parte, i prospettati inconvenienti dell'autonomia delle nozioni di materia contrattuale ed extracontrattuale non debbono essere enfatizzati.

Innanzitutto, le ipotesi di contrasto tra qualificazione del rapporto ai fini della competenza e del merito richiamano situazioni non inconsuete per chi deve affrontare le problematiche del diritto internazionale privato (si pensi al c.d. conflitto di qualificazioni: per tutti, v. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, 290-303).

Nel diritto processuale comune, poi, la qualificazione *lege fori* dei criteri di competenza giurisdizionale non ha mai messo in imbarazzo la giurisprudenza, la quale vede anzi in tale metodo garanzia di celerità, certezza e uniformità di risultati (cfr. Cass., sez. un., 15 gennaio 1983, n. 319, GC, 1983, I, 319). Dato che il sistema della Convenzione è l'equivalente della *lex fori* - è la *lex fori* comunitaria, come s'è detto sopra -, non sorprende affatto che anche la Corte di giustizia, nella citata sentenza *Peters*, in vista del medesimo obiettivo di semplicità e celerità nella determinazione della competen-

za, abbia completato l'affermazione del metodo autonomo dicendo: "Il rispetto degli scopi e dello spirito della Convenzione esige inoltre un'interpretazione dell'art. 5 della stessa che consenta al giudice nazionale di pronunziarsi sulla propria competenza senza dover procedere all'esame del merito della causa".

Nell'esperienza pratica, infine, la definizione autonoma di "materia contrattuale" - quale sembra precisarsi nel concetto di responsabilità contrattuale - si presenta di facile applicazione. Essa, come s'è visto, si risolve nella qualificazione in termini "contrattuali" di ogni pretesa che si fonda sulla mancata soddisfazione di un interesse che si afferma tutelato nell'ambito di una specifica relazione stabilita con la controparte. Ne risulta un criterio che consente di applicare l'art. 5-1° in base al solo concetto di obbligo - quello stesso, del resto, in cui si specifica il criterio di competenza dettato dall'art. 5-1°. Nessuna importanza avrà sotto questo profilo la fonte dell'obbligo, dato che tutte le obbligazioni si differenziano da quella derivante dall'illecito per il fatto che quest'ultima è l'unica a sorgere *ab initio* come obbligazione di risarcimento del danno al di fuori di una specifica relazione giuridica tra soggetti determinati.

Pertanto, ancorché sia corretta nel risultato, non è da approvare la sentenza della Cass., sez. un., 6 ottobre 1981, n. 5240, GI, 1982, I, 1, 343, con nota di FRANCHI, la quale riconduce la *mediazione* alla materia contrattuale in quanto nel nostro ordinamento è prevalente l'orientamento che la configura come rapporto contrattuale e non come attività che dà origine ad un'obbligazione *ex lege*: anche se fosse quest'ultima l'esatta configurazione, non si potrebbe negare l'applicabilità dell'art. 5-1°.

i) In base alle considerazioni che precedono non dovrebbe esservi alcun dubbio circa l'inerenza alla "materia contrattuale" delle obbligazioni derivanti da atto unilaterale (*promessa di pagamento, ricognizione di debito, promessa al pubblico, titoli di credito*: in questo senso, v. Trib. Padova, 11 aprile 1985, RDIPP, 1986, 391, per il quale va ricondotta all'art. 5-1° la *lettera di credito* poiché "là ove la convenzione ha parlato di materia contrattuale, ha inteso palesemente riferirsi a tutta la materia negoziale e cioè a tutte le obbligazioni aventi causa in una manifestazione di volontà unilaterale, bilaterale o plurilaterale diretta ad effetti giuridici riconosciuti e garantiti dal singolo ordinamento giuridico; nello stesso senso, implicitamente, Trib. Padova, 21 marzo

1985, *ivi*, 374; cfr. anche CARBONE, 78).

Identica conclusione riteniamo s'imponga per la responsabilità derivante dalle c.d. lettere di *patronage* (*comfort letters*, lettere di gradimento) anche nell'ipotesi in cui la dichiarazione del *patronnant* non abbia contenuto specificamente "promissorio".

La "lettera", il cui contenuto può essere il più vario, è rilasciata a favore di una banca per indurla ad accordare o prorogare un credito ad un terzo - il patrocinato - il quale si trova in un certo rapporto di diritto o di fatto col *patronnant*: per un quadro esaustivo della tipologia delle lettere e dei conseguenti problemi di efficacia e responsabilità, v. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986, 53; dello Stesso, v. altresì la voce *Lettere di patronage*, in *Digesto (disc. priv., sez. comm.)*, VIII, 1992, 563; v. anche, DELI/GIARDINA, *Le lettere di patronage*, DCI, 1987, 273. Di recente, Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, GC, 1996, I, 3007, con nota di CALICETI, ha ricondotto la lettera di *patronage* c.d. forte allo schema negoziale di cui all'art. 1333 c.c., peraltro concepito in chiave unilaterale, ritenendo invece rilevante il *patronage* c.d. debole alla stregua degli artt. 1337 e 1338 c.c.

Benché permanga incertezza circa la qualificazione contrattuale o extracontrattuale della relativa responsabilità, ci sembra che essa consegua pur sempre all'instaurarsi di un rapporto che si caratterizza per l'esistenza di un obbligo di correttezza o buona fede, ricollegabile all'affidamento che genera la dichiarazione e come tale, quindi, non confondibile con quel dovere assoluto di non ingerenza in situazioni soggettive altrui che è caratteristico dell'illecito aquiliano.

Sembra soddisfatta, pertanto, la condizione di applicabilità dell'art. 5-1° affermata dalla Corte di giustizia e che si è visto consistere in una relazione specifica tra due soggetti che impegna a tenere un certo comportamento.

Nel senso, invece, che ove debba affermarsi sul piano sostanziale la responsabilità extracontrattuale del *patronnant* divenga applicabile l'art. 5-3°, v. DELI/GIARDINA, 585-587, i quali ritengono che la qualificazione contrattuale o meno della controversia, ai fini della Convenzione, vada tratta anche dagli elementi rilevanti ai fini del merito: soluzione a nostro parere criticabile perché in contrasto con il carattere autonomo delle nozioni utilizzate dagli artt. 5-1° e 5-3°; per la qualificazione in ogni caso contrattuale della responsabilità del *patronnant*, v. Cour de cassation, 3 mars 1992, RCDIP, 1993, 692 con la nota di SINAY-CITERMANN, la quale ritiene preferibile un sistema di fori alternativi, modellato su quello applicabile alla responsabilità da illecito, che consenta alla banca beneficiaria la scelta tra il

giudice della sede della società *patronnant* e quello della sede della società patrocinata o della stessa banca.

ii) Altra fattispecie in ordine alla quale sembra imporsi l'applicazione dell'art. 5-1° è la *culpa in contrahendo*, caso esemplare delle divergenze di qualificazione in materia di responsabilità.

Ad esempio, la *culpa in contrahendo* dà luogo a responsabilità contrattuale in Germania e delittuale in Francia. Il diritto inglese differenzia nettamente la situazione in cui le dichiarazioni delle parti siano sfociate in un contratto, da quella in cui una relazione contrattuale non sia configurabile. La nostra giurisprudenza è compattamente orientata per la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale: v. di recente Cass. 11 maggio 1990, n. 4051, FI, 1991, I, 184, con nota di D. CARUSO; Cass. 12 marzo 1993, n. 2973, NGCC, 1994, I, 120, con nota di PINORI; la dottrina, invece, è profondamente divisa: per superare la contrapposizione tra ricostruzioni in chiave contrattuale ed extracontrattuale si è anche proposta la configurazione di tale responsabilità come *tertium genus*: cfr. per tutti, CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, ED, XXXIX, Milano, 1988, 1265. Per un'ampia panoramica sullo stato della questione negli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, si veda il volume a cura di HONDIUS, *Precontractual Liability*, Deventer, 1991, nonché *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, ICC, 1990.

Il problema della qualificazione della responsabilità precontrattuale sorge anche nell'applicazione delle norme di conflitto; al riguardo v., approfonditamente, DAVI, *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 91-103, che lo risolve nel senso "contrattuale" - con conseguente sottoposizione, ancorché il contratto non sia stato concluso, alla Convenzione di Roma del 1980 - anche sulla base di premesse ed argomenti sistematici (spec. 98-100) in gran parte simili a quelli qui accolti. Coerentemente l'A., 108, ritiene che la *culpa in contrahendo* debba essere ricondotta all'art. 5-1° della Convenzione di Bruxelles (per una diversa opinione, largamente influenzata dalle categorie sistematiche della *lex fori*, che esclude la *culpa in contrahendo* tanto dal novero delle obbligazioni contrattuali quanto dall'ambito di applicazione della Convenzione di Roma, per ricondurla quindi alle obbligazioni *ex lege* o all'illecito (artt. 61 o 62 l. 218/95), v. DE NOVA, *Obbligazioni contrattuali ed obbligazioni nascenti dalla legge: la riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale (Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile)*, Milano, 1996, 141-142).

Sul punto, benché favorevoli alla qualificazione contrattuale (e autonoma) della *culpa in contrahendo*, riteniamo di dover fare qualche osservazione. Siamo perfettamente d'accordo con DAVI' circa il fatto che la responsabilità precontrattuale presuppone un relazione specifica tra i soggetti che entrano in trattativa, relazione che li differenzia dalla generalità dei consociati; come siamo d'accordo sul fatto che la responsabilità contrattuale (nel senso

ampio sopra specificato) in tanto si differenzia da quella extracontrattuale in quanto si fonda su di una relazione particolare e un programma specifico di comportamento (la contrapposizione a quella extracontrattuale in base al carattere relativo o assoluto del dovere, ripresa dall'A., è tradizionale ma criticabile: il precetto *alterum non ledere* non ha nessuna consistenza sistematica: è la lesione della situazione soggettiva in assenza della violazione di un obbligo che integra l'illecito aquiliano e dà origine, come si è detto *sopra*, alla relativa responsabilità).

La natura contrattuale della responsabilità che deriva alle parti in trattativa ci sembra però argomento che prova troppo, poiché si dovrebbe dire, allora, che la Convenzione di Roma si applica a tutte le obbligazioni (od obblighi) che generano responsabilità contrattuale, ossia a tutte le situazioni in cui viene fatta valere una responsabilità che non è extracontrattuale. L'argomento va dunque inteso solo come confermativo delle ragioni che possono trarsi dalla stessa Convenzione di Roma nel senso della sua applicabilità alla responsabilità precontrattuale.

Sulla base di quanto s'è detto circa il criterio con cui la responsabilità civile (in senso ampio) dovrebbe ripartirsi tra gli artt. 5-1° e 5-3°, e dato che il presupposto del verificarsi del danno è necessariamente costituito da una relazione qualificata che si stabilisce tra determinati soggetti giuridici, ci pare che la pretesa di risarcimento formulata a tale titolo debba senz'altro ricondursi alla materia contrattuale in entrambe le ipotesi tipiche in cui questa assume rilevanza (c.d. recesso ingiustificato dalle trattative e mancata comunicazione di causa di invalidità del contratto: v. gli artt. 1337 e 1338 c.c.). Invero, se il "contatto sociale" che si realizza fra le parti è assoggettato ad imperativi di correttezza, buona fede, lealtà, diligenza, tutela dell'affidamento, doveri di informazione ecc., se insomma la risarcibilità del danno si fonda sulla violazione di doveri di comportamento che insorgono in conseguenza della *specificità* della relazione che le parti stabiliscono tra loro, la collocazione più coerente della pretesa di risarcimento sarà nell'ambito dell'art. 5-1°.

Diversamente, CARBONE, 86, nel senso che la violazione di doveri prenegoziali relativi ad un rapporto non perfezionato ricada invece nell'ambito dell'art. 5-3° della Convenzione (ritiene invece che la responsabilità precontrattuale sia in ogni caso riconducibile all'art. 5-1°, RADICATI DI BROZOLO, *La ripetizione dell'indebitato nel diritto internazionale privato e processuale*, in *Collisio legum, Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1997, 430 e nella nota 21, 435; v. analogamente, KAYE, 571).

La distinzione tra ipotesi di responsabilità precontrattuale riconducibili all'art. 5-1°

o all'art. 5-3° ci sembra arbitraria dato che il fondamento della responsabilità è in ogni caso il medesimo; è d'obbligo, in proposito, richiamare quanto osservato da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, RDC, 1956, II, 364, circa la ragione che dal punto di vista sistematico porta ad affermare la natura contrattuale della *culpa in contrahendo*: "Quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede". Per la rilevanza della b.f., al fine di giustificare l'imposizione di obblighi positivi nel corso delle trattative per la conclusione di un contratto di compravendita sottoposto alla Convenzione di Vienna del 1980, v. BONELL, *Formation of Contracts and Precontractual Liability under The Vienna Sales Convention*, in *Formation of Contracts*, cit.).

iii) Anche per la categoria dei quasi-contratti (*gestione d'affari, ripetizione dell'indebito, arricchimento senza causa*) si giustifica l'applicazione dell'art. 5-1° (nel senso, invece, che si debba ricorrere al solo art. 2, v. GAUDEMETALLON, 116; KAYE, 490; per la sottoposizione del debito restitutorio all'art. 5-3° v. invece, CARBONE, 75-76, 85-86; SCHULTSZ, *Compétence judiciaire*, 102).

Questa conclusione non si ricava da forzate analogie con il contratto (in questa direzione muove la soluzione proposta da O'MALLEY/LAYTON, 391, nonché COLLINS, 53, tendente a sottoporre all'art. 5-1° solo le fattispecie che presentano caratteristiche contrattuali). A parte le ipotesi in cui l'obbligazione restitutoria si inquadra in un rapporto già costituito, si tratta solo di riconoscere che il "fatto" cui si riconnette l'effetto giuridico "obbligazione" non può comunque essere qualificato illecito, né secondo le categorizzazioni del diritto civile, né dal punto di vista del sistema della competenza creato dalla Convenzione.

Quanto al sistema del diritto civile, infatti, è indubbio che nonostante la diversità dei modelli cui si conforma nei vari ordinamenti lo statuto normativo delle obbligazioni restitutorie - ed anche ammettendo che essi si polarizzino intorno ad un regime binario, a seconda che il regime restitutorio derivi da fatti contrattuali o extracontrattuali -, si è in presenza di fattispecie che si riassumono tutte in una "obbligazione a carattere restitutorio, avente portata generalizzata, che vuole costituire risposta o rimedio ad un beneficio ottenuto o a un pregiudizio subito, senza che ciò rivesta i caratteri dell'illecito" (così, di MAJO, *Obbligazioni*, cit., 204; sul modello binario delle obbligazioni

restitutorie, anche in chiave comparativa, cfr. ancora di MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, spec. 323-328; *adde*, per ult. rif. e per una sintesi delle sistemazioni legislative e dommatiche delle figure riconducibili al quasi-contratto, SIRENA, *La gestione di affari altrui come fonte quasi contrattuale dell'obbligazione*, *RDCiv.*, 1997, 249-290).

Quanto al sistema della Convenzione, è la stessa Corte di giustizia ad escludere qualsiasi possibilità di ricondurre le varie figure ricomprese nel quasi-contratto alla competenza in materia di “delitti o quasi delitti”. Nella sentenza *Kalfelis*, come si ricorderà (v. *sopra*, par. 1.1.), la Corte ha nettamente affermato che “un giudice competente a norma dell’art. 5, n. 3, a conoscere del punto di una domanda fondato su atti o fatti illeciti non è competente a conoscere degli altri punti della stessa domanda che si fondano su atti o fatti diversi dall’illecito”. Questa affermazione non è un *obiter dictum*, ma la risposta della Corte al giudice di rinvio il quale chiedeva se potesse conoscere, in quanto competente circa una domanda extracontrattuale, di una pretesa fondata anche sull’arricchimento senza giusta causa. Naturalmente, l’affermazione della Corte vale *a fortiori* per le altre figure del quasi-contratto.

Se si accetta in premessa la sottoposizione dell’intero campo delle obbligazioni all’art. 5 (1° e 3°), la distinzione suggerita da alcuni (RADICATI DI BROZOLO, *La ripetizione dell’indebito*, cit., 426-444) tra “obbligazioni restitutorie in qualche modo connesse a fattispecie contrattuali (o pretese tali)” e tutte le altre prive di siffatto collegamento, al fine di sottoporre le prime all’art. 5-1° e le seconde all’art. 5-3°, non pare coerente né con la tradizionale qualificazione di liceità del fatto da cui origina l’obbligazione restitutoria, né con il presupposto della competenza in materia di illecito, che è il verificarsi di un danno (lesione del diritto altrui non costituente violazione di un obbligo: v. *sopra*) e del corrispondente obbligo di risarcimento (cfr. KROPHOLLER, 117). La distinzione proposta enfatizza solo il ruolo del contratto nell’applicazione dell’art. 5-1°, attribuendo alla nozione autonoma di quasi-delitto un’improbabile capacità di assorbimento degli obblighi restitutori (non ci sembra che l’irrelevanza della “colpa” nella fattispecie dell’illecito- “delitto” sia sufficiente, come invece sostiene RADICATI DI BROZOLO, 440-441, per includere le obbligazioni restitutorie non connesse a fatti contrattuali nel concetto di quasi-delitto, anche se va osservato che non sono mancate nella civilistica più antica ricostruzioni tendenti ad accomunare delitti, quasi-delitti e fattispecie di arricchimento ingiustificato: cfr., per riferimenti, SIRENA, 285-286).

La distanza dall’illecito, dell’obbligazione restitutoria da ingiustificato arricchimento, si rivela anche sul piano della problematica del conflitto di leggi, dove si reputa sconveniente estendere all’arricchimento la soluzione generalmente accolta per il primo, e ciò in base

alla constatazione che mentre la disciplina dell'illecito si polarizza intorno alla sfera d'interessi del danneggiato, in quella dell'arricchimento non si può prescindere da una considerazione simultanea della sfera d'interessi dell'arricchito e dell'impovertito: cfr. BALLARINO, *L'arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato*, in *Diritto internazionale*, 1963, 347-349; l'osservazione non perde di valore (cfr. ancora BALLARINO, *Dir. int. priv.*, 732-733; neppure alla luce della nuova disciplina di conflitto introdotta dall'art. 61 l. 218/95, il quale sottopone la gestione d'affari, l'arricchimento senza causa, il pagamento dell'indebitto e le altre obbligazioni legali, non diversamente regolate dalla stessa legge di riforma, alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione.

a) Per una delle fattispecie in questione, l'obbligo di restituzione derivante da atto nullo la giurisprudenza della Corte di giustizia contiene elementi che ne confermano la riconducibilità all'art. 5-1°.

Il problema si è concretamente posto dinanzi ai nostri giudici, i quali, fondandosi unicamente sull'autonomia dell'azione di ripetizione dell'indebitto dal contratto cui l'effettuata prestazione inerisce - e quindi sull'unitarietà di regime delle obbligazioni restitutorie -, hanno escluso l'applicabilità dell'art. 5-1° ad un'azione diretta alla restituzione del prezzo di una compravendita che l'attore asseriva nulla.

Osserva al riguardo la Cass., sez. un., 29 novembre 1989, n. 5224, NGCC 1990, I, 391, con nota di CAMPEIS-DE PAULI: "Ove si abbia chiara la distinzione fra il momento del preteso vincolo in relazione al quale avrebbe senso e significato invocare il n. 1 dell'art. 5 e la restituzione di quanto versato *sine titulo*, risulta evidente che il piano dell'obbligazione contrattuale e quello dell'azione di restituzione non sono collegati fra loro, dato che in tanto potrà trovare fondamento l'azione di restituzione in quanto si neghi l'efficacia giuridica dell'obbligazione che ha costituito il fondamento della *solutio* giustificando il trapasso di denaro da un soggetto giuridico ad un altro. Alla stregua delle svolte considerazioni, focalizzato l'oggetto della lite nei confronti dello straniero nella pretesa alla restituzione della prestazione effettuata in osservanza di un contratto che si sostiene nullo, deve rilevarsi che a fondamento della ripetizione non si invoca una obbligazione contrattuale nel senso fatto palese dalla Convenzione medesima". Per tale orientamento, incidentalmente ritenuto applicabile anche nell'ambito della Convenzione, v. anche App. Milano, 21 febbraio 1984, BBTC, 1985, II, 188 con nota di RADICATI DI BROZOLO, *Questioni di giurisdizione e di legge applicabile in tema di indebitto e di contratto autonomo di garanzia*).

L'inapplicabilità dell'art. 5-1° alla ripetizione dell'indebitto derivante da nullità del contratto, e più in generale alle restituzioni derivanti da contratto successivamente venuto meno, si presta a critiche già dal punto di

vista sistematico che nega il carattere contrattuale dell'azione (cfr. di MAJO, *Restituzioni*, cit., 308-313). Più grave ancora, però, è il fatto che essa si fonda su di una interpretazione della nozione di "materia contrattuale" esclusivamente ancorata alla sistematica del diritto interno, laddove la giurisprudenza della Corte di giustizia non solo conferisce carattere autonomo alla nozione medesima, ma contiene anche chiare indicazioni nel senso che l'azione restitutoria deve qualificarsi contrattuale ai fini dell'art. 5-1°.

Tale conclusione si ricava, a nostro parere, dal principio enunciato dalla Corte nella sentenza del 4 marzo 1982, in causa 38/81 *Effer s.p.a. c. Kantner*, secondo il quale la competenza prevista dall'art. 5-1° non viene meno per il fatto che sia controversa l'esistenza stessa del contratto sul quale si fonda la domanda. Questo principio riguarda direttamente il problema dell'accertamento dei presupposti della competenza, ma i termini in cui esso viene motivato dalla Corte gli conferiscono rilievo anche per le conseguenze che si ricollegano all'invalidità del contratto: "la competenza del giudice nazionale a decidere delle *questioni concernenti un contratto*" - osserva la Corte - "include quella a valutare *l'esistenza degli elementi costitutivi del contratto stesso*, essendo tale valutazione indispensabile al giudice nazionale adito per verificare la propria competenza. Se così non fosse, si rischierebbe di privare l'art. 5 della Convenzione della sua portata giuridica, poiché si ammetterebbe che basta ad una parte eccepire l'inesistenza del contratto per eludere il principio contenuto in tale disposizione" (cors. agg.: è chiaro che l'osservazione è valida non solo per l'inesistenza, ma anche per la nullità del contratto).

Si potrebbe obiettare che altro è l'eccezione e altro l'azione tendente all'accertamento della nullità del contratto, dalla quale si affermi derivare l'inesistenza dell'obbligazione. Per fugare ogni dubbio circa l'applicabilità dell'art. 5-1° all'azione di nullità, è sufficiente osservare che il suo esatto simmetrico, l'azione di declaratoria dell'inesistenza della nullità (eventualmente cumulata con la domanda di condanna all'adempimento), non potrebbe essere proposta se non al giudice indicato da quella norma: formulata in negativo o in positivo, l'azione ha sempre il medesimo oggetto, anche se con segno invertito, consistente nell'esistenza ovvero inesistenza del rapporto contrattuale.

Alcuni ritengono che l'art. 5-1° non possa applicarsi ad azioni di nullità, rescissione, annullamento ecc., poiché in queste ipotesi non si deduce in giudizio alcuna obbligazione che renda possibile l'applicazione del criterio di collegamento costituito dal *forum solutionis*: cfr. LUPOI, *Il luogo dell'esecuzione del contratto come criterio di collegamento giurisdizionale*, Milano, 1979, 144-148; dubitativamente, circa l'azione di nullità, v. altresì GOTHOT/HOLLEAUX, 31; KAYE, 496. Peraltro, contro simile argomento, di valore puramente logico, stanno, ancorché riferite all'abrogato art. 4, n. 2 c.p.c., le incisive considerazioni di ZICCARDI, *I criteri speciali di competenza e la qualificazione delle controversie*, CS, VI, 1954, 55, ripubblicato in ZICCARDI, *Vita giuridica internazionale, Scritti scelti a cura degli allievi*, II, Milano, 1992, 325, il quale dimostra come la categoria delle controversie contemplata dalla norma relativa ai rapporti obbligatori debba intendersi comprensiva di ogni tipo di controversia nella quale la domanda tenda alla valutazione delle conseguenze obbligatorie, *in senso positivo o negativo*, di fatti astrattamente idonei a determinare rapporti obbligatori tra le parti.

Non riteniamo corretta, pertanto, la decisione della nostra Cassazione, sez. un., 25 novembre 1995, n. 12209, RDIPP, 1996, 816 (che sembra invece riscuotere l'approvazione di CARBONE, 74), secondo la quale l'art. 5-1° non può essere applicato (in via analogica) ad una domanda di accertamento negativo dell'esistenza di una determinata obbligazione, in quanto diversa da quella in esso espressamente contemplata e costituita dall'adempimento di una determinata obbligazione (v. peraltro, nel senso dell'applicabilità dell'art. 5-1° anche ad azioni di accertamento negativo - nella specie, inefficacia della garanzia -, Cass., sez. un., 14 maggio 1987, n. 4450, NGCC, 1988, I, 208, con nota di CAMPEIS/DE PAULI).

In senso favorevole all'applicazione dell'art. 5-1° all'azione di nullità (e di accertamento negativo) è comunque la maggior parte della dottrina, ancorché senza precise motivazioni di carattere sistematico: cfr. HUET, *Compétence judiciaire*, 71-72; GAUDEMET-TALLON, 112-113 (nonché, RCDIP, 1983, 516); KROPHOLLER, 98. Circa il criterio di determinazione della competenza nell'ipotesi indicata, v. *oltre*, par. 1.3.).

Posto che l'azione di nullità ricade nell'ambito dell'art. 5-1°, non vi è nessun ostacolo ad ammettere che anche l'obbligazione restitutoria sia riconducibile alla medesima norma: dato il carattere consequenziale dell'azione deducente il credito alla restituzione, sarebbe irrazionale, anche sotto il profilo del rischio di decisioni incompatibili, obbligare la parte a rivolgersi ad un diverso giudice (analogamente GAUDEMET-TALLON, 112; RADICATI DI BROZOLO, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 430), tanto più che la sentenza *Peters* (v. *sopra*, par. 1.1.) impone di interpretare le norme della Convenzione "in modo che il giudice adito non sia indotto a dichiararsi competente a statuire su talune domande, ma incompetente a conoscere di *altre domande pure molto affini*" (cors. agg.).

Conferma di tale soluzione si può rinvenire nell'art. 10, primo comma lett. e della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, a norma del quale la legge applicabile al contratto regola anche le conseguenze della nullità del medesimo (al riguardo, v. JAYME, *L'art. 10 della Convenzione di Roma del 1980 e l'arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, 523; la disposizione può essere oggetto di riserva - si sono avvalse di tale facoltà il Regno Unito e l'Italia -, ma ciò è ininfluenza ai fini della ricostruzione del significato autonomo delle norme della Convenzione di Bruxelles: si ricorderà che la Corte di giustizia ha utilizzato l'art. 10 nel caso *Arcado* (sopra, par. 1.1.2.) al fine di determinare le domande che hanno per fondamento un contratto.

La questione qui analizzata era stata prospettata alla Corte di giustizia dalla *Court of Appeal* per sapere se l'azione restitutoria conseguente alla nullità di un contratto dovesse ricondursi alla materia contrattuale ovvero delittuale. Poiché, però, il quesito si riferiva alle norme interne adottate dal Regno Unito al fine di disciplinare, in termini non perfettamente identici a quelli stabiliti dalla Convenzione, i rapporti tra gli organi giudiziari delle varie unità di cui si compone il suo ordinamento, la Corte di giustizia si è dichiarata carente di competenza a pronunciarsi in merito ad essa: v. sentenza del 28 marzo 1995, in causa *Kleinwort Benson c. City of Glasgow* sulla quale v. le considerazioni da noi svolte in *Delimitazione della giurisdizione italiana mediante rinvio alla convenzione di Bruxelles del 1968 e competenza pregiudiziale della Corte di giustizia*, FI, 1996, IV, 365. Peraltro, la *Court of Appeal*, 25 gennaio 1996, in *International Litigation Procedure*, 1996, 218, si è pronunciata in merito per l'applicazione dell'art. 5-1°, ravvisando nell'azione gli estremi della materia contrattuale.

1.1.4.1. Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Le considerazioni svolte in precedenza consentono di inquadrare opportunamente il problema del concorso (o cumulo) di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ammesso in ipotesi qualificate in *common law*, e in linea generale nel sistema tedesco e italiano, ma recisamente avversato in quello francese (per l'analisi comparatistica, cfr. MONATERI, *Cumulo di responsabilità*, cit.; v. anche, succintamente, SARAVALLE, *Responsabilità del produttore*, cit., 269-283. Circa la problematica del concorso nei conflitti di leggi, v. per tutti, da ultimo, DAVI, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., 75-81).

E' bene precisare che il concorso di responsabilità riguarda solo le

fattispecie in cui un medesimo fatto produttivo di danno si configuri tra le parti del rapporto obbligatorio come inadempimento e al tempo stesso come illecito extracontrattuale. Inoltre, il concorso, ossia l'operare congiunto delle discipline contrattuale ed aquiliana del fatto dannoso, offre al danneggiato la possibilità di far valere tanto l'una quanto l'altra, ma non di cumulare l'utilità economica che ciascuna di esse assicura o di selezionare, sommandoli, aspetti dell'uno e dell'altro regime di responsabilità.

Il concorso vale, nel nostro sistema, limitatamente alla lesione di diritti assoluti; l'ambito in cui esso opera è dunque più ristretto dell'area dell'illecito aquiliano, ove la si concepisca svincolata dalla lesione del diritto soggettivo assoluto: cfr. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (a cura di G. VISINTINI), Milano, 1984, 155. Si noti, peraltro, che in varie convenzioni di diritto uniforme, relative al settore del trasporto (v. anche gli artt. 422 e 423 cod. nav.), il concorso di azioni per contratto e per delitto è assorbito nella specifica disciplina convenzionale: per la natura contrattuale, anche ai fini dell'art. 5-1°, della responsabilità del vettore nei confronti del caricatore per perdita delle cose trasportate, Cass. sez. un., 2 giugno 1992, n. 6665, RDIPP, 1993, 134 (cfr., in proposito, CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, XXVI - t. 2, sez. I, Milano, 1988, 142-147, nonché, LOPEZ DE GONZALO, *La responsabilità extracontrattuale del vettore*, in *La responsabilità civile, Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, cit., *Aggiornamento 1988-1996*, 677-703).

Il problema di competenza che si pone al riguardo può essere evidenziato con un esempio: un'impresa italiana incarica un'impresa tedesca di costruire un attrezzo meccanico; l'attrezzo viene consegnato in Italia come da contratto, quindi utilizzato in un cantiere installato nei Paesi Bassi dove si verifica, a causa di un difetto di fabbricazione, la rottura dell'attrezzo stesso con danni al personale e ad altri beni dell'impresa che resta paralizzata per qualche tempo nella propria attività. Per ottenere il risarcimento del danno l'impresa adisce il giudice italiano invocando contro il produttore entrambi i titoli di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale.

Nel merito della questione ipotizzata, e in particolare quanto all'ammissibilità del concorso di responsabilità, è sufficiente osservare che non si pongono difficoltà di rilievo dal punto di vista conflittuale, dal momento che tutte le leggi in ipotesi interessate lo ammettono: sul problema, e nel senso che la questione non possa essere risolta semplicemente sul piano della qualificazione della domanda, ma debba essere affrontata in concreto, ricercan-

do un principio di coordinamento delle leggi applicabili al merito della controversia, v. comunque, anche per le diverse opinioni espresse al riguardo, SARAVALLE, *Responsabilità del produttore*, cit., 283-297; DAVI, *La responsabilità extracontrattuale*, loc. cit.

Valutando l'esempio dal punto di vista della competenza, osserviamo che il giudice italiano è certamente competente, ex art. 5-1°, a giudicare la domanda sotto il profilo della responsabilità contrattuale, essendo in Italia il luogo d'esecuzione dell'obbligazione di consegna del bene venduto (per la determinazione del *locus solutionis* v. *oltre*, par. 1.3.). Quanto alla responsabilità extracontrattuale, è invece da escludere, a nostro parere, che il giudice italiano possa essere ritenuto competente in base all'art. 5-3°, non realizzandosi in Italia il criterio previsto dalla norma ("luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto").

Il criterio adottato dall'art. 5-3°, come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 30 novembre 1976, in causa 21/76 *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*, comporta la scissione della competenza tra due luoghi, quello "dove è insorto il danno" e quello "dove si è verificato l'evento dannoso", ossia il fatto generatore del danno. Ora, se il luogo dove si è verificato il danno è palesemente il luogo dell'incidente (Paesi Bassi), non ci pare che il luogo dove si verifica il fatto generatore del danno possa identificarsi col luogo di consegna del bene difettoso: fatto generatore cui può essere ricondotta la conseguenza dannosa è il fatto originario (la costruzione difettosa), non la trasmissione del bene da un soggetto all'altro.

Vista sotto il profilo del concorso dei responsabilità contrattuale ed extracontrattuale - nell'ipotesi fatta l'inadempimento (bene difettoso) ha prodotto anche un danno aquiliano - la questione di competenza si risolve nella possibilità o meno che il giudice italiano, in ipotesi competente solo in materia contrattuale, conosca della domanda contro il produttore tedesco anche sotto il profilo della concorrente responsabilità extracontrattuale (lo stesso problema si porrebbe dal punto di vista del giudizio sulla responsabilità contrattuale se l'impresa italiana adisse il giudice dei Paesi Bassi, che in via di principio è competente solo con riguardo all'illecito extracontrattuale; per il giudice tedesco il problema non si pone perché trattati del foro generale la cui competenza non ha limiti per materia).

In altre parole, stando al nostro esempio, quale condizionamento eser-

cita sull'azione di risarcimento, proposta in Italia, il fatto che la competenza stabilita dall'art. 5-1° è limitata alla materia contrattuale? L'impresa italiana può invocare entrambi i titoli di responsabilità in base alla premessa che l'evento dannoso è unico nella sua genesi soggettiva? Il giudice può accordare il risarcimento in base indifferentemente all'uno o all'altro titolo?

Senza prendere in considerazione il problema del concorso di responsabilità, e collocandosi peraltro quasi esclusivamente nella prospettiva delle concezioni anglosassoni, J.J. FAWCETT, *Products Liability*, cit., 77-78, dà per scontato che l'art. 5-1° si applichi all'azione del compratore diretta a far valere una responsabilità del venditore per i danni che noi chiameremmo assoluti ("personal injury or damage to property other than the product itself"). L'affermazione può spiegarsi col rilievo che in *common law* il confine tra *tort* e *contract*, tra illecito aquiliano e responsabilità contrattuale, è meno netto che nei sistemi di *civil law*. Anche per noi è possibile che l'art. 5-1° si applichi in simile ipotesi, ma, come diremo più avanti, a questa conclusione si può giungere attraverso un approfondimento del concetto autonomo di materia contrattuale, in quanto comprensivo della categoria dei c.d. obblighi di protezione (v. *sopra*, par. 1.1.2.).

Si potrebbe osservare che il problema prospettato non ha ragion d'essere perché il principio della qualificazione autonoma della materia contrattuale o extracontrattuale reca già implicito che il giudice possa definire la causa nel merito senza più tenere conto della qualificazione data ai fini della competenza: contrattuale ai fini dell'applicazione dell'art. 5-1°, la domanda potrebbe essere decisa applicando la legge competente per l'illecito e viceversa (tale risultato appare scontato alla luce di tutto il discorso svolto in precedenza: v. anche GAUDEMET-TALLON, 140; KOHLER, *Compétence judiciaire*, 56).

In realtà l'osservazione non si attaglia al caso che stiamo considerando. Il giudice deve valutare i presupposti della competenza alla luce del titolo in base al quale la domanda viene formulata. Se i titoli sono più d'uno, occorre che egli sia competente per ciascuno di essi perché in questo caso le domande sono diverse, sono cioè diverse le cause da decidere. Ed è questa, per l'appunto, la situazione che pare creare il concorso di responsabilità, ma con un particolare che ne complica la valutazione dal punto di vista del sistema della Convenzione: si tratta di vedere se il danneggiato abbia effettivamente a disposizione una o più azioni, il cui fondamento, si è appena detto, è decisivo ai fini della competenza.

Approfondendo la figura del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, va rilevato che essa si presta a due diverse ricostruzioni dal punto di vista dogmatico: concorso di diritti (o di azioni o di pretese), ovvero concorso di norme attributive di un unico diritto o di una pretesa materiale unica (cfr. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità*, cit., 678; di MAJO, *Le obbligazioni*, cit., 221). L'elemento di complicazione sul piano processuale nasce dal fatto che la ricostruzione del concorso in un senso o nell'altro interferisce con le concezioni relative ai criteri di identificazione delle azioni (tema di estrema complessità e per il quale, sotto il profilo che qui interessa, si rinvia a CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, VII, Torino, 1991, 73-77; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 232-265, nonché, dello stesso A., anche per gli orientamenti giurisprudenziali, *Il giudicato civile*, Torino, 1988, 73-77, 99-103, 132-135; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, RDP, 1990, 403-405).

In sintesi, se il "fatto costitutivo" del diritto (*causa petendi*) viene identificato, come vuole la maggioranza della dottrina, con i fatti concreti (che giustificano il *petitum*) considerati alla stregua delle ragioni di diritto prospettate dall'attore, ossia alla stregua di una fattispecie legale, il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è un concorso di diritti o di azioni, con tutte le conseguenze che ne discendono sul piano processuale, ed essenzialmente: mutamento della domanda ove l'attore muti l'indicazione normativa; inesistenza di preclusione da giudicato ove successivamente al rigetto della prima azione venga fatta valere quella concorrente.

Al contrario, si avrà concorso di norme, quindi una sola azione (con opposte conseguenze: libero il giudice di qualificare la domanda secondo una norma diversa da quella indicata dall'attore e libero questi di modificare l'indicazione stessa senza incorrere nel divieto di nuova domanda; preclusione operata dal giudicato di rigetto), ove la *causa petendi* venga ad essere identificata nel concreto accadimento storico, inteso senza riferimento alcuno ad una fattispecie astratta.

La nostra giurisprudenza è prevalentemente orientata nel senso del concorso di azioni: per relative indicazioni cfr. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 332, e per una recente particolare applicazione di simile orientamento Cass. 28 marzo 1991, n. 3350, GI, 1992, I, 1, 2248 con nota di NICCOLINI; in contrario, tuttavia, v. altra non rara giurisprudenza - cfr. sempre ROSSELLO, *loc. cit.* - la quale ammette, tanto ad

opera del giudice quanto della parte, mutamento della qualificazione della *causa petendi* (del risarcimento) da contrattuale ad extracontrattuale, senza che ciò importi modificazione della domanda (per l'ammissibilità della diversa qualificazione, pur escludendo il concorso nel caso concreto, v. anche Cass. 28 luglio 1986, n. 4833, già menzionata a proposito delle c.d. vendite a catena).

Va rilevato che la più recente ed autorevole dottrina processualistica propende per l'unicità del diritto sostanziale fatto valere con le azioni contrattuale ed extracontrattuale: v. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. ALLORIO*, II, 1, Torino, 1980, 191-209; MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit. 102-103 e *amplius*, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, 252-265; CONSOLLO, voce *Domanda giudiziale*, cit. 76, 93; nonché adesivamente, a quanto sembra, PROTO PISANI, *op. cit.*, 404-405: si afferma, in sintesi, che la relazione tra le fattispecie legali, cui è riconducibile un dato complesso di fatti, è tale da escludere che da esso possano scaturire più effetti giuridici, con conseguente unicità della *res in iudicium deducta* ed ammissibilità del mutamento del titolo della domanda).

Valutando ora il concorso di responsabilità dal punto di vista della Convenzione di Bruxelles, ci sembra si debba ammettere che la netta ripartizione del campo dei rapporti obbligatori nelle due categorie della materia "contrattuale" e "delittuale" impone di attribuire preciso rilievo ai profili giuridici della domanda (nel medesimo senso, cfr. anche O'MALLEY/LAYTON, 374-375; COLLINS, 60-61), rendendo di conseguenza improponibile la configurazione del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in termini di concorso di norme e di unicità del diritto fatto valere. In quanto da ciò deriva l'ammissibilità del mutamento dell'indicazione normativa sulla quale si fonda la pretesa, ne verrebbe che il giudice adito con domanda di risarcimento *ex contractu* potrebbe decidere sulla domanda anche se, ad iniziativa propria o della parte, riqualficasse come fatto illecito il *fondamento* della pretesa stessa, invadendo così la competenza stabilita dall'art. 5-3°.

Contro la tesi che ammette il mutamento di prospettazione giuridica della domanda, sta del resto la chiara affermazione della Corte di giustizia, nella citata sentenza *Kalfelis*, secondo la quale "un giudice competente a norma dell'art. 5, n. 3, a conoscere del punto di una domanda fondato su atti o fatti illeciti non è competente a conoscere degli altri punti della stessa domanda che si fondano su atti o fatti diversi dall'illecito". Simile affermazione non solo esclude implicitamente qualsiasi rilevanza generale della

connessione soggettiva, oggettiva e impropria tra azioni proposte (o che si volessero proporre) in uno stesso processo; essa impone altresì di qualificare entrambi gli elementi oggettivi della domanda - *petitum* e *causa petendi* - alla luce delle categorie normative definite negli artt. 5-1° e 5-3°, verificando la reciproca corrispondenza tra gli uni e le altre.

Si noti che l'affermazione - che riteniamo vincolante anche nel caso reciproco (sussistenza della competenza per l'azione contrattuale ma non per quella extracontrattuale) - si riferisce ad una domanda relativa ad un unico evento dannoso dedotto dall'attore a titolo di responsabilità da illecito, di responsabilità contrattuale e di arricchimento senza causa: v. il paragrafo precedente. La Corte si rende ben conto che in conseguenza di tale soluzione "possono sorgere inconvenienti dal fatto che i vari aspetti di una stessa controversia vengano giudicati da giudici diversi", ma ritiene che tali inconvenienti siano rimediabili investendo di tutta la domanda il giudice del foro generale o ricorrendo all'art. 22 relativo alla connessione. Bisogna dire però che si tratta di rimedi del tutto inadeguati, particolarmente in considerazione del fatto che la Convenzione non contempla in via generale l'istituto della connessione. Criticamente, sulle conseguenze che sotto tale profilo discendono dalla sentenza *Kalfelis*, HONORATI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e giurisdizione ai sensi della Convenzione di Bruxelles del 1968*, RDIPP, 1994, 291-297).

Ne consegue che la distinzione degli ambiti materiali di competenza, tracciata dagli artt. 5-1° e 5-3°, è in linea di principio compatibile con una configurazione del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in termini di concorso di diritti o di azioni, con l'ulteriore conseguenza che i giudici ivi indicati potranno solo conoscere dell'azione per cui sono specificamente competenti: nell'esempio fatto inizialmente, quindi, non sarebbe possibile far valere in Italia anche la responsabilità aquiliana, né potrebbero il giudice e l'attore riquilibrare in termini extracontrattuali, in base alla tesi dell'unico diritto, l'azione inizialmente proposta in via contrattuale.

Peraltro, se è vero che l'applicabilità dell'art. 5-1° esige la prospettazione del fatto costitutivo del diritto solo in funzione della tutela contrattuale (oppure extracontrattuale se è in questione l'art. 5-3°), esiste la possibilità di attrarre nell'ambito dell'art. 5-1° gli effetti ulteriori, rispetto all'inadempimento e alla responsabilità contrattuale, della tutela aquiliana: soccorre, in proposito, la categoria degli *obblighi di protezione* cui si è fatto riferimento in precedenza, la violazione dei quali, in quanto li si debba rite-

nere “fondati sul contratto”(v. *sopra*, par. 1.1.2.), può ben essere fatta valere dinanzi al giudice indicato dall’art. 5-1° quand’anche ai fini del merito essi dovessero risultare integrati nella responsabilità da illecito. Ricorrendo a tale categoria, pertanto, la lesione dei diritti assoluti, di cui all’esempio prospettato inizialmente, potrebbe essere fatta valere dinanzi al giudice italiano - supponendo applicabile alla vendita la legge italiana - *ex art.* 1494, 2° comma, c.c., e con prescrizione decennale: v. *sopra*, par. 1.1.2.

Sia pure espressa in termini più generici, e fondata essenzialmente su considerazioni di opportunità, è questa la prospettiva accolta dall’Avvocato generale DARMON nelle sue *Conclusioni* nella causa *Kalfelis*: quando nell’attuazione di un rapporto contrattuale si inseriscono comportamenti configuranti un illecito extracontrattuale, occorre riconoscere che i diversi fondamenti della pretesa di risarcimento si richiamano tutti insieme alla violazione del rapporto, cosicché tutti gli aspetti della controversia vengono “canalizzati” dalla nozione autonoma di materia contrattuale verso la competenza del giudice indicato dall’art. 5-1°. A sostegno di questa conclusione l’Avvocato generale invoca le affermazioni della Corte di giustizia nella causa *Peters*, già menzionata al par. 1.1.1., secondo le quali l’art. 5-1° vuole che “in ragione degli stretti legami creati da un contratto tra le parti contraenti, tutti i problemi che possono sorgere in occasione dell’adempimento di una obbligazione contrattuale possano essere sottoposti allo stesso giudice: quello del luogo di adempimento”, il quale giudice non deve essere “indotto a dichiararsi competente a statuire su alcune domande, ma incompetente a conoscere di altre domande, pure molto affini” (tale posizione è stata ribadita dall’Avvocato DARMON con le *Conclusioni* nella causa 89/91 *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, decisa dalla Corte di giustizia con sentenza del 19 gennaio 1993 senza peraltro esaminare il punto).

In senso favorevole all’attrazione degli aspetti delittuali da parte del rapporto contrattuale v. anche GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 1989, 122 e 1993, 331; KROPHOLLER, 119; sul punto v. altresì, HONORATI, *Concorso*, cit., 297-302, la quale ritiene peraltro più equilibrata la soluzione secondo cui, in materia di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, “il giudice adito per primo potrebbe conoscere di entrambe le domande proposte tra le stesse parti indipendentemente dal fatto che sia competente in forza di altra disposizione convenzionale per entrambe le azioni”.

Estranea al tema del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ancorché da essa prenda spunti di riflessione la HONORATI, è la fattispecie cui si riferisce Cass., sez. un., 4 gennaio 1993, n. 1, RDIPP 1994, 344. La causa è intentata da un concessionario esclusivo di vendita italiano il quale conviene in giudizio il proprio concedente tedesco chiedendone la condanna al risarcimento dei danni sia per fatti integranti inadempimento contrattuale (interruzione delle forniture), sia per ulteriori fatti costituenti concorrenza sleale (denigrazione, storno di dipendenti e di clientela). Il giudice di merito, prima, e la Cassazione poi, rilevando che le domande sono del tutto distinte, perché fondate su diversi elementi di

fatto e di diritto, affermano la giurisdizione in base all'art. 5-3° rispetto all'azione extracontrattuale per concorrenza sleale, mentre la negano nei riguardi dell'azione contrattuale a causa della proroga di competenza in favore del giudice tedesco. Nel caso in questione, dunque, non si poneva alcun problema di concorso di responsabilità essendo stati dedotti in giudizio comportamenti del convenuto distinti sotto il profilo fattuale e giuridico. Per un caso analogo, v. Cass. sez. un., 5 settembre 1989, n. 3838, RDIPP, 1991, 118.

Egualemente distinti sono i fatti posti a fondamento delle domande di risarcimento, a titolo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, considerate sotto il profilo della competenza da Cass., sez. un., 28 ottobre 1993, n. 10704, FI, 1995, I, 942, nonché RDIPP, 1994, 631 (l'attore italiano chiede il pagamento del debito scaduto e i danni nonché il risarcimento per discredito commerciale, mentre il convenuto eccepisce vizi e difetti della merce). In questo caso, pur valutando distintamente le domande sotto il profilo della competenza in materia contrattuale ed extracontrattuale, la Cassazione, forse perché incerta circa la sussistenza del criterio posto dall'art. 5-3°, afferma arditamente la giurisdizione anche sotto il profilo della connessione in base agli art. 22 della Convenzione di Bruxelles e 4, n. 3 c.p.c. (ormai abrogato). Il ricorso a tali norme è sicuramente un abuso - la prima è solo un criterio negativo di giurisdizione: permette al giudice di spogliarsi della causa se connessa ad altra pendente dinanzi al giudice di un altro paese contraente; l'applicazione della seconda era indiscutibilmente esclusa nel campo di efficacia della Convenzione - anche se il contesto in cui è prospettato - richiesta di adempimento, eccezione di difetti della merce e denigrazione - rendono evidente lo sforzo di sopperire alla grave lacuna della Convenzione in materia di connessione.

1.2. L'obbligazione rilevante ai fini della competenza.

La competenza speciale (facoltativa), prevista dall'art. 5-1° in materia contrattuale, spetta "al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio é stata o deve essere eseguita". Di qui la necessità di individuare, prima di tutto, l'obbligazione il cui luogo di esecuzione costituisce il criterio di attribuzione della competenza: indagine che può dar luogo a difficoltà, evidentemente, solo nel caso in cui da un medesimo rapporto derivino più obbligazioni.

Si supponga che il compratore, lamentando la mancata consegna della cosa entro il termine convenuto, voglia chiedere la risoluzione del contratto onde ottenere la restituzione del prezzo già pagato e il risarcimento del danno: quale obbligazione andrà presa in considerazione per determinare il luogo di esecuzione: quella di consegna, quella di pagamento o quel-

la di risarcimento?

L'esistenza di questo problema è stata particolarmente avvertita alla luce dell'originario testo francese della Convenzione, il quale si limitava ad indicare che la domanda andava proposta al giudice "*du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée*" (analogia indeterminatezza nel testo olandese). Considerata la genericità della formula, non era sembrata del tutto esclusa la possibilità di ritenere sussistente la competenza allorquando una qualsiasi obbligazione relativa al rapporto controverso, ancorché non dedotta in giudizio, fosse stata eseguibile nell'ambito territoriale del tribunale adito.

Cfr. WESER, 248; in termini analoghi è stato costantemente inteso dalla nostra giurisprudenza, salvo rare eccezioni, l'abrogato art. 4, n. 2 c.p.c., ritenendosi sufficiente a fondare la giurisdizione italiana l'eseguibilità nel territorio statale di una delle obbligazioni sorte dal rapporto contrattuale: v. la rassegna di MARTINO, *I limiti della giurisdizione italiana nei confronti dello straniero*, GC, 1991, II, 108-109. Per un ampio esame del problema posto dalla determinazione del luogo di esecuzione, alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali dell'art. 5-1°, v. diffusamente, FORLATI, *Luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, RDIPP, 1976, 50; LIZIER TESSIORE, "*Forum solutionis*", *convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e giurisprudenza italiana*, RTDPC, 1980, 113. Cfr. altresì, per un quadro delle principali questioni originariamente prospettate dall'applicazione del criterio in esame: DROZ, *L'interprétation, par la Cour de justice des Communautés, des règles de compétence judiciaire européennes en matière de contrat*, in *Recueil Dalloz Sirey, Chr.*, 1977, 287; GOTHOT/HOLLEAUX, RCDIP, 1977, 761.

Giudicando inammissibile questa interpretazione, in quanto avrebbe portato ad una pluralità di giudici competenti in ordine alla stessa controversia, e reputando più conformi agli obiettivi della Convenzione i testi tedesco ed italiano (nel quale ultimo si parla precisamente di obbligazione "dedotta" in giudizio), la Corte di giustizia ha statuito, nella sentenza del 6 ottobre 1976, in causa 14/76 *de Bloos c. Bouyer*, che l'obbligazione il cui *locus solutionis* viene posto a fondamento delle competenze non è una qualsiasi delle obbligazioni scaturenti dal contratto, ma solo quella "che serve di base all'azione giudiziaria", ovvero "quella corrispondente al diritto su cui si impernia l'azione dell'attore" e specificamente, qualora si tratti di risarcimento o di risoluzione, "quella derivante dal contratto ed il cui inadempimento viene invocato onde legittimare dette domande".

In altri termini, se in un contratto di compravendita il venditore agisce per il pagamento del prezzo, la competenza si riconnette all'obbligazione di pagamento e quindi al luogo dove quest'ultimo deve effettuarsi; se invece è il compratore ad agire per la consegna, varrà il luogo dove questa deve essere effettuata (cfr. KROPHOLLER, 100); e così ancora la competenza si fonda sul luogo di consegna se viene chiesto il pagamento della doppia caparra per inadempimento del venditore.

A seguito della pronuncia della Corte di giustizia, si è provveduto, con la Convenzione di adesione del 1978, ad adeguare i testi francese ed olandese i quali fanno ora anch'essi riferimento all'obbligazione dedotta in giudizio.

La causa cui si riferisce la sentenza *de Bloos* riguardava un contratto di concessione esclusiva di vendita. Lamentando la violazione del diritto di esclusiva e il recesso senza preavviso da parte del concedente francese (la società *Bouyer*), il concessionario belga (*de Bloos*) aveva adito il giudice belga per la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. Alla Corte di giustizia era stato chiesto di precisare se il termine "obbligazione" di cui all'art. 5-1° si riferisse a qualsiasi obbligazione derivante dal rapporto (incluse le vendite stipulate dal concessionario) ovvero all'obbligazione che serve di base all'azione giudiziaria. In questo secondo caso, si voleva sapere se l'obbligazione indicata nell'art. 5-1° andasse riferita all'obbligazione originaria (divieto di vendita ad altri od obbligo di preavviso), oppure all'obbligo di pagare l'equivalente di essa, ovvero all'obbligo di risarcire il danno nell'ipotesi in cui, per effetto della risoluzione o del recesso dal contratto, l'obbligazione originaria venisse ad essere "annullata", o ancora all'obbligo di versare un'equa indennità, ovvero un'indennità integrativa, ai sensi della legge belga.

Il principio enunciato dalla Corte non manca di fondamento razionale. Collegato al titolo causale della domanda (la violazione di uno specifico obbligo, nel caso considerato), il criterio di competenza trova subito una concretizzazione oggettiva: poiché il diritto potestativo di chiedere la risoluzione sorge dall'inadempimento, è l'obbligazione che si fa valere in giudizio a tale scopo, quella più idonea a determinare la competenza; analogamente, poiché il diritto al risarcimento del danno non è un nuovo obbligo o un obbligo autonomo rispetto all'obbligazione originaria, ma è intrinseco e coesistente a quest'ultima (così, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966, III, 12), è di questa obbligazione che si contende in giudizio, e sarà quindi rilevante il luogo di esecuzione di essa, non quello dove sono pagabili i danni.

L'affermazione che la competenza va correlata alla specifica obbligazione su cui viene fondata la domanda è altresì coerente con il principio che ispira tutte le competenze speciali: deferire la controversia al giudice territorialmente più qualificato, quello più vicino ai dati reali della contesa ai fini della prova, di accertamenti tecnici ecc., nonché più vicino al centro in cui si localizzano effettivamente gli interessi e le aspettative delle parti (cfr. KROPHOLLER, 101).

i) Non si è mancato, peraltro, di sottolineare gli aspetti negativi del principio sancito dalla Corte di giustizia.

Gli inconvenienti della regola *de Bloos* - riferimento alla specifica obbligazione dedotta in giudizio - sono stati ritenuti essenzialmente due: la pluralità e la dispersione dei fori competenti in ordine ad uno stesso rapporto, quando si voglia far valere in giudizio la violazione di molteplici obbligazioni; l'insufficienza del criterio stesso quando l'azione non è titolata dall'inadempimento di un obbligo (per i problemi che si pongono in caso di garanzia per vizi, v. *oltre*, par. 1.3. Si noti che la Corte di giustizia, pur rilevando talune difficoltà d'applicazione dell'art. 5-1°, ha confermato la giurisprudenza *de Bloos* nella sentenza del 29 giugno 1994, in causa C-288/92 *Custom Made Commercial Ltd. c. Stawa Metallbau GmbH*: v. *oltre*, par. 1.3.).

Sotto il primo profilo è la stessa sentenza *de Bloos* ad evidenziare le conseguenze problematiche che possono discendere dal riferimento all'obbligazione dedotta in giudizio. Poiché dall'estinzione del rapporto di concessione esclusiva poteva sorgere anche l'obbligo di pagare varie indennità, e indipendentemente dal risarcimento del danno, la Corte di giustizia si è trovata costretta ad ammettere, per coerenza, che se queste obbligazioni sono considerate autonome dalla legge regolatrice del rapporto, ossia non sostitutive di quella originaria inadempita, vi sarà necessariamente per esse un distinto giudice competente.

Afferma la Corte: "Per quanto riguarda le azioni per il versamento d'indennità compensative - (*rectius*: complementari o integrative: sul punto cfr. BISCHOFF/HUET, JDI,

1977, 725) - spetta al giudice nazionale accertare se, in base al diritto da applicarsi al contratto, si tratti di un'obbligazione autonoma o d'una obbligazione sostitutiva dell'obbligazione contrattuale non adempiuta" (in verità - prescindendo dal criterio che verrà poi stabilito dalla Corte per superare il problema - ci sembra più corretto ritenere che il carattere autonomo o meno dell'obbligazione debba essere valutato alla stregua degli obiettivi e del sistema della Convenzione, la legge applicabile potendo solo determinare i caratteri materiali dell'obbligazione in questione: in questo senso v. GOTHOT/HOLLEAUX, 34).

Più in generale, si constata che l'unitarietà della controversia rischia di trovarsi seriamente compromessa dal punto di vista del suo trattamento processuale ogniqualvolta si debba prendere in considerazione una relazione giuridica complessa, costituita da una varietà di diritti, poteri e prestazioni (caso particolarmente frequente nei contratti di appalto, di concessione di vendita, di agenzia, di licenza di diritti di proprietà industriale): l'autonomia rilevanza del "diritto su cui s'impenna l'azione", sancita dalla regola *de Bloos*, obbliga a ricercare il giudice specificamente competente per ciascuna situazione giuridica dedotta in giudizio. Può così accadere che azionando in giudizio una pluralità di obblighi che derivano da un unico rapporto, ma non eseguiti o eseguibili in uno stesso luogo, ad ognuno di essi venga a corrispondere un distinto foro competente.

Tale conseguenza è stata criticata da una parte della dottrina (per tutti, GAUDEMET-TALLON, 117-119; LUPOI A. M., *La competenza in materia contrattuale nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, RTDPC, 1994, 1268-1271), anche in considerazione del fatto che la Convenzione non ha provveduto a regolare compiutamente, in termini generali, l'istituto della connessione (il sistema attribuisce rilevanza, come fattore di modificazione della competenza, solo ad alcune specifiche ipotesi di connessione previste agli artt. 6 e 6 *bis*; nel caso di azioni connesse pendenti dinanzi a giudici di diversi Stati contraenti soccorre invece la sospensione o la riunione dei procedimenti alle condizioni stabilite dall'art. 22, ma con regime ed effetti non del tutto adeguati alle esigenze del coordinamento decisorio).

Peraltro, simile critica va nettamente ridimensionata dal momento che l'inconveniente della dispersione dei fori competenti è stato in gran parte neutralizzato dalla stessa Corte di giustizia, come vedremo subito, attraverso il principio secondo cui in caso di pluralità di obbligazioni de-

dotte in giudizio occorre prendere in considerazione quella che tra di esse si presenta come *principale* (v. paragrafo seguente).

L'altro inconveniente della regola *de Bloos* è stato rilevato in dottrina con riguardo alle azioni di nullità o annullamento (ma si potrebbe pensare anche alla simulazione). Si è detto che in simili ipotesi non vi è una obbligazione controversa poiché l'azione riguarda l'intero rapporto (GAUDEMET-TALLON, 119; v. anche LUPOI M., *Il luogo dell'esecuzione*, cit. 143-146, che considera inapplicabile l'art. 5-1° in quanto la *causa petendi* dell'azione prescinde dall'inadempimento di un determinata obbligazione; l'A. estende l'argomento alla rescissione, ma qui, peraltro, un'obbligazione contestata sussiste).

In realtà, anche se la domanda non è titolata da un fatto deducibile in termini obbligatori, non sembra che si possa escludere l'applicazione dell'art. 5-1°: vuoi perché potrebbe farsi riferimento all'obbligazione gravante su chi propone la domanda per esserne liberato (e non vi sarebbe nulla di anormale, come invece sostiene LUPOI M., 146, se si trattasse di un *forum actoris* : ciò può ben accadere anche quando viene fatto valere l'inadempimento), vuoi perché - e sembra questa la soluzione migliore - vi è la possibilità, che ora vedremo, di prendere in considerazione l'obbligazione principale derivante dal rapporto (cfr. KROPHOLLER, 102. Per la riconducibilità delle azioni di nullità e di accertamento negativo all'art. 5-1° v. *sopra*, par. 1.1.4. *sub iii) a)*).

1.2.1. (Segue). L'obbligazione *principale* dedotta in giudizio.

Il principio secondo cui ogni obbligazione derivante dal rapporto deve considerarsi dotata di autonoma rilevanza ai fini dell'art. 5-1°, può effettivamente produrre conseguenze contrastanti con la necessità, anch'essa affermata dalla sentenza *de Bloos*, "di evitare, nei limiti del possibile, la molteplicità dei criteri di competenza giudiziaria relativamente al medesimo contratto".

Come si è accennato sopra, il contrasto tra i due principi ha tuttavia trovato una composizione grazie alla pragmaticità della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha indicato come debba farsi fronte al rischio di una dispersione della competenza in una pluralità di fori.

La questione si è presentata concretamente, per la prima volta, in relazione ad un contratto di rappresentanza commerciale che il giudice di merito riteneva di dover qualificare come rapporto di lavoro subordinato. Essendo la domanda giudiziale basata su varie obbligazioni localizzabili in più d'uno Stato, il giudice adito si era trovato nella necessità di individuare l'obbligazione su cui fondare la propria competenza.

La Corte di giustizia, con la sentenza del 26 maggio 1982 in causa 183/81 *Ivenel c. Schwab*, ha ritenuto che in un caso siffatto le norme della Convenzione devono essere interpretate "*in modo tale che il giudice adito non si trovi indotto a dichiararsi competente per decidere su talune domande, ma incompetente per conoscere di talune altre*", concludendo, anche in base ad altri argomenti, che "l'obbligazione da prendere in considerazione per l'applicazione dell'art. 5 n. 1 della convenzione in caso di domande su varie obbligazioni derivanti da un contratto di rappresentanza che lega un lavoratore dipendente ad un'impresa, è quella che *caratterizza* il contratto" (cors. agg.).

Quest'ultimo principio, che si trova ora superato da una disposizione appositamente dettata per i rapporti di lavoro subordinato (v. *oltre*, par. 1.4.), è stato sempre ritenuto applicabile dalla dottrina maggioritaria esclusivamente alla materia del lavoro (cfr. GAUDEMET/TALLON, 121; O'MALLEY/LAYTON, 402, 409, 411; KROPHOLLER, 101; diversamente la nostra giurisprudenza: v. *oltre*): solo in tale ambito la *prestazione caratteristica* - e di conseguenza il luogo dove essa si svolge - ha potuto fungere da criterio di determinazione della competenza in deroga alla regola generale che impone di prendere in considerazione l'obbligazione dedotta in giudizio (la stessa Corte di giustizia ha ripetutamente escluso, anche di recente, che la prestazione caratteristica possa assumere rilevanza generale per ogni tipo di rapporto; sui motivi che si oppongono all'accoglimento della prestazione caratteristica quale criterio di competenza, v. *oltre*, par. 1.3.).

Peraltro, non deve essere sottovalutato il motivo fondamentale che ha indotto la Corte di giustizia ad introdurre un'eccezione alla regola posta nell'art. 5-1° (nel testo originario del 1968). La considerazione unitaria dell'insieme degli obblighi e diritti che fanno capo ad una delle parti del rapporto, è stata vista dalla Corte essenzialmente come un mezzo per superare l'in-

conveniente - che si verifica anche nei rapporti di lavoro, ma soprattutto in quelli a struttura più complessa - della loro scomposizione in un fascio di relazioni singolarmente costituite da un diritto e dall'obbligo corrispondente.

Ed appare ben significativo che identica motivazione, a favore della rilevanza unitaria del rapporto, sia stata espressa dalla Corte in riferimento ad obblighi associativi - anche qui vi è un rapporto complesso - onde concentrare presso il giudice del luogo dove ha sede l'associazione la competenza in ordine a controversie su obbligazioni che trovano fonte, separatamente o cumulativamente, tanto nello statuto o nei regolamenti dell'ente, quanto nelle delibere dei suoi organi (v. la sentenza *Peters*, esaminata nei paragrafi precedenti, nella quale viene affermato: "la moltiplicazione dei criteri di competenza per lo stesso tipo di controversie non è atta a favorire la certezza del diritto e l'efficacia della tutela giurisdizionale nell'insieme dei territori che costituiscono la Comunità. *Pertanto le disposizioni della convenzione devono essere interpretate in modo che il giudice adito non sia indotto a dichiararsi competente a statuire su talune domande, ma incompetente a conoscere di altre domande pure molto affini*": cors. agg.).

Si deve constatare, insomma, che quasi contemporaneamente all'affermazione della regola dell'esclusiva rilevanza della singola obbligazione controversa, e pur nel rifiuto di un'applicazione generalizzata del criterio della prestazione caratteristica, non è mancata alla Corte la chiara percezione della necessità di dare unitaria e adeguata soluzione al problema della competenza nei rapporti strutturalmente complessi.

i) Questa soluzione verrà dettata in termini generali dalla sentenza del 15 gennaio 1987, in causa 266/85 *Shenavai c. Kreischer*, la quale ha escluso, al tempo stesso, la possibilità di estendere il criterio della prestazione caratteristica alle prestazioni d'opera intellettuale.

La questione riguarda il pagamento di onorari professionali richiesti da un architetto tedesco, al committente domiciliato nei Paesi Bassi, per l'elaborazione di un progetto relativo a costruzioni da eseguirsi in Germania. In base alla regola *de Bloos*, la competenza sarebbe spettata al giudice olandese (luogo del pagamento), ma l'attore aveva adito il giudice tedesco prospettando come fondamento della competenza il fatto che la prestazione caratte-

ristica del contratto era stata effettuata in Germania, individuandone quindi il luogo di esecuzione o presso lo studio professionale o dove avrebbe dovuto essere realizzato il progetto.

La sentenza *Shenavai* conferma il valore della regola generale (riferimento all'obbligazione dedotta in giudizio) anche per il caso di specie, ridimensionandone tuttavia la portata alla luce di un'approfondita riflessione circa le alternative che permettono di evitare la dispersione dei fori competenti quando sono dedotte in giudizio molteplici obbligazioni.

Al riguardo è importante notare che la Corte si è chiesta se anche nel caso di prestazioni professionali vi siano ragioni che impongono di accogliere il principio della prestazione caratteristica sancito nella sentenza *Ivenel*, rilevando, opportunamente, che analoga soluzione si giustificherebbe soltanto qualora anche nell'opera professionale fosse necessario dare rilievo alla natura della prestazione e al fatto che la domanda coinvolga più obbligazioni.

La conclusione della Corte è che manca ogni ragione di estendere il criterio della prestazione caratteristica a rapporti diversi da quello di lavoro, non solo perché quel criterio è eccezionalmente imposto dalle peculiarità di quest'ultimo rapporto, ma anche perché una generalizzazione indiscriminata di esso potrebbe risolversi in un fattore d'incertezza, troppo varia ed indefinita essendo la tipologia dei rapporti contrattuali.

D'altra parte, sottolinea la Corte, è vero che la regola generale "non fornisce soluzione nel caso particolare in cui la lite verte su più obbligazioni derivanti dallo stesso contratto e che costituiscano il fondamento dell'azione esperita dall'attore. In questo caso, però, *il giudice adito si orienterà sul principio secondo il quale l'accessorio segue il principale; in altre parole, sarà l'obbligazione principale, fra le varie in questione, quella che determinerà la competenza*" (cors. agg.).

La "messa a punto" effettuata dalla sentenza *Shenavai* comporta dunque che la competenza va stabilita con riguardo all'obbligazione principale dedotta in giudizio: si badi, *principale tra quelle dedotte* e non tra tutte quelle derivanti dal contratto.

Analogamente, KROPHOLLER, 101-102, secondo il quale il principio non vale allorché più obbligazioni principali siano dedotte in giudizio, per ciascuna di esse dovendosi

determinare il luogo di esecuzione (cfr. anche HUET, JDI, 1990, 147). Nel senso, invece, che l'obbligazione idonea a fondare la competenza debba essere ricompresa tra quelle principali e caratteristiche di un contratto, v. LUZZATTO, *Il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale come criterio di competenza giurisdizionale*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, II, 835. Per la giurisprudenza italiana, oscillante fra questo criterio e quello della prestazione caratteristica v. *oltre*.

Questa soluzione è stata recisamente avversata da una parte della dottrina, che ne ha messo in risalto le difficoltà d'applicazione: opinabilità del rapporto principale-accessorio, incertezza circa il carattere legale o fattuale di tale rapporto, dubbio circa l'imperatività o meno del riferimento all'obbligazione principale (v. in particolare, DROZ, RCDIP, 1987, 798, favorevole in un primo momento al criterio del luogo di esecuzione dell'obbligazione caratteristica, ma poi sostenitore dell'opportunità di abolire lo stesso art. 5-1°; cfr. anche GAUDEMET/TALLON, 120-121; BISCHOFF e HUET, JDI, 1987, 469-471; LUPOI, M. A., *La competenza*, cit., 1271-1276).

A parte l'ultima questione (vale a dire se la concentrazione delle domande in un unico foro sia o meno facoltativa per l'attore) - questione che riteniamo ormai chiarita dalla successiva sentenza *Mulox* di cui diremo subito -, l'identificazione dell'obbligazione principale tra quelle dedotte in giudizio non presenta difficoltà talmente insormontabili da sminuire l'importanza del principio enunciato dalla Corte di giustizia.

Circa la determinazione in astratto o in concreto dell'obbligazione principale, ci sembra che si debba escludere un riferimento alla struttura tipica del rapporto, perché ciò significherebbe tornare, benché in modo improprio, al criterio della prestazione caratteristica. Per stabilire quale sia l'obbligazione principale, occorrerà guardare di volta in volta alla concreta configurazione del rapporto, alle circostanze che gli fanno da cornice, all'interesse e alla volontà delle parti. Così, ad esempio, non si può attribuire valore determinante a una norma come l'art. 1476 c.c. che indica quali sono le obbligazioni "principali" del venditore: la violazione del patto di esclusiva di vendita (o somministrazione) potrebbe avere rilievo "principale" rispetto all'inadempimento dell'obbligo di consegna delle cose oggetto dell'esclusiva (o rispetto ai vizi della merce); ricorrendo una simile ipotesi, avrà rilievo, ai fini della determinazione della competenza in ordine a tutte le domande, la (localizzazione della) sola obbligazione di esclusiva (per altre

ipotesi in cui rileva il nesso tra una pluralità di obbligazioni, sia pure esaminate in una prospettiva oggi superata. v. LUPOI M., *Il luogo dell'esecuzione*, cit., 137-144).

ii) Circa l'accennato problema del carattere facoltativo o imperativo del riferimento all'obbligazione principale, se cioè l'attore abbia la facoltà di separare le domande portando quella relativa all'obbligazione accessoria o secondaria dinanzi al giudice che sarebbe per essa competente, pare non possa esservi attualmente alcun dubbio che unica ed assorbente sia la competenza del giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione principale.

Il principio è nettamente enunciato dalla sentenza del 13 luglio 1993, in causa C-125/92 *Mulox IBC Ltd c. Geels*, la quale, mentre riconferma (sia pure alla luce della ormai superata versione dell'art. 5-1°) la precedente giurisprudenza relativa al contratto di lavoro (competenza unica del giudice del luogo di prestazione dell'attività lavorativa per tutte le domande derivanti dal rapporto), richiama incondizionatamente la regola generale della sentenza *Shenavai* - competenza unica rispetto alle obbligazioni principale e secondaria, anche se diversamente localizzate - per dedurre che, ove la prestazione del lavoro si svolga in più d'uno Stato, occorre fare riferimento all'obbligazione principale dedotta in giudizio e pertanto al luogo dove è principalmente svolta l'attività lavorativa.

Al di là dello specifico significato della pronuncia per i rapporti di lavoro (pronuncia sostanzialmente riconfermata dalla più recente sentenza del 9 gennaio 1997, in causa *Rutten c. Cross Medical Ltd*: v. *oltre*, par. 1.4.), sembra evidente che la Corte abbia voluto non solo ribadire la valenza generale del principio secondo cui la competenza va determinata con riguardo all'obbligazione principale dedotta in giudizio, ma anche escludere il carattere facoltativo attribuito in dottrina al principio stesso (così si erano orientati. DROZ, RCDIP. 1987, 802; BISCHOFF/HUET, *loc. cit.*): non altrimenti può spiegarsi l'affermazione, posta quale conseguenza necessaria di detto principio, secondo cui l'art. 5-1° non può essere interpretato nel senso che esso "conferisce una competenza concorrente agli organi giurisdizionali di ciascuno Stato contraente" (nell'ipotesi, appunto, di più obbligazioni derivanti dallo stesso contratto e costituenti il fondamento dell'azione esperita dall'attore) (alla medesima conclusione giunge, ora, anche HUET, JDI. 1994, 545).

iii) Malgrado qualche iniziale incertezza, la nostra giurisprudenza si è perfettamente allineata al principio indicato della Corte di giustizia nella sentenza *de Bloos*, giungendo a qualificare *ius receptum* "che si debba fare riferimento unicamente all'obbligazione dedotta in giudizio, all'obbligazione contrattuale cioè che serve di base all'azione giudiziaria, valendo a legittimare la domanda" (così, Cass., sez. un., 24 ottobre 1988, n. 5739, FI, 1989, I, 2878, con nota di PISANESCHI; tra le innumerevoli di analogo tenore: Cass., sez. un., 20 marzo 1986, n. 1971, GI, 1987, I, 1, 912 con nota di ZENO-ZENCOVICH; 15 gennaio 1987, n. 246, RDIPP, 1987, 285; 11 febbraio 1987, n. 1464, *ivi*, 1989, 417; 28 maggio 1987, n. 4795, *ivi*, 1989, 417; 17 marzo 1989, n. 1332, *ivi*, 1991, 172; 20 luglio, 1989, n. 3398, *ivi*, 1991, 475, con ampi richiami a precedenti pronunzie; 10 gennaio 1992, n. 186, FI, 1992, I, 2738 con nota di SILVESTRI; 2 giugno 1992, n. 6665, RDIPP, 1993, 134; 28 ottobre 1993, n. 10704, FI, 1995, I, 942 con nota di ROSCIONI).

iv) Meno compatta è l'adesione della nostra giurisprudenza al principio affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Shenavai*, cioè dell'esclusiva rilevanza dell'obbligazione *principale* dedotta in giudizio.

In talune pronunce la Cassazione, pur riferendosi nominalmente all'obbligazione "caratteristica" del contratto, ha in realtà correttamente applicato il principio che collega la competenza all'obbligazione principale tra quelle dedotte in giudizio.

Si veda, in questo senso, Cass., sez. un., 28 marzo 1990, n. 2500, RDIPP, 1991, 1051, la quale, rilevando nella fattispecie la sussistenza di "una ipotesi in cui, al fine di impedire il frazionamento della controversia tra giudici diversi, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, deve stabilirsi quale (delle diverse obbligazioni dedotte in giudizio riservate alla cognizione di giudici diversi) sia quella che caratterizza il contratto", sembra ritenere ammissibile l'"attrazione", ad opera dell'obbligazione risarcitoria discendente dalla violazione di contratto di agenzia da eseguirsi in Italia, dell'obbligazione di pagamento delle provvigioni ove effettuabile in Germania.

Più esplicita Cass., sez. un., 14 dicembre 1992, n. 13196, RDIPP, 1993, 983, la quale, ritenuto il diritto d'esclusiva (per l'Italia) elemento naturale del contratto d'agenzia cui il convenuto sarebbe rimasto inadempiente, afferma doversi riguardare il corrispondente obbligo "come l'obbligazione caratterizzante il contratto *de quo* e costituente il fondamento dell'azione concretamente proposta, mentre le ulteriori obbligazioni indicate nell'atto di citazione (pagamento delle provvigioni e delle indennità di preavviso, di risoluzione, di clientela nonché del risarcimento del danno) integrano un profilo ulteriore dell'evidenziato assetto contrattuale che, alla stregua della richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e di questa Corte di Cassazione, non possono far venir meno il criterio di collegamento di cui all'art. 5 della convenzione".

Sempre con riguardo ad un rapporto d'agenzia, anche Cass., sez. un., 21 febbraio 1995, n. 1880, RDIPP, 1996, 117, si conforma al principio in esame individuando nel caso concreto, come obbligazione principale tra quelle dedotte in giudizio, quella di pagamento dell'indennità di scioglimento del contratto. Analogamente sembrerebbe l'ordine di idee seguito

da Cass., sez. un., 5 settembre 1986, n. 5438, RDIPP, 1988, 555, secondo cui "qualora a fondamento della domanda di risoluzione venga indicato l'inadempimento di una pluralità di obbligazioni nascenti dallo stesso titolo, il giudice competente per una di esse, in base al criterio del forum destinatae solutionis, è competente anche con riferimento alle altre".

In altre pronunce, invece, la Cassazione sembra confondere l'obbligazione principale dedotta in giudizio con l'obbligazione caratteristica del contratto. In questo senso si veda Cass., sez. un., 13 dicembre 1993, n. 12263, GC, 1994, I, 953, la quale dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano in relazione all'accertamento negativo di un patto d'esclusiva a favore del somministrato straniero (convenuto), in quanto le relative obbligazioni incombenti al somministrante "non possono che ipotizzarsi che come obbligazioni" - di non fare - "da eseguire, quanto meno in prevalenza, nel luogo in cui la stessa convenuta esercita la sua normale attività di commercio" (la pronuncia contiene peraltro affermazioni contraddittorie là dove statuisce doversi prendere in considerazione "l'obbligazione che caratterizza il contratto (se a questo nella sua interezza è riferita la domanda)", escludendo però, nell'eventualità che la domanda postuli un accertamento negativo di qualsiasi contratto tra le parti, la possibilità di determinare rispetto ad essa l'obbligazione o le obbligazioni da adempiersi totalmente o prevalentemente in Italia: è evidente che occorre riferirsi alle pretese obbligazioni di cui si vuole accertare l'inesistenza, agganciando la competenza a quella principale tra di esse: in questo equivoco cade anche Cass. sez. un., 25 novembre 1996, n. 12209, RDIPP, 1996, 816 a proposito della quale v. *sopra*, par. 1.1.4. *sub iii) a*).

Evoca ambigualmente le "principali obbligazioni caratterizzanti" un contratto d'agenzia, Cass., 10 gennaio 1992, n. 186, cit., la quale procede, in realtà, a verificare per ciascuna delle singole obbligazioni dedotte in giudizio quale ne fosse il luogo di adempimento, mentre Cass., sez. un., 27 ottobre 1989, n. 4506, RDIPP, 1991, 137, ammette in via di principio che il giudice potrebbe avere il compito di "procedere alla qualificazione del rapporto, come fonte di una obbligazione a più prestazioni o di più obbligazioni diverse e successive, e di stabilire quale fosse quella caratterizzante l'intero contratto".

Più recentemente la Cassazione, sez. un., 9 giugno 1995, n. 6499, FI, 1997, I, 562 con nota di SILVESTRI, si è nettamente pronunciata in favore del criterio della prestazione caratteristica, aggiungendo al travisamento del principio enunciato dalla Corte di giustizia una sconcertante applicazione dello stesso criterio della prestazione caratteristica (è stata considerata tale, rispetto ad un contratto d'appalto, l'obbligazione del committente). Al riguardo, v. il nostro commento critico alla decisione in FP, 1997, I, 9, *Problemi di giurisdizione in tema di vendita internazionale (o appalto) e di illecito extracontrattuale: falsi itinerari interpretativi della Cassazione italiana*.

1.3. Determinazione del luogo di esecuzione in base alla *lex causae*.

Per determinare il luogo di esecuzione dell'obbligazione fatta valere

in giudizio si deve applicare una regola che risale alla prima pronuncia resa dalla Corte di giustizia sulla Convenzione di Bruxelles, la nota e discussa sentenza *Tessili* (del 6 ottobre 1976, in causa 12/76 *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*) nella quale è posto il seguente principio: “Il <luogo in cui l’obbligazione è stata o deve essere eseguita>, ai sensi dell’art. 5 n. 1... va determinato in conformità alla legge che, secondo il diritto internazionale privato del giudice adito, disciplina l’obbligazione controversa”.

Questa regola comporta in primo luogo che il giudice stabilisca in base alle norme di conflitto del proprio ordinamento quale sia la legge regolatrice del rapporto, e più precisamente dell’obbligazione dedotta in giudizio; individuata tale legge, la c. d. *lex causae*, il giudice accerterà in base ad essa se il luogo di esecuzione dell’obbligazione risulti stabilito nell’ambito della propria circoscrizione territoriale.

Come si vede la regola è di per sé chiarissima, e le tante analisi e problematiche che ha suscitato riguardano più l’opportunità del ricorso alle norme di conflitto, e i criteri materiali di accertamento del luogo di esecuzione, che non il suo significato.

i) luogo in cui l’obbligazione è stata eseguita.

Un aspetto delicato della regola *Tessili*, non privo di rilevanza pratica, concerne la duplice valenza del *forum solutionis* risultante dal riferimento normativo, oltre che al luogo in cui l’obbligazione dedotta in giudizio deve essere eseguita, al luogo in cui l’obbligazione medesima “è stata eseguita” (la distinzione non appare nel testo inglese il quale fa riferimento al “place of performance”; si ritiene, peraltro, che l’espressione non abbia significato diverso da quello degli altri testi: cfr. KAYE, 520).

Si sarà notato che la sentenza *Tessili* dispone l’individuazione della *lex causae* per entrambe le ipotesi. Ora, potrebbe apparire strano che la ricerca della legge applicabile debba compiersi anche per determinare il luogo in cui l’obbligazione è stata eseguita. Non è forse questo un criterio di fatto per il cui accertamento non è necessario ricorrere ad alcuna valutazione giuridica? Se così fosse, nell’enunciato della regola *Tessili* vi sareb-

be qualcosa di troppo e se ne dovrebbe restringere la portata al solo criterio del luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

Secondo LUPOI M., *Il luogo di esecuzione*, cit., 149, la natura di fatto del criterio è indubbia e la sua scelta è altresì estremamente saggia perché preclude l'indagine sul *locus solutionis* ed il connaturato problema della scelta della legge alla stregua della quale determinarlo; la stessa idea è implicita nelle generiche affermazioni della dottrina che contrappongono, quanto al modo di accertamento, luogo dove è *stata* e luogo in cui *deve essere* eseguita l'obbligazione: cfr. DROZ, *Compétence judiciaire*, 269)

La verità è che codesta distinzione tra criteri di fatto e criteri giuridici - a seconda che la determinazione del criterio di collegamento risulti da un'indagine di mero fatto o implichi il ricorso a concetti e principi giuridici - è di dubbia fondatezza e può portare ad illazioni poco felici, come nel caso in esame (la distinzione è criticata da STARACE, voce *Giurisdizione (Limiti della giurisdizione)*, ED, XIX, Milano, 1970, 430-431). Qui è sufficiente rilevare che *avvenuta* esecuzione non può identificarsi con un puro accadimento naturale localizzabile nel tempo e nello spazio senza riferimento alcuno alla fattispecie estintiva dell'obbligo. Esecuzione vuol dire *attuazione* del rapporto obbligatorio, conformità tra l'eseguito e il *dovuto*: e *dovuto* comprende il luogo quale modalità dell'esecuzione (benché la natura giuridica dell'adempimento abbia dato origine a varie teorie, per le quali v. di MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., 355-385, nessuna di esse degrada l'esecuzione a puro fatto materiale privo di qualificazione giuridica: anche quella che ne esalta l'aspetto della *realità* vede nell'adempimento - rileva l'A., 377 - "una sintesi rappresentata da elementi *esecutivi* e da una valutazione di congruenza tra *l'eseguito e il dovuto*").

Da ciò consegue che il luogo dove l'obbligazione è stata eseguita non sarà mai determinabile senza il ricorso ad un criterio di valutazione, sia esso convenzionale o legale. Si pensi all'obbligo di consegna nella compravendita: il semplice fatto della ricezione della merce da parte del compratore nulla dice quanto al luogo dove quell'obbligo è stato adempiuto; quest'ultimo - si veda la differenza tra vendita con spedizione e vendita con consegna all'arrivo - risulterà individuato o dalle prescrizioni della legge che regola il rapporto, o dalla volontà delle parti nella misura in cui esse abbiano fatto uso di un potere loro concesso da tale legge.

Si vede, dunque, che ben a ragione la regola *Tessili* ricollega lo stes-

so metodo di determinazione del luogo di esecuzione tanto al caso dell'avvenuta esecuzione quanto a quello in cui essa debba ancora avvenire. Nel primo caso la regola *Tessili* consente di determinare *ex post* dove è da ritenersi verificata l'attività esecutiva qualificabile come esatto adempimento, e il luogo che ne risulta verrà a coincidere con quello in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

Ciò premesso, non si può escludere che vi possano essere situazioni nelle quali l'accertamento del luogo in cui l'obbligazione è stata eseguita non presenta alcun problema, essendo pacifico tra le parti che l'esecuzione sia avvenuta in quel determinato luogo. Quando però l'esecuzione è avvenuta in luogo diverso da quello prestabilito (dalla legge o dalle parti), sorge l'interrogativo se vi sia competenza concorrente del giudice del luogo in cui l'obbligazione doveva essere eseguita.

Occorre precisare, al riguardo, che una simile alternativa è astrattamente prospettabile solo nel caso in cui l'avente diritto abbia accettato l'esecuzione della prestazione nel luogo diverso da quello prestabilito, rendendo incontestabile, almeno sotto questo profilo, l'esattezza dell'adempimento. Riteniamo perciò errata l'opinione secondo cui il criterio dell'avvenuta esecuzione non richiede che l'attività esecutiva si sia svolta conformemente al dovuto, né che vi sia stata accettazione (GORNATI DE CIUCEIS, *Sull'interpretazione dei criteri giurisdizionali nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, RDIPP. 1981. 104 in nota; KAYE. 521). Simile tesi muove dal presupposto, secondo noi errato, che l'esecuzione sia un semplice dato di fatto, localizzabile dovunque venga svolta un'attività materialmente corrispondente al contenuto della prestazione. In realtà, poiché il criterio dell'*eseguita* prestazione postula la fattispecie estintiva dell'obbligo, è indispensabile accettazione, da parte dell'avente diritto, della difformità di luogo rispetto a quanto originariamente previsto. In altre parole, simile criterio potrà essere utilizzato solo nel caso in cui la pretesa dedotta in giudizio non ponga in questione l'esattezza dell'adempimento relativamente al luogo dove esso è stato attuato, ancorché diverso da quello prestabilito.

Posta in questi termini, la questione dell'eventuale concorso tra foro

del luogo dove l'obbligazione è stata eseguita e foro del luogo in cui essa deve - o piuttosto avrebbe dovuto - essere eseguita, va risolta negativamente. Riteniamo, infatti, che in un caso del genere non abbia più ragion d'essere il ricorso al criterio del luogo dove l'obbligazione deve essere eseguita, essendosi realizzata una modifica tacita della previsione in base alla quale esso risultava determinato (per il rilievo preminente della volontà delle parti nella determinazione del luogo d'esecuzione, v. *oltre*).

In sostanza, ove l'avente diritto abbia accettato l'esecuzione dell'obbligazione in luogo diverso da quello previsto, il foro dell'originario luogo di esecuzione viene indirettamente privato di ogni concreta rilevanza (nel senso, a nostro parere non corretto, che i due fori concorrano in ogni caso, indipendentemente dall'accettazione della prestazione in luogo diverso da quello stabilito, v. KAYE, 521; FRANCHI, *La Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze nei rapporti italo-tedeschi*, RDIPP, 1976, 719; in favore del solo foro dell'avvenuta esecuzione, ma senza richiedere accettazione, GORNATI DE CIUCEIS, 104, in nota; nel senso, invece che l'esecuzione in luogo diverso da quello stabilito debba essere stata accettata, v. LUPOI M., 149; ZUCCONI GALLI FONSECA, par. 3.1.1.; KROPHOLLER, 105).

ii) luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

Più complessa la problematica che solleva il criterio del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio deve essere eseguita.

Il caso che ha dato origine alla sentenza *Tessili* - la controversia è tra le più comuni: il compratore lamenta difetti della merce acquistata e chiede la risoluzione del contratto - può essere considerato emblematico delle difficoltà che si pongono nell'applicazione di questo criterio di competenza. Essendo stata fatta valere la garanzia per i vizi, la questione che stava in cima a tutte le altre era sapere quale fosse l'*obbligazione dedotta in giudizio* (bisognava quindi stabilire che cosa sia la garanzia, quale fondamento e natura essa abbia); poi si sarebbe posto il problema del luogo di esecuzione.

La sentenza *Tessili* non considera il problema nella sua interezza e si limita ad indicare il modo in cui il giudice deve determinare il luogo d'adempimento dell'obbligazione controversa (probabilmente perché l'altra questione viene decisa nello stesso giorno con la sentenza *de Bloos* di cui si è

trattato nei paragrafi precedenti). E' opportuno osservare che il percorso in due tappe imposto al giudice adito - determinare prima la legge applicabile al rapporto, successivamente definire in base a tale legge il luogo d'adempimento - non è neppure sorretto da una adeguata motivazione (la Corte si limita a rilevare le divergenze dei diritti nazionali nella determinazione del luogo d'esecuzione delle obbligazioni e la varietà di soluzioni seguite a seconda del tipo di contratto, concludendo che "appare impossibile fornire indicazioni più ampie per l'interpretazione del concetto di <luogo d'esecuzione>", e che il riferimento fatto a quest'ultimo dalla Convenzione "non può essere inteso se non come un rinvio al diritto sostanziale da applicarsi, il quale va individuato in base al diritto internazionale privato del giudice investito della causa").

Ciò può apparire tanto più sorprendente se si considera che la Corte non poteva certo ignorare che il rinvio alla legge competente avrebbe pregiudicato l'uniformità di applicazione della Convenzione a causa della diversità delle regole di conflitto presenti nei vari ordinamenti, anche se si può pensare che essa giudicasse l'inconveniente solo transitorio per via dell'elaborazione in sede comunitaria della convenzione sulla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali (v. *oltre*). La verità è che tale scelta, per quanto carica di implicazioni problematiche, non aveva e non ha alternative migliori.

Torniamo al problema della localizzazione della garanzia per i vizi. In astratto si pone un'alternativa tra luogo in cui le cose viziate (oppure prive delle qualità promesse od essenziali: v. art. 1497 c. c. ancorché non utilizzi l'istituto della garanzia) si trovano, e luogo in cui ne è stata effettuata la consegna. La prima soluzione presuppone (secondo noi correttamente) l'autonomia della garanzia da una specifica obbligazione, e tanto più l'esclusione che la garanzia costituisca essa stessa un'obbligazione (la garanzia *assicura* che qualcosa è esistente in un certo modo: è inconcepibile la promessa *-id est* l'obbligazione - che lo è); la seconda soluzione si fonda sull'inerenza della garanzia all'obbligazione di consegna. Il problema è risolto dalla Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di beni mobili (v. il paragrafo seguente) con l'assorbimento della garanzia, *sub specie* di responsabilità per inesatto adempimento, nella (vio-

lazione della) obbligazione di consegna (artt. 35, 36, 46-52), ma altre soluzioni sono concepibili, come quella che, muovendo dalla costruzione della garanzia come effetto della vendita condizionato all'inadempimento dell'attribuzione patrimoniale promessa col contratto, porta a localizzare il verificarsi di tale effetto presso la sede dell'acquirente vittima dell'inesatto compimento dell'attribuzione patrimoniale.

La soluzione che abbiamo prospettato fa leva sulla concezione della garanzia come surrogato della pretesa di adempimento in ordine alle qualità contrattuali della cosa, per la quale v. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, RDC, 1953, I, 3. Alla stessa soluzione, pur muovendo da altri presupposti, accenna favorevolmente MUIR WATT, RCDIP, 1994, 580. Per altre possibili soluzioni (competenza alternativa tra le sedi del venditore e del compratore o del luogo in cui si trova il bene viziato) GAUDEMET-TALLON, 127. L'incongruità della costruzione della garanzia sia come obbligazione a sé, sia come contenuto dell'obbligo di consegna, sembra incontestabile anche a chi riconduce la garanzia, in quanto violazione dell'impegno traslativo del venditore, alla sfera dell'adempimento contrattuale: v. C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2^aed., Torino, 1993, 701-702, nonché, quanto alla Convenzione di Vienna, il commento all'art. 35 in NLCC, estratto, 1992, 146. Per l'orientamento della nostra giurisprudenza, circa i termini di applicazione dell'art. 5-1° all'ipotesi in cui sia fatta valere la garanzia per vizi, v. *oltre*, par. 1.5.).

Localizzare l'esecuzione della garanzia, come si vede, non è affatto facile, *dipende da scelte di diritto sostanziale* ed è questione aperta a molteplici soluzioni.

Il problema è più semplice, ma non diverso per natura, se consideriamo l'obbligazione di pagare somme di denaro. Anche qui le soluzioni variano in funzione delle norme sostanziali, vigendo in alcuni ordinamenti il principio generale che il pagamento va effettuato al domicilio del creditore (obbligazione c.d. *portable*: v. art. 1182, 3° comma, c.c.; stessa soluzione in Danimarca, Grecia, Irlanda, Paesi Bassi e Regno Unito, Finlandia, Svezia, Islanda, Norvegia, Svizzera), in altri il diverso principio secondo cui esso si effettua al domicilio del debitore (obbligazione c. d. *quérable* Francia, Germania, Belgio, Lussemburgo, Spagna, Austria: v. LANDO, *Compétence judiciaire*, 31).

In teoria, la soluzione che più si addice al sistema della Convenzione di Bruxelles parrebbe quella di fissare direttamente sul piano processuale il concetto di luogo d'esecuzione: ad es., luogo in cui si trova la merce difet-

tosa, per la garanzia; domicilio del creditore per il pagamento. La definizione “comunitaria” del criterio di competenza (eventualmente generalizzandolo nel riferimento alla sede di chi effettua la prestazione caratteristica: così, LANDO, 33, ma v. *oltre* i problemi che si pongono nell’applicazione della Convenzione di Roma del 1980; per una diversa soluzione, tesa a dare risalto alla volontà delle parti, assoggettata a disciplina autonoma, e in difetto a criteri di fatto in correlazione all’art. 10 della Convenzione di Roma, v. JAYME, *Compétence judiciaire*, 81) ne permetterebbe un’applicazione assolutamente uniforme, evitando oltre tutto che nella fase iniziale del processo si debbano compiere complesse valutazioni che attengono al merito della causa.

Né vi sarebbe da temere che l’interpretazione “comunitaria” (ovverosia autonoma) possa finire per condizionare la decisione del merito: proprio nella sentenza *Tessili* è la stessa Corte a sottolineare che l’interpretazione delle “espressioni e nozioni ai fini della Convenzione non influisce sull’accertamento della norma di diritto sostanziale da applicare alla controversia”. Ideale dal punto di vista teorico, questa soluzione non è però attuabile in concreto se non con la creazione progressiva di regole appropriate e continui rinvii alla Corte di giustizia, operazione, d’altra parte, che la Corte non è sembrata disposta ad attuare, avendo essa espressamente escluso la possibilità di soluzioni innovative al di fuori della materia del lavoro (v. il paragrafo precedente e *oltre*, la sentenza *Custom Made Commercial*).

iii) vantaggi e inconvenienti del rinvio alla lex causae.

Preso atto che la determinazione del luogo di esecuzione dell’obbligazione deve necessariamente svolgersi in base alle norme sostanziali dei diritti interni, la vera questione che si pone riguarda la scelta del sistema giuridico alla cui stregua individuare tale luogo. Le soluzioni possibili sono due.

La prima, conforme all’orientamento tradizionale della nostra giurisprudenza in sede d’applicazione dell’abrogato art. 4, n. 2 c.p.c., parte dal principio che sia la legge del foro a stabilire il significato delle norme processuali (c.d. qualificazione *lege fori*), cosicché l’accertamento del *locus solutionis* va operato in base alle norme sostanziali dell’ordinamento cui appartiene il giudice, senza badare alla legge che disciplina il rapporto con-

troverso: l'art. 1182 c.c. è quindi la regola generale in base alla quale il giudice italiano dovrebbe stabilire se il luogo dell'adempimento si trova nella propria circoscrizione.

La seconda soluzione muove dall'assioma che il luogo dell'esecuzione è una circostanza intrinseca alla domanda giudiziale ("un carattere della lite tratto dal merito della causa", dice autorevolmente MORELLI, 120), e come tale non può che essere individuato in base alla *lex causae*, ossia in conformità alla legge che disciplina il rapporto secondo le norme di conflitto del giudice adito (con qualche eccezione, la dottrina ha sostenuto con forza il principio della qualificazione *lege causae* del titolo di giurisdizione dato dal luogo d'esecuzione: al riguardo, v., anche per ult. rif., il nostro, *Il luogo di esecuzione dell'obbligazione tra Convenzione di Bruxelles e Convenzione di Roma: eguaglianza o uniformità?*, JUS., 1990, 79; da ultimo, è ritornato sul problema SALERNO, *L'incidenza del diritto applicabile nell'accertamento del forum destinatae solutionis*, RDI, 1995, 76).

Tra le due soluzioni la Corte di giustizia ha preferito la seconda, probabilmente perché essa presenta due pregi rispetto all'altra. Il primo è una ripartizione della competenza tra gli Stati contraenti più equa di quella che si sarebbe conseguita attraverso il ricorso alla *lex fori*. Applicando tale ultimo metodo nella determinazione del *locus solutionis*, si sarebbero infatti create discriminazioni tra creditori domiciliati in paesi dove l'obbligazione è *portable* e creditori domiciliati in paesi dove essa è *quéable*: i primi avrebbero potuto sempre avvalersi dell'art. 5-1°, alla stregua di un *forum actoris*, i secondi no perché avrebbero sempre visto coincidere domicilio del debitore e luogo d'adempimento. Questo inconveniente non si ha col ricorso alla *lex causae*, la quale può rendere applicabile l'art. 5-1° anche in paesi dove l'obbligazione è *quéable*.

Il secondo motivo di preferenza per il rinvio alla legge competente è d'ordine teorico. Con tale metodo, infatti, la determinazione dell'organo giudicante viene resa coerente, quanto meno in via di principio, con la *ratio* dell'art. 5-1°, la quale pone a fondamento del criterio di competenza uno stretto rapporto fattuale tra la lite e il giudice: sede del giudizio sarà quella del luogo effettivamente destinato all'esecuzione dell'obbligazione contraria, quella dove realmente si accentrano interessi ed aspettative delle parti (*amplius* su tali aspetti, il nostro, *Il luogo d'esecuzione*, cit., 84-88).

Se il ricorso alle norme di conflitto ha dei meriti, non vanno però

sottaciuti i suoi inconvenienti. E' chiaro che l'esigenza di speditezza nell'accertamento dei presupposti della competenza non si concilia con una preliminare indagine di merito, che può anche risultare molto complessa, circa la legge chiamata a disciplinare l'obbligazione dedotta in giudizio. E quanto più complessa è tale indagine, tanto meno garantito è il valore della certezza e prevedibilità del foro competente. Vi è anzi il rischio che la sua definizione si realizzi non mediante una fattispecie generale ed astratta, bensì nel caso concreto, ad opera dello stesso giudice investito del processo.

Il problema è estremamente delicato, perché si tratta di soddisfare l'esigenza di equità e giustizia delle concrete soluzioni processuali - ciò che si ottiene deferendo la controversia ad un giudice effettivamente "prossimo" ad essa - senza sacrificare quella fondamentale esigenza di certezza che solo criteri obiettivi, ed accertabili sin dall'inizio del processo, possono assicurare. La soluzione della giurisprudenza, consistente nel ricorso al principio della qualificazione *lege fori* delle norme del nostro diritto comune, garantisce l'obiettività e la conoscibilità anticipata del foro competente, a scapito però dell'effettività del suo collegamento con il rapporto controverso. Viceversa, l'indagine (preliminare) circa la legge dalla quale trarre l'indicazione del luogo d'esecuzione garantisce l'individuazione di un foro "appropriato" ma non necessariamente anche "prevedibile" (sul tema che abbiamo qui sfiorato, v., in generale, anche per ult. rif., TROCKER, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale (Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedure civile)*, Milano, 1996, 43-51; HAY, *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, RC, 1991, I, 185; v. anche oltre).

iv) effetti negativi del ricorso alla Convenzione di Roma del 1980.

Per essere accettabile nella determinazione dei presupposti della competenza, il ricorso al metodo conflittuale deve almeno poter garantire, nonostante la sua complessità, un'effettiva uniformità di risultati nell'applicazione dell'art. 5-1°.

E' evidente che la regola *Tessili*, pur essendo in sé stessa un principio

di uniforme applicazione, non può assicurare che i presupposti della competenza vengano stabiliti rispetto ad una stessa fattispecie in termini identici nei vari Stati contraenti. Se essi non adottano le medesime regole internazionalprivatistiche, la legge regolatrice del rapporto può variare a seconda del foro adito, ed insieme ad essa potrà quindi variare anche il luogo d'esecuzione dell'obbligazione.

Di qui la grande importanza attribuita alla Convenzione di Roma sulla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali (v. *sopra*): secondo l'opinione generale (per tutti, cfr. GAUDEMET-TALLON, 127, 129-130) essa è in grado di conferire un carattere effettivamente uniforme alla regola *Tessili*, essendo il luogo d'esecuzione ormai determinabile in qualunque foro in base alla stessa legge sostanziale (con l'ulteriore vantaggio dell'eliminazione del *forum shopping*: cioè della pratica consistente nel ricercare il foro dove si realizzano le condizioni più favorevoli per l'accoglimento della domanda).

E' opportuno soffermarsi su questo punto perché ci sembra che il rischio di soluzioni difformi nell'applicazione dell'art. 5-1° non sia affatto scomparso, ma sia anzi aumentato a causa della più complessa e "flessibile" strutturazione del regime conflittuale adottato dalla Convenzione di Roma.

In effetti, anche a voler trascurare il pericolo che la sua uniformità di applicazione venga affievolita dall'impossibilità, in alcuni Stati contraenti, del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia (gli Stati comunitari hanno provveduto a stipulare due Protocolli, sottoscritti a Bruxelles il 19 dicembre 1988, l'uno - necessitante ratifica di tutti i membri della Comunità - diretto ad attribuire alla Corte di giustizia una competenza interpretativa pregiudiziale della Convenzione di Roma, l'altro - condizionato all'entrata in vigore del precedente - volto a consentire, a quanti lo vogliano (ma almeno sette Stati), il ricorso pregiudiziale alla medesima (con diversità di rilievo rispetto a quanto previsto per la Convenzione di Bruxelles dal Protocollo del 1971): cfr. al riguardo TIZZANO, *Relazione sui Protocolli relativi all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, G.U.C.E., n. C 219 del 3 settembre 1990), basta uno sguardo superficiale ai cardini del suo sistema per capire come un giudice possa frequentemente trovarsi non solo nell'impossibilità di decidere sulla propria competenza senza una approfondita valutazione del merito, ma essere anche

indotto, proprio per la necessità di simile valutazione, ad apprezzamenti largamente discrezionali nell'accertamento della legge regolatrice del rapporto, con ripercussioni inevitabili sulla stessa uniformità di accertamento della competenza. Vediamo perché.

Nell'essenziale, la Convenzione di Roma affida la determinazione della legge regolatrice del contratto a due criteri fondamentali: designazione espressa o tacita della legge ad opera delle stesse parti; in mancanza, sottoposizione del contratto alla legge del paese col quale presenta *il collegamento più stretto*, collegamento presuntivamente indicato col paese dove è stabilito il debitore della c.d. *prestazione caratteristica*.

Solo in apparenza la scelta espressa della legge applicabile elimina ogni incertezza e necessità di indagini preliminari di merito. Si consideri che il giudice adito deve tener conto dell'obbligazione dedotta in giudizio. Ora, è ben possibile, dato il complesso regime della Convenzione di Roma, che questa obbligazione risulti sottoposta non alla legge scelta dalle parti, bensì alle disposizioni di un'altra legge, il cui accertamento apre non pochi spazi alle valutazioni discrezionali.

Il caso meno problematico, perché più prevedibile anche se non del tutto esente da un certo margine di apprezzamento soggettivo del giudice, è quello dell'eventuale applicabilità delle norme di applicazione necessaria della *lex fori* (art. 7, par. 2). Non si può escludere che una norma del genere modifichi i termini di esecuzione della prestazione facendone variare il luogo di esecuzione (si pensi alle norme che pongono restrizioni all'uso dei normali mezzi di pagamento per prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopi criminali; oppure alle norme che restringono la circolazione di certi beni o impongono determinate condizioni all'espletamento di certi servizi).

Il problema, comunque, nasce dalla discrezionalità della decisione di dare rilevanza a certe norme che non sono comprese nella legge "prevista" dalle parti e che possono incidere sull'esecuzione degli obblighi gravanti su di esse. Le altre e più importanti ipotesi in cui ciò può accadere risultano dagli artt. 3, par. 3, e 7, par. 1.

La prima di tali disposizioni prevede che "La scelta di una legge straniera ad opera delle parti..., qualora nel momento della scelta tutti gli

altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto...". Vengono qui in considerazione i c. d. contratti "interni", cioè collegati ad un unico Stato - che può essere quello del foro o altro Stato - tranne che per la scelta delle parti di sottoporli ad una legge straniera. Ora, ammesso che sia facile stabilire anche nel caso di una legge straniera quali siano le norme "cogenti", quelle cui non si può derogare per contratto, resta il problema di vedere in quali casi un contratto possa dirsi "interno": in quali circostanze si può dire che "tutti gli altri dati di fatto si riferiscano ad un unico paese".

Ancor più delicata la valutazione che si prospetta in conseguenza dell'art. 7, par. 1: "Nell'applicazione, in forza della presente convenzione, della legge di un paese determinato potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione".

Senza scendere nell'analisi di questa disposizione, osserviamo che tanto in ordine alla categoria di norme cui essa fa riferimento - le c.d. norme di applicazione necessaria, qui *straniere* in quanto appartenenti ad un ordinamento diverso da quello del foro e da quello la cui legge regola il contratto -, quanto in ordine alle condizioni in presenza delle quali si può "dare effetto" a tali norme, esiste assoluta concordia sul fatto che si tratta di questioni rimesse ad una valutazione ampiamente discrezionale del giudice, nella quale vengono coinvolti giudizi di valore molteplici e non verificabili mediante precisi canoni interpretativi. Ne è conferma, in esito alle molte critiche che l'art. 7, par. 1 ha ricevuto, la possibilità che tale norma sia oggetto di riserva per escluderne l'applicazione (si sono avvalsi di tale facoltà, in sede di ratifica della Convenzione, la Germania, il Lussemburgo, il Portogallo, il Regno Unito, ma non l'Italia).

A tutto questo si aggiunga che la scelta della legge regolatrice del contratto può essere tacita, anche successiva alla conclusione del contratto,

e che la scelta può essere tacitamente effettuata o modificata persino con un comportamento processuale (art. 3, parr. 1 e 2): anche sotto questo profilo vi è dunque la possibilità di ulteriori valutazioni discrezionali, con l'ulteriore problema, che rileva altresì sul piano della competenza, di stabilire se la nuova legge regoli il rapporto *ex nunc* o *ex tunc*.

Per un primo orientamento alle complesse questioni cui si è fatto cenno, si vedano VILLANI, *La convenzione di Roma*, cit., 71-76, 193-202; BALLARINO, *Dir int. priv.*, 596-602; 618-621; FRIGO, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative*, in SACERDOTI/FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2^a ed., Milano, 1994, 17-33; LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP, 1991, 303-305, 321-325.

La situazione che pone i maggiori problemi sotto il profilo che qui interessa, si ha comunque in mancanza di scelta delle parti, quando si deve ricorrere al complesso procedimento di determinazione della legge competente previsto dall'art. 4, nel quale vengono in considerazione per la generalità dei casi: a) il concetto di "collegamento più stretto" con un paese (ed eventualmente più d'uno) la cui (o le cui leggi) è (o sono assunte *pro parte*) a legge regolatrice del contratto; b) la "presunzione" che tale collegamento esista col paese dove risiede abitualmente (o ha sede o amministrazione centrale), al momento della stipulazione, colui che effettua la "prestazione caratteristica"; c) il superamento della presunzione "quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese", ovvero la sua esclusione "quando la prestazione caratteristica non può essere determinata". Inoltre, va sempre tenuto conto dell'esistenza di norme di applicazione necessaria della *lex fori* o di uno Stato terzo, diverso da quello la cui legge è applicabile al contratto.

Sono questi i nodi - solo a grandi linee, e neppure tutti - che il giudice adito deve sciogliere per sapere quale legge sia applicabile al rapporto, per stabilire poi in base ad essa dove sia fissato il luogo d'esecuzione dell'obbligazione, e quindi per accertare se possa conoscere della causa.

Ora, è di scarsa importanza, ai nostri fini, sapere quale ruolo si debba assegnare alla "presunzione" del collegamento del contratto col paese del

“prestatore caratteristico”: se essa sia una semplice indicazione per orientare il giudice, che si baserà sempre sul complesso delle circostanze indicanti il collegamento più stretto con un dato paese; o se essa sia, invece, una vera e propria presunzione che va rimossa da chi voglia far valere un collegamento più stretto con un diverso paese; o se sia, infine, una regola di “concretizzazione” del principio generale, che può essere superata solo in via d’eccezione.

Pare indubbio, infatti, come è stato efficacemente dimostrato, che il giudizio volto ad individuare la legge regolatrice di un *determinato* contratto è tutt’altro che vincolato ad accertamenti obiettivi, fondati su concetti generali ed astratti - la “prestazione caratteristica”, ammesso che sussista e che sia facile determinarla -, consistendo invece in un procedimento eminentemente valutativo della situazione concreta, nel quale la considerazione della categoria astratta, del tipo contrattuale, si fonde, o meglio si dissolve in apprezzamenti discrezionali di tutte le circostanze del caso, e non ultimi, degli interessi in gioco.

Circa il rapporto tra l’indagine tendente ad individuare la prestazione caratteristica e l’accertamento dell’esistenza di un collegamento più stretto del contratto con un altro paese, v. VILLANI, *La convenzione di Roma*, cit., 97-102 e, in precedenza, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, II, Limiti di applicazione. Lectio notariorum* (a cura di BALLARINO), Milano, 1994, 17, il quale conclude (46) con un giudizio sostanzialmente negativo circa l’idoneità del sistema dell’art. 4 della Convenzione a soddisfare esigenze di certezza e prevedibilità della legge applicabile: giudizio tanto più fondato se dovessero trovare seguito le dottrine (per tutti, BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato*, Milano, 1991) che assegnano un ruolo centrale e prevalente al potere valutativo del giudice.

Un esempio delle incertezze che potranno prodursi è la decisione della Cour d’appel de Versailles, 6 febbraio 1991, RCDIPP, 1991, 745 con nota critica di LAGARDE, che rimprovera alla Corte un uso improprio della disposizione che autorizza il superamento della presunzione generale posta nell’art. 4; il metodo impiegato dalla Corte è invece approvato da Villani, *La Convenzione di Roma*, cit., 101-102. Per un giudizio sostanzialmente positivo sulla giurisprudenza tedesca che da vari anni applica le disposizioni della Convenzione, ben prima della sua entrata in vigore, a titolo di legge nazionale, v. STURM, *La Convenzione di Roma nell’esperienza della giurisprudenza tedesca*, in *La Convenzione di Roma*, cit., 67.

Tutto ciò può anche essere considerato un reale progresso dal punto di vista del metodo internazionalprivatistico, perché consente di realizzare una localizzazione particolarmente appropriata del concreto rapporto giuridico. D'altra parte è innegabile che la flessibilità del criterio di collegamento, la maggior attenzione alle peculiarità del rapporto e il potere valutativo conferito al giudice finiscono per porre la certezza del diritto, almeno se intesa in senso soggettivo come prevedibilità della legge competente, in posizione del tutto marginale.

Vi è da chiedersi allora come tutto ciò possa conciliarsi con il sistema rigido della Convenzione di Bruxelles, rispetto al quale la Corte di giustizia ha sempre messo in primo piano l'esigenza di certezza e prevedibilità della competenza (si è già visto, *sopra*, par. 1.2.1. che la Corte ha rifiutato, proprio per ragioni di certezza e prevedibilità della competenza, l'uso generalizzato del criterio della prestazione caratteristica al fine di determinare l'obbligazione dedotta in giudizio).

Si considerino, tra le pronunzie più recenti della Corte di giustizia, le affermazioni contenute nella sentenza del 3 luglio 1997, in causa C-269/95 *Benincasa c. Dentalkit srl*: "Va rilevato... che, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, la Convenzione mira segnatamente ad unificare le norme in materia di competenza dei giudici degli Stati contraenti... ed a potenziare la tutela giuridica delle persone residenti nella Comunità, permettendo sia all'attore di identificare facilmente il giudice che può adire, sia al convenuto di prevedere ragionevolmente dinanzi a quale giudice può essere citato... E' del pari conforme a tale spirito di certezza del diritto la possibilità per il giudice nazionale adito di pronunciarsi agevolmente sulla propria competenza in base alle regole della Convenzione senza essere costretto a procedere all'esame della causa nel merito" (per un ulteriore energico richiamo all'esigenza di certezza e prevedibilità della competenza, costituite a valore primario della Convenzione, v. la sentenza del 13 luglio 1993, in causa C-125/92 *Mulox IBC Ltd c. H. Geels*, e la sentenza del 19 settembre 1995, causa C-364/93 *Marinari c. Lloyd's Bank e Zubaidi Trading Company*).

Innestate nel sistema di Bruxelles, la flessibilità e la discrezionalità si rivelano un'autentico corpo estraneo, un potenziale fattore d'instabilità e d'ingiustizia del sistema. E' tollerabile che la competenza venga a dipendere da un apprezzamento di merito largamente discrezionale che la legge commette al giudice in ordine alla *singola* controversia? E fino a che punto il criterio di competenza così concretizzato si armonizza col "diritto del

cittadino a una previa non dubbia conoscenza del giudice competente a decidere” (in questi termini la Corte costituzionale nella sentenza del 7 luglio 1962, n. 88, FI, 1962, I, 1217)?

Queste perplessità si rafforzano alla luce delle ampie argomentazioni che si rinvencono nella sentenza del 29 giugno 1994, causa C-288/92 *Custom Made Commercial Ltd. c. Stawa Metallbau GmbH*, con la quale la Corte di giustizia ha recisamente escluso che il criterio *rigido* del luogo d’esecuzione possa venir trasformato in un criterio *flessibile* comportante la necessità di valutare l’effettività del legame tra giudice adito e controversia.

In un processo intentato per mancato pagamento della fornitura, il debitore (inglese) convenuto *ex art.* 5-1° presso il giudice del luogo dove ha sede il venditore (tedesco), contesta sino in Cassazione la determinazione del luogo d’esecuzione effettuata dai giudici di merito sulla base dell’art. 59, 1° comma, prima parte, della legge uniforme allegata alla Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1964 relativa alla vendita internazionale di cose mobili materiali (denominata LUVI) (la norma prevede che l’acquirente paghi il prezzo nel luogo della sede commerciale - o in mancanza, di residenza abituale - del venditore). Di qui il quesito rivolto alla Corte comunitaria diretto ad accertare se la regola *Tessili* vada applicata anche quando porta a determinare il luogo d’adempimento in base alla norma uniforme sulla vendita.

La vera questione prospettata alla Corte comunitaria - si noti - non riguarda l’eventuale applicabilità diretta della norma uniforme evitando il ricorso alle norme di conflitto (questione sulla quale v. il paragrafo seguente), bensì - profilo molto più rilevante e delicato - la possibilità o meno di derogare all’applicazione della *lex causae* quando nel caso concreto risulti che tale applicazione produce un risultato non conforme alla *ratio* dell’art. 5-1°, cioè alla finalità di tale norma di attribuire competenza ad un giudice prossimo agli elementi concreti della controversia. In altre parole: il principio secondo cui la nozione processuale di luogo dell’esecuzione coincide con la nozione sostanziale di luogo dell’adempimento può essere disatteso quando il foro che ne risulta non è quello che ha il più stretto collegamento con la controversia? e in caso affermativo si può attribuire la competenza al foro col quale tale collegamento invece sussiste?

Mentre l’Avvocato generale LENZ dà risposta positiva a tali quesiti sulla base di una complessa argomentazione, tra l’altro tendente a dimostrare che la regola *Tessili* non si fonda sull’idea che il rinvio alla *lex causae* è esso stesso espressione della finalità dell’art. 5-1° (v. particolarmente i punti 46-49 delle sue *Conclusioni* formulate nel senso che l’applicazione dell’art. 59 della legge uniforme allegata alla Convenzione dell’Aja non consentirebbe di investire della causa un giudice spazialmente prossimo alla controversia e che pertanto, onde rispettare la finalità dell’art. 5-1° occorre riferirsi al luogo di destinazione della fornitura), la Corte di giustizia si pronuncia in senso nettamente contrario, escludendo in ogni caso la possibilità di disapplicare la regola *Tessili*, anche quando il luogo d’esecuzione venga deter-

minato in base ad una norma come quella sancita dalla Convenzione dell'Aja del 1964.

La Corte di giustizia coglie esattamente la sostanza del quesito prospettato - l'inadeguatezza della norma uniforme a tradurre nel caso concreto la *ratio* dell'art. 5-1°, dal momento che gli elementi caratteristici del rapporto lo facevano apparire collegato più alla sede dell'acquirente che non a quella del venditore - e con una motivazione di ragguardevole ampiezza, quasi a voler chiudere definitivamente con le contestazioni rivolte contro l'art. 5-1°, riconferma punto per punto la propria precedente giurisprudenza. In sintesi, le argomentazioni della Corte sono queste:

- l'art. 5 offre un'alternativa al foro del domicilio in ipotesi tassative, individuate in considerazione dell'esistenza, in queste stesse ipotesi, di un collegamento molto stretto tra un dato giudice e una data controversia. Questa circostanza è però solo il fondamento della norma, non il criterio che essa adotta;

- il luogo d'esecuzione dell'obbligazione è normalmente il luogo di collegamento più immediato fra giudice e lite, ed è per questa ragione che esso è stato adottato quale criterio di competenza. Anche in questo caso, però, non si può dire che il criterio di competenza è costituito dalla connessione fra giudice e lite, tale criterio essendo rappresentato solo dal luogo di esecuzione dell'obbligazione;

- per la sua precisione e chiarezza, questo criterio di competenza corrisponde allo scopo generale della Convenzione di assicurare "certezza in merito alla suddivisione delle competenze tra i vari giudici nazionali". Sostenere che ci si può discostare da esso quando nel caso concreto viene attribuita competenza ad un giudice privo di reale connessione con la controversia, significa costringere il giudice adito a valutare l'intensità dei legami con la controversia esaminando i mezzi dedotti dal convenuto e il merito della causa prima della pronuncia sulla competenza, vanificando così la prevedibilità dal foro competente e l'obiettivo di certezza perseguito dalla Convenzione.

Valutando questi argomenti, si direbbe che la Corte non abbia risposto a tono alla critica di inadeguatezza, rispetto alla *ratio* dell'art. 5-1°, della concreta determinazione del giudice competente. In parte è così, ma bisogna anche dire che simile inadeguatezza si rivela alla luce ad un concetto di prossimità riferita all'intero *rapporto contrattuale* (in questo senso si sviluppa il ragionamento dell'Avvocato generale: v. i punti 71-78 delle sue *Conclusioni*), non se l'effettività del collegamento tra giudice e controversia viene valutata rispetto alla *specifica obbligazione dedotta* in giudizio (nel caso in questione, il pagamento del prezzo, alla determinazione del cui luogo è puntualmente - e *non a caso* - riferita la motivazione come il dispositivo della sentenza della Corte).

D'altra parte, ciò che la Corte vuole impedire è proprio un giudizio valutativo che investa tutto il complesso delle vicende del rapporto onde stabilire quale sia il giudice cui esse sono più strettamente collegate. Come è stato esattamente osservato (GAUDEMETTALLON, RCDIP, 1994, 702), tramutare il criterio del luogo d'esecuzione in quello del "collegamento più stretto", significa aprire le porte ad un giudizio di fatto con ampi margini di soggettività, sul quale la Corte di giustizia non potrebbe più esercitare alcun controllo. Ma questo, si è visto, è precisamente quanto potrebbe ora verificarsi in applicazione della Convenzione di Roma.

Vi è peraltro da considerare uno scenario opposto a quello che abbiamo appena rilevato, e tuttavia egualmente negativo.

Non si può escludere, infatti, che il sistema della Convenzione di Roma venga irrigidito - e sostanzialmente svuotato del suo contenuto innovativo - mediante un uso massiccio e costante delle indicazioni presuntive del "collegamento più stretto", trasformando cioè la sede del debitore della prestazione caratteristica in criterio di collegamento fisso, eccezionalmente derogabile in particolari circostanze (d'altra parte sembra questa l'opzione considerata con favore dalla autorevole *Relazione* sulla Convenzione curata da GIULIANO e LAGARDE: v. il commento all'art. 4, nonché la nota cit. di LAGARDE).

Questo recupero di certezza sarebbe un vantaggio per la Convenzione di Bruxelles, però con un esito paradossalmente peggiore dell'altro. La situazione che verrebbe a crearsi sarebbe simile a quella che ha motivato il rifiuto della qualificazione *lege fori* del criterio del luogo d'esecuzione dell'obbligazione (v. *sopra*). Accade, infatti, che quanti sono "prestatori caratteristici" stabiliti in un paese la cui legge prevede che l'obbligazione sia *portable*, possono sempre contare sull'applicazione dell'art. 5-1°, al contrario dei "prestatori caratteristici" stabiliti in paese che prevede la chiedibilità del pagamento, i quali hanno a disposizione il solo art. 2.

In altri termini, con l'applicazione "rigida" dell'art. 4 della Convenzione di Roma, la condizione a cui è subordinata l'utile applicazione dell'art. 5-1° - l'essere il luogo d'esecuzione dell'obbligazione nello Stato in cui è domiciliato l'attore - risulta sistematicamente esclusa quando la legge del paese dove risiede o ha sede il "prestatore caratteristico" prevede che l'obbligazione sia *quérable*: ad esempio, mentre il prestatore caratteristico residente in Italia, paese in cui l'obbligazione è *portable*, fruisce del foro dell'esecuzione in Italia contro un debitore francese, perché la *lex contractus* è quella italiana *in quanto egli risiede in Italia*, un prestatore caratteristico residente in Francia non può ricorrere in Francia all'art. 5-1° contro un debitore italiano perché secondo la *lex contractus* - francese, *in quanto il prestatore risiede in Francia* - l'obbligazione è *quérable*. A situazioni identiche, non corrisponde lo stesso trattamento sul piano processuale.

Sul punto v. più diffusamente il nostro, *Il luogo di esecuzione*, cit., 86-89 nel quale si è rilevata la contrarietà di simile risultato - anche quando il prestatore caratteristico è debito-

re - con il valore dell'eguaglianza cui la Corte di giustizia attribuisce importanza non inferiore a quella della certezza ed uniformità delle soluzioni, avendo essa ripetutamente affermato che nell'interpretazione ed applicazione delle norme della Convenzione "deve essere garantita l'eguaglianza e l'uniformità dei diritti e degli obblighi derivanti dalla Convenzione agli Stati contraenti ed ai soggetti interessati".

1.3.1. Determinazione del luogo d'esecuzione in base al diritto materiale uniforme e alla volontà delle parti.

Solo in due casi la determinazione del luogo d'esecuzione dell'obbligazione non pone particolari problemi. Il primo si ha quando i diritti interni contengono norme materiali uniformi, adottate mediante convenzioni internazionali. Il secondo, quando le parti stesse indicano il luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

i) diritto materiale uniforme.

L'uniformità delle norme sostanziali fa sì che tutti i giudici tenuti ad applicarle determinino identicamente il luogo d'esecuzione, il quale risulterà quindi unico per tutti gli Stati che hanno adottato le norme uniformi.

L'unicità è completa se tutti gli Stati parte del sistema di Bruxelles sono anche parti della convenzione di diritto uniforme. Questa condizione potrebbe verificarsi per l'importante convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci adottata a Vienna l'11 aprile 1980 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988. Già ratificata da molti paesi comunitari, tra cui l'Italia, la Convenzione di Vienna sostituisce le due convenzioni dell'Aja del 1964 (vale a dire la LUVI - v. *sopra* - e l'altra, recante legge uniforme sulla formazione del contratto di compravendita di cose mobili corporali, denominata LUFC) le quali sono divenute inapplicabili anche nei confronti degli Stati che non le hanno ancora denunciate (la Convenzione non riguarda tutte le vendite (v. art. 2) e disciplina esclusivamente la formazione del contratto e i diritti ed obblighi che ne nascono tra le parti, senza toccare né la validità del medesimo, o delle sue clausole, né gli effetti

che il contratto può avere sulla proprietà delle merci vendute: v. art. 4).

Molto importante la norma (art. 1) relativa al campo d'applicazione della Convenzione: essa dispone che la Convenzione si applichi ai contratti di vendita di beni mobili fra parti aventi la loro sede d'affari in Stati differenti: a) quando tali Stati sono Stati contraenti; oppure b) quando le norme di diritto internazionale privato - beninteso di uno Stato contraente - portano all'applicazione della legge di uno Stato contraente.

La norma contiene anche alcune precisazioni circa il modo di intendere l'internazionalità del rapporto; sul campo d'applicazione della Convenzione. cfr. BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, 298-335; LUZZATTO, voce *Vendita (dir. int. priv.)*, ED, XLVI, Milano, 1995, 507-512; FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, LibroIV, Tit. III, capo. I, supp., t. 1 - Artt. 1-13, Bologna, 1994, 1-55).

Considerata dal punto di vista della Convenzione di Bruxelles, l'applicabilità della Convenzione di Vienna in forza del primo criterio *sub a)* porta ad una determinazione diretta del luogo d'esecuzione dell'obbligazione in base alle sole regole di Vienna. Ad esempio, l'art. 57 stabilisce che il prezzo è pagabile, di norma, presso la sede d'affari del venditore: nella causa intentata per il mancato pagamento, se il compratore e il venditore risultano stabiliti in Stati contraenti della Convenzione, il giudice adito (di Stato parte della Convenzione) applica direttamente l'art. 57 e si dichiara competente se rileva che la sede d'affari del venditore è nella propria circoscrizione territoriale. Non occorre, quindi, riferirsi preliminarmente alle norme di conflitto del foro secondo quanto dispone la regola *Tessili*, dato che il criterio d'applicazione della Convenzione esclude l'operare di tali norme.

Cfr. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 304-305; SACERDOTI, *I criteri di applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale; diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contraenti*, RTDPC, 1990, 738.

L'applicazione diretta della Convenzione di Vienna reca un vantaggio notevole alla determinazione della competenza *ex art. 5-1°*. Quando tutti gli Stati facenti parte della Convenzione di Bruxelles saranno anche parti della prima, l'unicità del diritto sostanziale in materia di vendita internazionale garantirà effettivamente l'unicità e la prevedibilità del foro

dell'esecuzione in tutta l'area comunitaria.

Quanto all'esclusione dell'operatività della regola *Tessili*, essa può ritenersi conforme alla sua stessa *ratio*, il cui presupposto è - per riprendere la formula della relativa sentenza - nelle "divergenze esistenti fra le legislazioni nazionali sui contratti" e nell'assenza "di qualsiasi unificazione del diritto sostanziale da applicarsi". Tale rilievo non è contraddetto da quanto afferma la Corte di giustizia nella sentenza del 29 giugno 1994 *Custom Made Commercial* esaminata nel paragrafo precedente, secondo la quale "il luogo di adempimento dell'obbligazione... va determinato conformemente al diritto sostanziale disciplinante l'obbligazione controversa secondo le norme di conflitto del giudice adito, anche quando tali norme facciano rinvio all'applicazione al contratto di disposizioni quali quelle della legge uniforme sulla vendita internazionale di cose mobili materiali, allegata alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1964". Abbiamo già visto quale sia il reale significato della pronuncia, ed è indubbio che la Corte non ha voluto dire - dato che non era neppure il problema da risolvere, avendo il giudice di rinvio supposto l'applicabilità delle norme di conflitto - che le norme di diritto internazionale privato devono essere sempre applicate, anche quando il diritto uniforme lo esclude perché dispone la propria diretta applicabilità (così invece intende la pronuncia SALERNO, *L'incidenza del diritto applicabile*, cit., 114, il quale però ne ridimensiona il dispositivo (116) nel senso che il diritto materiale uniforme possa operare anche direttamente); motivazione e dispositivo della sentenza dicono semplicemente che se le norme di conflitto conducono all'applicazione della Convenzione dell'Aja, resta nondimeno ferma la determinazione del giudice competente operata in conformità ad essa (anche se si tratta del *forum actoris*: v. in particolare il punto 28 della motivazione). Altra questione è se davvero la Convenzione dell'Aja consenta l'operare delle norme di conflitto (sul punto, da inquadrarsi alla luce delle riserve ammesse dalla Convenzione - nel caso concreto quella di cui all'art. III che limita l'applicabilità della convenzione a contratti tra parti stabilite in Stati diversi ma contraenti, riserva utilizzata da Regno Unito e Germania, paesi in cui avevano sede le parti coinvolte nel giudizio per il quale è stato effettuato il rinvio alla Corte di giustizia -, v. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 242, 257-267), ma su ciò la Corte e la Convenzione di Bruxelles non hanno nulla da dire.

Il "passaggio" attraverso le norme internazionalprivatistiche del foro - cioè l'applicazione della regola *Tessili* - torna ad imporsi quando, non ricorrendo la circostanza indicata nella lett. a) dell'art. I, l'applicabilità della Convenzione di Vienna dipende dal criterio della lett. b), vale a dire, dal rinvio alla legge di uno Stato contraente in forza delle norme di conflitto della *lex fori*.

Ad esempio il venditore ha sede in Italia e quivi riceve l'ordine dal compratore che si trova invece in uno Stato non contraente; adito il giudice italiano, questi - supponendo che non vi sia stata designazione della legge

applicabile al contratto - determinerà il luogo d'esecuzione dell'obbligazione in base alla Convenzione di Vienna perché la vendita è sottoposta alla legge italiana per effetto della Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di oggetti mobili corporali: vale infatti il criterio fissato nell'art. 3, 1° comma, che dichiara applicabile la legge della sede (o residenza abituale del venditore), la quale si trova in ipotesi nel nostro paese che è parte della Convenzione di Vienna.

Sul coordinamento tra Convenzione dell'Aja del 1955 e Convenzione di Vienna, v. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 486-491; sulla Convenzione dell'Aja del 1955, v. BALLARINO, *Dir. int. priv.*, 635-640; questa convenzione è destinata ad essere sostituita dalla Convenzione dell'Aja del 22 dicembre 1986 sulla legge applicabile alla compravendita internazionale di merci (cfr. al riguardo BOSCHIERO, *La nuova convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla vendita internazionale*, RDIPP, 1986, 507; LUZZATTO, 514; LOUSSOUARN, *La Convention de la Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, RCDIP, 1986, 271; NAPOLETANO, *La Convenzione dell'Aja del 30 ottobre 1985 sulla legge applicabile alla compravendita internazionale di merci*, DCSI, 1986, 31).

La nostra giurisprudenza ha sistematicamente ignorato l'esistenza della Convenzione dell'Aja del 1955, quasi il nostro Stato non ne fosse parte, dimenticando che essa sostituisce integralmente, nel proprio campo d'applicazione, la norma comune di conflitto relativa ai contratti: per il passato l'abrogato art. 25, 1° comma delle disposizioni preliminari al codice civile ed oggi l'art. 57 l. 218/1995 il quale rende in ogni caso applicabile la Convenzione di Roma del 1980 "senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili" (riguardo a quest'ultima convenzione, non dovrebbe sorgere nessun conflitto con la Convenzione dell'Aja del 1955, dal momento che l'art. 21 della Convenzione di Roma dispone che "la presente convenzione non pregiudica l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno Stato contraente è o sarà parte"; tuttavia, qualche problema potrebbe sorgere per le vendite al consumo, cui la Convenzione dell'Aja (del 1995, ma non quella del 1986) è applicabile, laddove la Convenzione di Roma detta per esse all'art. 5 una regola protettrice del consumatore. Secondo LAGARDE, *Les limites objectives de la Convention de Rome (conflits de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., 63-64, vi sono buoni argomenti per dare la prevalenza alla Convenzione di Roma; sulla questione, anche in riferimento all'art. 6, par. 2 della direttiva 93/13 CEE, v. da ultimo, CANNADA BARTOLI L., *Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori*, RDI, 1995, 324).

Ma - ciò che è più grave - la nostra giurisprudenza ha commesso un duplice errore perché, proprio applicando ai contratti di vendita l'art. 5-1° della Convenzione di Bruxelles, ha per lo più direttamente utilizzato la Convenzione dell'Aja del 1964 (LUVI), senza bada-

re al fatto che per effetto della riserva apposta dal nostro paese a norma dell'art. IV della medesima, tale Convenzione può e deve essere applicata - ancor oggi, in via dell'ultrattività riconosciutale nonostante la denuncia italiana: cfr. Cass., sez. un., 24 ottobre 1988, n. 5739, sulla quale v. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit. 494-496 - solo quando, in forza delle norme della Convenzione dell'Aja del 1955, sia dichiarato competente il diritto italiano ovvero quello di uno Stato parte della Convenzione del 1964. In altri termini, la nostra giurisprudenza, facendo prevalere la Convenzione dell'Aja del 1964 sulla Convenzione del 1955, ha ignorato che per effetto di quella riserva la Convenzione del 1964 ha perso il primato sulle norme di conflitto di origine internazionale, primato che era una delle ambizioni della Convenzione (sulla riserva in questione, v. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 267-272).

Ancora di recente, ad esempio la nostra Cassazione ha affermato che il *forum solutionis* va individuato, in conformità alla regola *Tessili*, ricorrendo all'art. 25, 1° comma, disp. prel.: nella specie applicando la legge italiana quale legge del luogo di conclusione del contratto, individuato in Italia, ad una vendita tra acquirente italiano e venditore francese, laddove il collegamento stabilito dalla Convenzione del 1955 è in via di principio la residenza abituale del venditore (art. 3, 1° comma; ma caso vuole che l'ordine sia stato ricevuto dall'agente del venditore in Italia, con la conseguenza che si applica egualmente la legge italiana in virtù del secondo comma dell'art. 3: legge del paese di residenza dell'acquirente); quanto alla Convenzione dell'Aja del 1964, la Cassazione la dichiara applicabile (ma mettendola in secondo piano rispetto alla nostra legge) "trattandosi di vendita tra una ditta italiana e una ditta francese" (Cass., sez. un., 25 ottobre 1993 n. 10600, FI, I, 2832; la fattispecie avrebbe dovuto essere ricondotta invece alla Convenzione del 1955, la quale, individuando come competente l'ordinamento italiano, rendeva applicabile la Convenzione del 1964 ad esclusione delle norme interne).

Per un panorama della scorretta applicazione della Convenzione del 1964 e "disapplicazione" di quella del 1955, v. BOSCHIERO, *Il coordinamento*, cit., 499-509. La nostra giurisprudenza ha peraltro quasi sempre applicato "direttamente" la Convenzione dell'Aja del 1964, senza passare per il tramite di alcuna norma di conflitto: v., tra le molte, Cass., sez. un., 20 marzo 1986, n. 1971, GI, 1987, I, 1, 912, con nota di ZENO-ZENCOVICH; Cass., sez. un., 24 ottobre 1988, n. 5739, FI, 1989, I, 2878, con nota di PISANESCHI (in entrambe le prolisse sentenze si evoca a sproposito l'art. 57 della Convenzione di Bruxelles e si dice che la Convenzione dell'Aja del 1964 è divenuta regola di diritto internazionale privato italiano direttamente applicabile in sostituzione dell'art. 25, 1° comma, disp. prel. c.c.). In Cass., sez. un., 28 ottobre 1993, n. 10704, FI, 1995, I, 942, con nota di ROSCIONI, il luogo d'esecuzione è direttamente determinato in base all'art. 1498, 3° comma, c.c., come se non esistessero né la Convenzione del 1955 né quella del 1964. La Cassazione richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia e i propri precedenti conformi, ma sembra determinare il luogo d'esecuzione *lege fori*, non facendo alcuna menzione della legge regolatrice del contratto (per di più ritiene applicabile l' (abrogato) art. 4, n. 3, c.p.c. in quanto non menzionato nell'art. 3 della Convenzione di Bruxelles).

ii) designazione del luogo di esecuzione ad opera delle parti.

E' generalmente ammesso che le parti possano derogare alla determinazione legale del luogo d'esecuzione dell'obbligazione. Tale facoltà non è però concepibile indipendentemente dalla legge regolatrice del rapporto, per cui non è corretto affermare che la designazione contrattuale del *locus solutionis* sopprime l'esigenza della ricerca della legge competente.

Nel senso criticato, Cass., sez. un., 27 marzo 1980, n. 3798, GI, I, 1, 1154 con nota adesiva di FRANCHI, secondo la quale il foro dell'adempimento va determinato in applicazione della legge richiamata dalla norma di diritto internazionale privato della *lex fori* solo se esso non risulta identificato dalla volontà espressa dalle parti o dalla intrinseca natura della prestazione; nel medesimo senso, GORNATI DE CIUCEIS, *Sull'interpretazione dei criteri giurisdizionali*, cit. 108; anche Cass., sez. un., 10 gennaio 1992, n. 186, FI, 1992, I, 2738, sembra ritenere l'intervento della *lex causae* subordinato alla mancanza di previsione contrattuale del luogo d'esecuzione.

Caso diverso è quello in cui le parti indichino concordemente in giudizio quale sia il luogo d'esecuzione: nel senso che in tal caso non si richiede l'individuazione della legge regolatrice dell'obbligazione controversa, Cass., sez. un., 17 febbraio 1981, n. 946, FI, 1981, I, 1607.

Oltre a fornire i criteri d'interpretazione dell'intento negoziale, la legge che regola il rapporto ne definisce i termini di efficacia. Essa potrebbe subordinare la determinazione convenzionale del luogo d'esecuzione ad una manifestazione espressa di volontà, oppure ritenere adeguata una volontà soltanto tacita; e così anche potrebbe dare rilievo preminente all'autonomia delle parti, conferendo all'indicazione legale carattere suppletivo, o accordare invece alla volontà delle parti un ruolo meramente sussidiario. A ciò si aggiunge la rilevanza spesso attribuita agli usi, nella loro varia configurazione di usi normativi, contrattuali, individuali, e interpretativi (per una valutazione restrittiva dei comportamenti concludenti idonei a modificare il luogo d'esecuzione espressamente pattuito, condotta alla stregua della legge italiana regolatrice del rapporto, v. Cass., sez. un., 9 ottobre 1984, n. 5027, RDIPP, 1985, 833; sul rapporto tra indicazione legale e volontà delle parti, v. Cass., sez. un., 20 marzo 1986, n. 1971, GI, 1987, I, 1, 912 con nota, critica sul punto, di ZENO-ZENCOVICH).

Il riferimento alla legge competente per valutare gli effetti dell'autonomia negoziale riguardo alla determinazione del luogo d'esecuzione è del

resto imposto da una pronuncia della Corte di giustizia, sentenza del 17 gennaio 1980, in causa 56/79 *Zelger c. Salintri*, nella quale si afferma che ai fini dell'art. 5-1° il luogo di adempimento di un'obbligazione può essere determinato dalle parti con una clausola valida secondo il diritto nazionale applicabile al contratto, *indipendentemente dall'osservanza dei requisiti di forma stabiliti dall'art. 17*.

La questione esaminata dalla Corte si riferisce ad un preteso accordo verbale con il quale veniva determinato il luogo d'esecuzione per la restituzione di una somma mutuata. Il dubbio interpretativo si è posto con riguardo alla necessità o meno, anche per gli accordi sul luogo d'esecuzione, del rispetto delle prescrizioni di forma stabilite dall'art. 17 per gli accordi di proroga della competenza: una questione, dunque, di validità formale della clausola relativa al luogo d'adempimento, questione alla quale la legge regolatrice del contratto - nella specie, tedesca - e l'art. 17 sembrano dare, secondo il giudice di rinvio, risposte differenti: mentre la prima ammette la pura e semplice forma orale, il secondo pone requisiti più severi.

In realtà, osserva la Corte, altro è la competenza derivante dall'art. 5-1° (foro alternativo rimesso alla scelta dell'attore e giustificato dalla prossimità del giudice alla lite) e altro quella risultante dalla proroga (competenza escludente qualsiasi altro foro e svincolata da un legame oggettivo tra il rapporto controverso e il giudice adito). Pertanto, conclude la Corte, "qualora la legge da applicarsi consenta ai contraenti, alle condizioni ch'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 nello stesso luogo la competenza giurisdizionale ai sensi dell'art. 5 n. 1 della convenzione".

Nella sostanza, la risposta della Corte al giudice di rinvio è che le prescrizioni della legge tedesca e quelle della Convenzione non entrano in conflitto perché hanno un oggetto diverso. Vi è infatti differenza fra la determinazione convenzionale del luogo d'esecuzione, la cui influenza sulla giurisdizione è soltanto indiretta (le parti conservano la facoltà di scelta tra foro generale e foro speciale), e l'accordo sulla competenza che produce invece effetti diretti sul piano processuale (questo è stato l'argomento principale sostenuto dall'Avvocato generale CAPOTORTI nelle sue *Conclusioni*, formulate nei termini poi accolti dalla Corte).

Il principio secondo cui bisogna tener presente la legge regolatrice dell'obbligazione dedotta in giudizio, appare corretto: benché rilevante anche ai fini della competenza, la *determinazione* del luogo d'esecuzione resta pur sempre un elemento del merito della lite, laddove è solo il *luogo* d'esecuzione ad essere preso in considerazione dalla norma processuale.

Riteniamo che nonostante la sentenza *Zelger* parli di clausola valida secondo il diritto applicabile, l'accertamento del giudice non può estendersi, in caso di contestazione, alla verifica della validità del contratto nel quale la clausola è inserita. In conformità ai principi che presiedono alla verifica dei presupposti della competenza (v. la sentenza *Effer* richiamata *sopra*, par. 1.1.4.), il suo compito è limitato all'accertamento dell'esistenza della clausola e degli effetti che le ricollega la legge competente a regolare l'obbligazione controversa, valido o invalido che sia il contratto.

Diverso il caso in cui la determinazione del luogo d'esecuzione si concretizzi in un accordo autonomo; in tale ipotesi non sembra potersi prescindere da una valutazione della validità dell'accordo sotto i profili di forma, capacità e sostanza, secondo la legge competente per ciascuno di essi.

Cfr. sul punto, HUET, JDI, 1980, 441-442, critico nei confronti della pronuncia della Corte che sembra ricondurre tutti gli aspetti in questione alla legge regolatrice del contratto. L'A. ritiene si debba valutare in ogni caso la forma della pattuizione del luogo d'esecuzione secondo la *lex loci actus* e gli effetti dell'accordo secondo la legge che regola la sostanza dell'obbligazione controversa; in senso conforme, GAUDEMET-TALLON, 125-126; in senso favorevole ad una valutazione della clausola secondo principi autonomi, tratti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 17, ad eccezione dei requisiti formali, si esprime invece JAIME, *Compétence judiciaire*, 80-81 che non approva la prassi tedesca consistente nel separare la clausola dal contratto per sottoporla ad una propria legge regolatrice.

Qualche perplessità desta la recente sentenza della Cass., sez. un., 22 marzo 1995, n. 3321, FI, 1996, I, 198, con nota di SILVESTRI, che ha escluso nel caso di specie la formazione di accordo sul luogo di adempimento senza peraltro procedere all'individuazione della legge regolatrice del rapporto. La Cassazione ha utilizzato in proposito un canone di valutazione del consenso delle parti che pare aderente più ai requisiti della proroga di competenza che non alla disciplina sostanziale del rapporto.

i) Questione completamente diversa da quella della validità ed efficacia della clausola di designazione del luogo d'esecuzione è se il *luogo*

designato dalle parti possa fungere da criterio di collegamento, ai fini della competenza, anche quando esso sia puramente fittizio, vale a dire quando l'attuazione degli obblighi debba necessariamente avvenire in altro luogo.

Già all'indomani della sentenza *Zelger* si era osservato da taluni che simili clausole, ove ammesse senza particolari requisiti formali, potrebbero prestarsi ad eludere l'esigenza di effettività del consenso che sottende i requisiti posti dall'art. 17; ciò potrebbe accadere quando il luogo d'esecuzione venisse unilateralmente modificato da una parte, ad esempio nella fattura, e il silenzio dell'altra fosse ritenuto accettazione tacita (MEZGER, RCDIP, 1980, 389-390).

Altri avevano posto in dubbio, sempre a causa delle restrizioni cui è sottoposta la proroga di competenza, che si possa attribuire rilevanza processuale al luogo d'esecuzione quando la sua determinazione consensuale non corrisponda al luogo in cui sarà effettivamente attuato il comportamento dovuto, oppure qualora le parti cerchino di localizzare, in contrasto con la determinazione legale, effetti di per sé non localizzabili; pertanto, si è ritenuto che ai fini della competenza non possa avere nessuna influenza l'accordo con cui si prevede che la garanzia per vizi è prestata in luogo diverso da quello della consegna della cosa, se è a questo luogo che la previsione normativa si riferisce (GOTHOT-HOLLEAUX, 39-40).

Queste tesi hanno trovato conferma nella sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1997 in causa C-106/95 *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*.

La fattispecie considerata dalla Corte riguarda un contratto la cui esecuzione era prevista essenzialmente in territorio francese. Ciò nonostante la parte tedesca aveva inviato, al termine delle trattative, una lettera di conferma nella quale indicava come luogo d'esecuzione (e foro competente) la propria sede in Germania. A tale lettera la parte francese non aveva mai dato risposta, pur onorando tutte le fatture le quali contenevano anch'esse la medesima designazione del luogo d'esecuzione.

In questa sentenza la Corte riconferma la pronuncia *Zelger*, affermando che le parti sono "libere di accordarsi sul luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali, diverso da quello determinabile in forza della legge vigente per il contratto, senza essere obbligate a rispettare particolari

requisiti formali". Tuttavia, rileva la Corte, questa libertà delle parti può essere riconosciuta agli effetti dell'art. 5-1° soltanto se il suo obiettivo sia realmente quello di fissare il luogo d'esecuzione dell'obbligazione, non se l'accordo abbia il solo scopo di determinare un foro competente, poiché in questo caso s'impone il rispetto dei requisiti posti dall'art. 17.

Due sono i motivi che spingono la Corte a questa conclusione: il primo è che la disposizione dell'art. 5-1° tiene presente "il luogo di esecuzione effettiva dell'obbligazione come criterio di competenza, a causa del suo collegamento diretto con il giudice che essa riconosce competente"; il secondo motivo è che solo un accordo di proroga rispettoso delle condizioni fissate nell'art. 17 può attribuire competenza ad un giudice che non abbia nessun collegamento obiettivo con la controversia.

Pertanto - questa la conclusione della sentenza -, quando le parti "fissano un luogo di esecuzione che non presenti nessun collegamento effettivo con la materia del contratto e in cui le obbligazioni derivanti dal contratto medesimo non potrebbero essere eseguite, sulla base dei termini di quest'ultimo" si è in presenza non già di un accordo sul luogo di esecuzione, bensì di un accordo di proroga della competenza.

ii) La sentenza *Mainschiffahrts* è stata interpretata come una correzione della sentenza *Zelger*, correzione a sua volta giudicata in contrasto con le affermazioni della sentenza *Custom Made Commercial* (v. il paragrafo precedente) in quanto la più recente pronuncia della Corte pone a fondamento dell'art. 5-1°, a differenza della precedente, l'effettività del criterio del luogo di esecuzione dell'obbligazione (GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 1997, 574-577).

Riteniamo di non poter condividere tale analisi. Quanto alla pretesa correzione del principio affermato nella sentenza *Zelger*, va osservato che la necessità, posta da quest'ultima, di valutare l'accordo sul luogo d'esecuzione alla luce della legge competente a regolare l'obbligazione dedotta in giudizio, e non in base ai requisiti formali stabiliti dall'art. 17, non implica affatto che si debba riconoscere l'incondizionata efficacia dell'accordo stesso, agli effetti dell'art. 5-1°, per il solo fatto della sua stipulazione. Il princi-

pio posto nella sentenza *Mainschiffahrts*, secondo cui il criterio costituito dal luogo d'esecuzione assume rilevanza nei riguardi della norma di competenza solo se effettivo, opera su di un piano diverso da quello della regola di valutazione della forma di stipulazione dell'accordo sul luogo d'esecuzione. Il più recente principio riguarda infatti esclusivamente il concetto di *luogo* d'esecuzione ed esige che esso rappresenti, come è per sua natura (v. il paragrafo precedente), una *modalità reale dell'adempimento*.

Questo rilievo, che altro non è se non la *ratio decidendi* della sentenza *Mainschiffahrts*, è di grande importanza perché permette di chiarire - pensiamo definitivamente - che l'art. 5-1° si fonda non sulla localizzazione del rapporto globalmente considerato, bensì soltanto sul profilo spaziale relativo all'attuazione dell'obbligazione controversa.

Proprio per tale motivo non pare corretto vedere nella più recente pronuncia un'affermazione in contrasto con quanto statuito dalla Corte nella sentenza *Custom Made Commercial*, giacché anche in quest'ultima la Corte ha ben messo in luce che ciò che conta per l'art. 5-1° non è la prossimità del giudice all'ambito spaziale in cui il rapporto, come entità a sé, riceve adeguata localizzazione attraverso le norme di conflitto, bensì il collegamento del giudice con il luogo in cui l'obbligazione specificamente dedotta in giudizio è stata o deve essere attuata (v. l'analisi della sentenza svolta nel paragrafo precedente).

1.4. Rapporti di lavoro.

Esponendo i principi relativi all'individuazione dell'obbligazione contemplata dall'art. 5-1°, si è visto come la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia introdotto per i rapporti di lavoro un'apposita regola di competenza fondata sul concetto di *prestazione caratteristica* (*sopra*, par. 1.2.1.).

Recependo questa regola giurisprudenziale, la Convenzione di adesione del 1989 ha provveduto ad inserire nell'art. 5-1°, dopo la previsione generale relativa al luogo d'esecuzione, un'espressa disposizione secondo la quale "in materia di contratto individuale di lavoro, il luogo è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività; qualora il lavoro-

re non svolga abitualmente la propria attività in un solo paese, il datore di lavoro può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale è stato assunto”.

Il significato di questa disposizione deve essere inteso alla luce della precedente giurisprudenza della Corte, con la quale essa si trova in un rapporto di continuità.

La nuova disposizione riprende in parte una regola *ad hoc* in materia di lavoro la quale figura all'art. 5-1° della Convenzione di Lugano (per le differenze tra le due disposizioni v. *oltre*). Sempre con la Convenzione di adesione del 1989 è stata altresì introdotta per il rapporto di lavoro una specifica disposizione relativa alla proroga di competenza).

i) la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di rapporti di lavoro.

Come si è accennato, ragione della giurisprudenza “creatrice” della Corte è stato il fatto che l'originario testo della Convenzione, pur prevedendo regole particolari di competenza per taluni soggetti reputati “parte debole”, aveva considerato il rapporto di lavoro materia non bisognosa di particolare considerazione.

Convinta che la specifica rilevanza sociale di questo rapporto e l'esigenza di protezione del lavoratore dovessero invece trovare riconoscimento anche nella Convenzione di Bruxelles, come nel frattempo era avvenuto con la Convenzione di Roma del 1980 (si veda l'art. 6, il quale persegue l'intento protettivo del lavoratore ponendo limiti alla scelta della legge applicabile e individuando, in mancanza di scelta, leggi idonee ad assicurare adeguata tutela del lavoratore: v. *oltre*), la Corte di giustizia ha ritenuto di dover introdurre una deroga al principio affermato con la sentenza *de Bloos* - secondo il quale, come si è visto in precedenza, la competenza facoltativa di cui all'art. 5-1° si collega alla specifica obbligazione dedotta in giudizio -, sancendo che “l'obbligazione da prendere in considerazione... 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”. Nel rapporto di lavoro l'*obbligazione rilevante* si

identifica dunque con *la prestazione caratteristica*, che anche per la Corte, com'è ovvio, "è normalmente quella di svolgere il lavoro" (v. la sentenza del 26 maggio 1982, in causa 133/81 *Ivenel c. Schwab* di cui si è già parlato nel par. 1.2.1).

Era implicito in tale scelta interpretativa che il luogo d'esecuzione dell'obbligazione dovesse considerarsi costituito, *per tutte e per ognuna delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro*, dal luogo dove viene svolta l'attività lavorativa (luogo che solitamente coincide col domicilio o residenza del lavoratore). Di conseguenza, la regola *Tessili* (v. *sopra*, par. 1.3.) diveniva superflua in questa materia.

La sentenza *Ivenel* ha solide basi argomentative. Rilevato che *ratio* dell'art. 5-1° è l'attribuzione di competenza ad un giudice che abbia uno stretto nesso con la controversia, la Corte reputa che nel caso della prestazione di lavoro subordinato "tale nesso consiste in particolare nella legge da applicarsi al contratto; e che, secondo le norme di diritto internazionale privato in materia, tale legge è determinata dall'obbligazione che caratterizza il contratto di cui trattasi e che è normalmente quella di svolgere il lavoro". Poiché le norme di diritto internazionale privato cui fa riferimento la Corte sono quelle della Convenzione di Roma - che all'art. 6 sottopone il rapporto di lavoro, in via principale e in mancanza di scelta operata dalle parti, alla legge del luogo in cui viene abitualmente prestata l'attività lavorativa -, l'argomento ha il pregio di realizzare in tale materia, nella normalità dei casi, la coincidenza tra competenza giurisdizionale e competenza legislativa (tra *forum* e *jus*, come si dice comunemente), coincidenza che corrisponde alle aspettative del lavoratore e assicura con certezza l'applicazione delle norme imperative vigenti nel luogo di svolgimento della prestazione lavorativa (v. peraltro, in senso critico, BISCHOFF e HUET, JDI, 1982, 948 e 1987, 465; *amplius*, ALLWOOD, *Characteristic Performance and Labour Disputes under the Brussels Convention: Pandora's Box*, YEL, 1987, 131).

In senso conforme al principio posto dalla Corte di giustizia si vedano nella nostra giurisprudenza le sentenze della Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1589, RDIPP, 1990, 387, nonché, 17 maggio 1995, n. 5392, GC, 1996, I, 490.

Stando al complesso dei principi interpretativi dell'art. 5-1°, elaborati in via generale dalla Corte, la concentrazione nel *locus laboris* di tutte le controversie concernenti il rapporto doveva ritenersi operante non solo quando fossero state dedotte in giudizio più *obbligazioni* eseguibili (secondo la regola *Tessili*) in Stati contraenti diversi e vi fosse un unico luogo di lavoro (è questa la fattispecie cui si riferisce la sentenza *Ivenel*), ma anche

quando fossero state dedotte in giudizio più obbligazioni relative a *prestazioni di lavoro* svolte in Stati contraenti diversi, sempreché l'esecuzione di parte preponderante del lavoro fosse localizzabile in uno solo di essi: anche in questa materia poteva infatti ritenersi operante il principio sancito nella sentenza *Shenavai* ("l'accessorio segue il principale", v. *sopra*, par. 1.2.1).

Conviene precisare che tale ipotesi non coincide con quella di invio temporaneo del lavoratore in un altro Stato, essendo evidente che la temporaneità della missione non fa venir meno l'unicità del luogo di lavoro; in simile ipotesi anche la Convenzione di Roma tiene ferma la competenza della legge del luogo in cui viene "abituamente" prestata l'attività lavorativa: si veda l'art. 6, par. 2. lett. *a*, il quale lascia intendere già con quell'avverbio che non si richiede continuità di esecuzione della prestazione in un unico e medesimo luogo (cfr. VILLANI, *La convenzione di Roma*, cit., 160).

Diverso, invece, il caso prima configurato, il quale potrebbe riguardare, ad esempio, un dirigente della sede principale di una società cui sia affidata anche la responsabilità di una sede secondaria presso la quale si reca ad intervalli regolari di tempo (per la riconducibilità di un'ipotesi del genere all'art. 6, par. 2. lett. *a* della Convenzione di Roma, v. ancora VILLANI, *loc. cit.*, che richiama il precedente della sentenza che indichiamo qui di seguito).

E' questa, comunque, la soluzione che la Corte ha sancito nella sentenza del 13 luglio 1993, in causa *C-125/92 Mulox IBC Ltd c. H. Geels* (già ricordata *sopra*, par. 1.2.1.). Richiamandosi ai propri precedenti in materia, e in particolare alla sentenza *Shenavai*, la Corte - mentre ha riconfermato che "in materia di contratti di lavoro il concetto di luogo d'esecuzione dell'obbligazione pertinente deve essere interpretato nel senso che si riferisce... al luogo in cui il lavoratore esercita di fatto le attività convenute con il datore di lavoro" - ha altresì statuito che nell'ipotesi di prestazione del lavoro eseguita in più d'uno Stato contraente si deve "considerare luogo dell'esecuzione dell'obbligazione contrattuale... il luogo nel quale, o a partire del quale il lavoratore adempie principalmente le sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro".

Nel dispositivo della pronuncia torna esplicitamente il concetto di prestazione caratteristica: "... il luogo in cui l'obbligazione che caratterizza il contratto è stata o deve essere eseguita... è quello nel quale, o a partire dal quale, il lavoratore adempie principalmente...". In questo modo la Corte ha escluso la competenza corrente, per la totalità delle controversie nascenti dal rapporto, di ciascuna giurisdizione dei paesi nei quali viene svolta parte dell'at-

tività lavorativa: soluzione, questa, vista invece con favore da taluni: v. HUET, JDI, 1994, 541-542.

Benché rimetta al giudice adito il compito di determinare concretamente tale luogo, la Corte non manca di fornire direttive al riguardo, enunciando taluni criteri idonei a rilevare il carattere principale dell'attività, quali: l'esistenza, nel paese di residenza, di un ufficio per organizzare l'attività da eseguire all'estero, svolta la quale il lavoratore torna nel paese di residenza; il fatto che all'inizio della causa il lavoro si svolga esclusivamente nel paese del giudice adito.

La pronuncia non risolve il problema della regola di competenza applicabile nell'ipotesi affatto rara in cui non si rilevi un luogo di svolgimento dell'attività in via principale; la soluzione proposta dall'Avvocato generale JACOBS, di considerare egualmente competenti tutti i giudici dove si svolge l'attività sembra esclusa dalla Corte anche per questa particolare ipotesi, con la conseguenza che rimane applicabile il solo art. 2: in tal senso, LAGARDE, RCDIP, 1994, 575. Questa conclusione può tuttavia valere solo in quanto debba ancora applicarsi il testo della Convenzione anteriore alla modifica apportata dalla Convenzione di adesione del 1989, la quale risolve il problema permettendo, peraltro al solo lavoratore, di adire il foro dello stabilimento presso il quale è stato assunto : vedi subito *oltre*.

1.4.1. Le nuove disposizioni della Convenzione di adesione del 1989 alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nel complesso, gli indicati principi autonomamente elaborati dalla Corte conservano valore anche in rapporto alle nuove disposizioni sancite dalla Convenzione di adesione del 1989, la quale, ricordiamo, prevede che per luogo di esecuzione in materia di lavoro si intende "quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività" e che "qualora il lavoratore non svolga abitualmente la propria attività in un solo paese, il datore di lavoro può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale è stato assunto".

La necessità di determinare il significato della nuova disposizione alla luce della precedente giurisprudenza è stata affermata dalla stessa Cor-

te di giustizia nella sentenza del 9 gennaio 1997, in causa 9 gennaio 1997 *P. W. Rutten c. Cross Medical Ltd.*

Ne consegue che l'obbligazione rilevante ai fini della determinazione della competenza resta sempre, secondo quanto indicato nella sentenza *Ivenel*, l'obbligazione caratteristica del rapporto - cioè la prestazione di lavoro -, quale che sia l'obbligazione dedotta in giudizio dall'attore; ciò comporta l'irrilevanza dell'oggetto specifico della domanda allorquando essa trova titolo in un rapporto di lavoro: è la materia del processo, peraltro nei limiti di cui all'art. 1 della Convenzione, che attrae nella competenza del giudice del luogo d'esecuzione della prestazione lavorativa ogni tipo di controversia fra datore e prestatore di lavoro.

Questione piuttosto delicata è stabilire quale sia l'esatto significato della nozione di "contratto individuale di lavoro"; mentre nella sentenza *Ivenel* viene menzionato il contratto di "lavoro subordinato", nella sentenza *Shenavai* la Corte di giustizia precisa che il criterio dell'obbligazione caratteristica riguarda solo i "contratti di lavoro, come altri contratti in fatto di lavoro subordinato". Nelle sentenze successive gli "altri contratti" non sono più menzionati, e nella più recente sentenza *Rutten* la Corte menziona, al punto 23, il solo "lavoratore subordinato". Riguardo a questo problema, la *Relazione JENARD/MÖLLER*, par. 41, ammette che la Convenzione di Lugano non lo risolve, affermando peraltro che una nozione autonoma di contratto di lavoro dovrebbe presupporre un vincolo di dipendenza del lavoratore nei confronti del datore di lavoro. D'altra parte, il fatto che la Convenzione di adesione del 1989 si limiti a considerare il contratto individuale di lavoro, senza riprendere la formula della sentenza *Shenavai*, potrebbe voler indicare che tale nozione va intesa restrittivamente (nel senso della necessità del vincolo di subordinazione, GAUDEMET-TALLON, 123; HUET, *Compétence judiciaire*, 74; MÖLLER, *ivi*, 223-224; KROPHOLLER, 107; CARRASCOSA GONZALES, in CALVO CARAVACA, *Comentario*, 99).

Analogo problema si pone anche per l'art. 6 della Convenzione di Roma: al riguardo v. VILLANI, *La convenzione di Roma*, cit., 147-148 che propende per la necessità del vincolo di subordinazione, ammettendo tuttavia un ampliamento dell'ambito di applicazione della norma al c. d. lavoro "parasubordinato" in considerazione della posizione di intrinseca debolezza contrattuale che caratterizza una delle parti di tali rapporti. Ci sembra che analoga conclusione potrebbe forse valere anche per l'art. 5-1° della Convenzione di Bruxelles, ma solo in ipotesi particolari di lavoro "parasubordinato", nelle quali gli elementi della continuità, della coordinazione e della prevalenza del lavoro personale (v. art. 409, n. 3, c.p.c.) sono così intensi da farlo quasi confondere con il lavoro subordinato.

Quanto alla determinazione del luogo d'esecuzione, si deve ritenere che la regola autonoma posta dalla Corte già con le sentenze *Ivenel* e

Shenavai, e poi specificata nella sentenza *Mulox*, non abbia perso rilevanza per il fatto che la Convenzione di adesione del 1989 detti all'art. 5-1° una specifica disposizione relativa al rapporto di lavoro. Come diremo tra poco *sub ii*), il principio secondo cui il luogo d'esecuzione è quello in cui è svolta la parte principale della prestazione lavorativa - principio che continua ad applicarsi come tale alle azioni introdotte prima dell'entrata in vigore di tale Convenzione - si identifica ormai con la nuova regola, la quale pone come luogo d'esecuzione "quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività".

i) Per comprendere il significato delle due nuove disposizioni relative al rapporto di lavoro, occorre considerare, preliminarmente, che la riformulazione dell'art. 5-1° operata dalla Convenzione del 1989 pretende di essere la traduzione normativa dei principi enunciati fino a tale epoca dalla Corte di giustizia, quelli già esaminati ed un altro che si ricava dalla sentenza del 15 febbraio 1989, in causa 32/88 *Six Construction c. Humbert* (v. la *Relazione* ALMEIDA CRUZ/DESANTES REAL/JENARD, par. 23).

In questa sentenza, riguardante il caso di un lavoratore francese assunto da una società araba stabilita in Belgio, il quale aveva svolto il proprio lavoro in territori non comunitari, la Corte di giustizia si è trovata a dover affrontare un problema molto delicato: se si dovesse confermare anche per simile ipotesi il criterio della prestazione caratteristica. Sulla base dei precedenti *Ivenel* e *Shenavai*, il caso di specie non poteva che essere risolto escludendo l'applicazione dell'art. 5-1°, dal momento che il luogo di esecuzione della prestazione caratteristica si trovava al di fuori dell'ambito comunitario. Nel caso di specie restava pertanto utilizzabile il solo foro generale (art. 2), a meno che, secondo il quesito prospettato dal giudice di rinvio, non si fosse inteso l'art. 5-1° come riferibile anche al luogo dove si trova lo stabilimento presso il quale il lavoratore è stato assunto.

Quest'ultima soluzione era stata nel frattempo accolta dalla Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988, il cui art. 5-1° era stato formulato, sulla base delle indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia, adottando per i soli rapporti di lavoro il criterio del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la sua attività - in sostanza, dunque, il criterio della prestazione caratteristica -, ma aggiungendovi sussidiariamente il criterio

del luogo in cui si trova lo stabilimento dal quale é stato assunto il lavoratore, per il caso in cui questi non svolga abitualmente l'attività in un solo paese.

In un'ipotesi come quella considerata dalla sentenza *Six Construction* (prestazione del lavoro al di fuori del territorio comunitario), per creare un'alternativa al foro del domicilio del convenuto - il datore di lavoro, come accade quasi sempre in questa materia - che realmente tenesse conto dell'esigenza di protezione del lavoratore, si sarebbe dovuta seguire l'indicazione dell'Avvocato generale TESAURO il quale proponeva di tornare alle regole generali (*de Bloos* e *Tessili*, nonché *Shenavai* quanto al criterio dell'obbligazione principale) al fine di prendere in considerazione le specifiche obbligazioni contrattuali dedotte in giudizio (nel caso concreto, pagamenti di varie indennità); in ogni caso, faceva osservare l'Avvocato generale, identificare il luogo di esecuzione con la sede dell'impresa che assume il lavoratore avrebbe avuto il risultato di introdurre un *forum actoris* a vantaggio del datore di lavoro, e senza nessuna utilità per il lavoratore-attore quando, come nel caso di specie, tale sede non coincide col luogo di svolgimento dell'attività.

La soluzione che la Corte dà al problema conferma la valenza generale della prestazione (caratteristica) dell'attività lavorativa ai fini dell'individuazione dell'obbligazione contemplata dall'art. 5-1°. Ma posta tale premessa, la Corte non può non trarne la logica conseguenza che il ricorso a tale norma è precluso se il luogo di prestazione del lavoro si trova al di fuori del territorio degli Stati contraenti, restando così applicabile alla controversia il solo art. 2.

Peraltro, la sentenza *Six Construction* non si arresta a tale constatazione, ma si dà cura di sottolineare che l'alternativa al foro generale, rappresentata dal luogo in cui ha sede lo stabilimento che assume il lavoratore, non può essere ritenuta un criterio appropriato: infatti, l'incondizionata adozione di tale criterio offrirebbe al datore di lavoro, nel caso in cui la sede dello stabilimento di assunzione non coincidesse col luogo (o i luoghi) di lavoro, la possibilità di utilizzarlo come *forum actoris* anche contro l'interesse - meritevole di tutela - del lavoratore (convenuto) a veder sottoposte le controversie di lavoro o al giudice del luogo dove esso viene prestato o a quello del proprio domicilio.

La sentenza *Six Construction* ha direttamente influenzato la riformulazione del testo dell'art. 5-1° nella Convenzione di adesione del 1989. Come si è detto, la norma prevede infatti che ove manchi un luogo

abituale di lavoro è solo il lavoratore che può intentare l'azione dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale il lavoratore è stato assunto, diversamente da quanto prevede la Convenzione di Lugano che mantiene invece l'eguaglianza formale tra datore di lavoro e lavoratore.

Quest'ultima, inoltre, in quanto fa riferimento unicamente al luogo in cui *si trova* lo stabilimento, sembra escludere che si possa utilizzare tale foro se al momento dell'istanza lo stabilimento sia stato trasferito o abbia cessato l'attività; va anche osservato che la nuova versione dell'art. 5-1° della Convenzione di Bruxelles adotta, tra l'altro, un'impostazione diversa da quella del corrispondente testo di Lugano il quale, identificando "il luogo di esecuzione dell'obbligazione" con quello in cui si trova lo stabilimento di assunzione, sembra procedere più ad una localizzazione "arbitraria" dell'obbligazione che non alla previsione di un foro competente.

Risulta dunque dalla nuova formulazione che l'una e l'altra parte del rapporto possono utilizzare il criterio del luogo in cui la prestazione di lavoro è abitualmente svolta, ma che *solo il lavoratore-attore può avvalersi del foro dello stabilimento*.

Si noti, al riguardo, che la nuova regola dell'art. 5-1°, mentre esige che il luogo di svolgimento abituale dell'attività lavorativa si trovi nel territorio di uno Stato contraente, non richiede, affinché il foro dello stabilimento possa essere utilizzato, che almeno uno dei luoghi di esecuzione dell'attività si trovi in uno Stato contraente: la competenza speciale del foro dello stabilimento sussiste anche se tutti i luoghi sono all'esterno dell'area comunitaria (cfr. *La Relazione* ALMEIDA CRUZ/DESANTES REAL/JENARD, par. 23; GAUDEMET-TALLON, 124). Questa regola è però condizionata all'applicabilità della Convenzione di adesione del 1989; in caso contrario resta fermo il principio della sentenza *Six Construction*.

Quanto alla nozione di stabilimento, va osservato che il significato del termine deve essere inteso nel presupposto, di fondamentale importanza per l'applicazione dell'art. 5-1°, che il domicilio o sede del convenuto si trovi in un altro Stato contraente (altrimenti, chiunque sia il convenuto, si applicheranno le norme comuni di giurisdizione *ex art. 4* della Convenzione).

Tale nozione, peraltro, non sembra coincidere esattamente con quella di succursale

agenzia o altra filiale di cui all'art. 5-5° , dal momento che l'esigenza di protezione del lavoratore - è solo questi, se vuole, a poterlo utilizzare - suggerisce di interpretarla in senso ampio in modo da comprendere anche il caso in cui lo "stabilimento" sia una minima entità organizzativa (secondo la *Relazione JENARD/MÖLLER*, par. 43, "il termine <stabilimento> va interpretato in senso lato e riguarda segnatamente qualsiasi entità come una succursale o un'agenzia non avente personalità giuridica; la *Relazione ALMEIDA CRUZ/DESANTES REAL/JENARD*, par. 23, rinvia all'altra *Relazione* aggiungendo un semplice richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 5-5°). Diversa questione è se si tratti di un criterio appropriato (v. *oltre*).

Si noti inoltre che il foro dello stabilimento sopravvive al trasferimento o alla soppressione dell'unità organizzativa secondaria, aprendosi così al lavoratore un'alternativa fra il precedente e il nuovo luogo di situazione dello stabilimento (cfr. KROPHOLLER, 109-110).

ii) L'esegesi dell'art. 5-1° mostra che per i rapporti di lavoro il luogo di esecuzione dell'obbligazione, rilevante ai fini della competenza, è il luogo in cui il lavoro viene svolto in modo abituale: luogo che non può non essere unico e in un solo paese, perché - dice la norma - quando non può essere accertato lo svolgimento abituale del lavoro in un solo paese viene in considerazione il luogo dello stabilimento di assunzione. Le due ipotesi si differenziano dunque in base al criterio dell'abitualità di svolgimento della prestazione in un solo paese.

Bisogna ora tener conto del principio enunciato nella sentenza *Mulox*, secondo il quale nell'ipotesi di prestazione del lavoro eseguita in più d'uno Stato contraente si deve "considerare luogo dell'esecuzione dell'obbligazione contrattuale... il luogo nel quale, o a partire del quale il lavoratore adempie principalmente le sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro".

E' opportuno chiedersi se le fattispecie del lavoro svolto in via principale e quella del lavoro svolto in via abituale, in un determinato luogo, siano o meno le stesse. A rigore non lo sono perché mentre il concetto di esecuzione in via principale implica un'altra parte della prestazione, quantitativamente secondaria, regolarmente svolta in luogo diverso, ciò va escluso per il concetto di prestazione abituale, il quale implica la continuità e la regolarità dello svolgimento del lavoro in uno stesso luogo, essendo solo occasionale l'esecuzione della prestazione in un luogo diverso da quello abituale. Insomma

ma, dire *principale* è dire pluralità di luoghi quali sedi abituali di lavoro; al contrario, dire *abituale* è dire un solo luogo quale sede di lavoro.

Se queste considerazioni sono esatte ne deriva che in caso di prestazione di lavoro in più luoghi, il luogo dove è svolta la parte principale di esso non dovrebbe essere identificato con il primo criterio fissato nell'art. 5-1°, per il quale il luogo di esecuzione del lavoro è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività.

La diversità delle due fattispecie è stata ben rilevata già nelle *Conclusioni* dell'Avvocato generale JACOBS, par. 37, nella causa *Mulox*, il quale suggeriva di non intendere l'avverbio "abitualmente" che figura nella nuova versione dell'art. 5-1° in senso troppo letterale, ma come indicante il luogo principale di lavoro. Giustamente, LAGARDE, RCDIP, 1994, 577 ha rilevato che "ne faudrait-il pas aller trop loin dans cette voie, si l'on ne veut pas dénaturer les termes du nouveau texte. Il peut y avoir chevauchement mais il n'y a pas équivalence entre les termes "habituellement" et "principalement". Il est plausible de considérer que quelques missions à l'étranger ne suffisent pas à faire considérer qu'un travailleur cesse d'accomplir habituellement son travail dans un même pays. Mais il serait contraire au texte de Saint-Sébastien de décider qu'un travailleur qui aurait dans son champ d'activité la France et le Luxembourg accomplirait habituellement son travail en France, au motif que la part principale de son chiffre d'affaires serait réalisée en France".

Vista alla luce del nuovo art. 5-1°, alla fattispecie del lavoro principalmente svolto in un solo paese dovrebbe dunque applicarsi il foro dello stabilimento di assunzione del lavoratore.

In realtà, è proprio questa la conclusione che la sentenza *Rutten* ha voluto respingere, anche se non lo ha detto apertamente.

Il caso *Rutten* è sostanzialmente analogo a quello che si era presentato nella causa *Mulox*: lavoratore che svolge il proprio lavoro in più paesi, ma con prevalenza in uno di essi dove organizza tutta la propria attività. La questione che la Corte doveva risolvere era dunque se il principio affermato nella sentenza *Mulox* conservasse valore anche alla luce delle nuove disposizioni dell'art. 5-1°, se cioè il concetto di svolgimento abituale dell'attività di lavoro in un dato luogo coincidesse o meno con la nozione di "luogo nel quale o partire dal quale il lavoratore adempie principalmente le sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro", nozione appunto accolta come identificante il luogo di lavoro nel caso in cui esso viene svolto in più paesi.

Richiamandosi puntualmente ai propri precedenti, e in particolare

alle ragioni che avevano giustificato la soluzione data al caso *Mulox*, la Corte giunge alla conclusione che essi vanno confermati anche alla luce delle nuove disposizioni e che “la nozione di <luogo (...) in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività>, ai sensi dell’art. 5, punto 1, nei casi in cui il lavoratore svolga la propria attività in più Stati contraenti” deve essere interpretato nel senso che si riferisce “al luogo nel quale il lavoratore subordinato ha stabilito il centro effettivo della sua attività professionale e nel quale a partire dal quale, di fatto, adempie essenzialmente le sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro”.

Quanto alla concreta determinazione di tale luogo, la Corte aggiunge che va preso in considerazione il fatto che il lavoratore trascorre la maggior parte del proprio tempo lavorativo in uno Stato contraente, in cui dispone di un ufficio a partire dal quale organizza le proprie attività per conto del datore di lavoro e nel quale fa ritorno dopo ciascun viaggio di lavoro all’estero.

Il fatto che la Corte abbia escluso di poter distinguere fra lavoro svolto abitualmente e lavoro svolto principalmente in un determinato luogo, finendo per identificare le due situazioni, è ben significativo della sua riluttanza a prendere in considerazione il foro dello stabilimento nell’ipotesi di prestazioni di lavoro svolte in più Stati, riluttanza che già si era manifestata in occasione della sentenza *Mulox*.

In effetti, la situazione tipica cui si riferisce il criterio costituito dal foro dello stabilimento è tale che non necessariamente esso è (pur solo in parte) anche luogo di esecuzione del lavoro, essendo ben possibile, invece, che risulti essere semplicemente il luogo di conclusione del contratto di lavoro: dunque un foro che la Convenzione considera addirittura esorbitante (v. art. 3, 2° comma, particolarmente in relazione all’abrogato art. 4, n. 2 c.p.c.; cfr. anche le cit. *Conclusioni* dell’Avvocato generale TESAURO, par. 9, nella causa *Six Construction*).

Né, per sottrarlo alla critica, giova osservare che il foro dello stabilimento è predisposto, secondo la Convenzione del 1989, solo a vantaggio del lavoratore che può utilizzarlo se lo trova conveniente. Il carattere protettivo di questo foro è puramente ipotetico. Lungi dal corrispondere all’interesse del lavoratore, il foro dello stabilimento non è altro che il “secondo” domicilio del datore di lavoro, un luogo, oltre tutto, nel quale il lavoratore

potrebbe non aver mai prestato alcuna attività, ma al quale, paradossalmente, dovrebbe ricorrere per evitare l'alternativa, in ipotesi peggiore, del domicilio del datore di lavoro.

D'altro canto, non è neppure da sottovalutare il rischio che in un mercato altamente integrato come quello comunitario, in cui attività non abitualmente svolte in un solo Stato sono già oggi situazioni tutt'altro che infrequenti, particolarmente nel terziario, il foro dello stabilimento venga creato ad arte per indebolire le capacità di difesa del prestatore di lavoro (si vedano certi fenomeni di creazione di affiliate di società multinazionali, aventi la sola funzione di assumere il personale del gruppo: sul punto, in relazione ad una valutazione negativa del criterio della sede di ingaggio accolto dalla Convenzione di Roma, v. FORLATI PICCHIO, *Limiti posti dalla Convenzione di Roma alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, RDI, 1992, 277-281).

Posto che il foro dello stabilimento non è un criterio adeguato in presenza di una pluralità dei paesi di lavoro, si comprende come la Corte abbia voluto tener fermo il principio enunciato nella sentenza *Mulox* prima di ammettere il ricorso al foro dello stabilimento quando manca prestazione "abituale" (in senso proprio) di lavoro in un solo paese.

Razionalizzando la giurisprudenza della Corte alla luce delle nuove disposizioni dell'art. 5-1°, e senza forzare il concetto di abitualità dello svolgimento del lavoro, si potrebbe dire che i criteri speciali applicabili in materia di lavoro sono tre in concorso successivo: a) il luogo in cui la prestazione lavorativa è effettuata in maniera abituale; b) il luogo in cui la prestazione è effettuata in via principale quando l'attività lavorativa non è svolta abitualmente nello stesso paese; c) il luogo dello stabilimento di assunzione.

Il ricorso a quest'ultimo criterio deve essere evitato sforzandosi di ricercare, come indica chiaramente la sentenza *Rutten*, un luogo cui possa attribuirsi carattere di principalità, cioè costituente il *centro effettivo* dell'attività, come dice la Corte (e in tal caso esso vale ovviamente anche per il datore di lavoro). Solo nell'ipotesi estrema in cui non si possa individuare nessun luogo avente carattere principale o di centro effettivo, oppure nell'ipotesi in cui tale luogo sia fuori del territorio comunitario, il (solo) lavoratore potrà utilizzare il foro dello stabilimento in alternativa al foro generale del domicilio.

A questo riguardo, considerando che il domicilio della "parte debole" è criterio di competenza alternativa al foro generale del convenuto per i contratti dei consumatori e in materia d'assicurazione, non si può fare a meno di rilevare che al foro (alternativo) dello stabilimento poteva certamente preferirsi, a tutela della parte debole del rapporto di lavoro, il domicilio del prestatore di lavoro.

In un caso nel quale il lavoro risultava svolto in vari paesi del Mediterraneo, la Cass., sez. un., 9 giugno 1994, n. 5627, RDIPP, 1995, 416, ignorando, forse volutamente, i precedenti delle sentenze *Ivenel* e *Six Construction*, è ricorso di fatto a tale ultimo criterio per chiare ragioni di tutela del lavoratore. Formalmente la pronuncia fonda la competenza del giudice italiano, ex art. 5-1°, sulla circostanza che l'obbligazione pecuniaria gravante sul datore di lavoro, domiciliato in Germania, doveva essere eseguita in Italia presso il domicilio del lavoratore (considerata la fattispecie concreta, la pronuncia non sembra meritare le severe critiche di DE CRISTOFARO, GI, 1996, I, 1, 1271).

In estrema sintesi, la nuova formulazione dell'art. 5-1° dovrebbe essere letta nei seguenti termini: "in materia di contratto individuale di lavoro il luogo è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente o principalmente la propria attività; qualora il lavoratore non svolga abitualmente né principalmente la propria attività in un solo paese, il datore di lavoro ecc."

iii) Va aggiunto, infine, che per determinare la competenza in materia di rapporti di lavoro occorre anche tener conto della direttiva 96/71 CE del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, il cui art. 6, facendo salve le regole adottate in convenzioni internazionali, crea un foro supplementare costituito dal luogo dove il lavoratore è stato distaccato; la competenza di tale foro è però limitata alla possibilità di far valere il diritto alle condizioni di lavoro e di impiego garantite dall'art. 3 della medesima direttiva (in proposito, cfr. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, JDI, 1996, 889, 903-904).

1.5. Problematiche dell'applicazione del *forum solutionis*. Proposte di abrogazione dell'art. 5-1°.

Come si è già rilevato in più occasioni (v. *sopra*, spec. par. 1.2.1.), la

varietà e la complessità dei problemi che pone l'art. 5-1°, non rende facile il compito della giurisprudenza, anche se bisogna dire che nel complesso essa si sforza di adeguarsi alle direttive interpretative impartite dalla Corte di giustizia.

Peraltro, l'abbondante contenzioso relativo all'applicazione di tale norma - ci riferiamo in particolare al coinvolgimento delle giurisdizioni superiori nell'esame della sola questione di giurisdizione - è dovuto, nel nostro come in altri paesi, non tanto alle incertezze e difficoltà - che pur vi sono - nel conformarsi ai principi interpretativi elaborati dalla Corte, quanto alla circostanza che l'art. 5-1° costituisce, nella più importante e ricorrente delle materie coperte dalla Convenzione di Bruxelles, l'unica alternativa al foro del domicilio del convenuto, dunque l'unica opportunità per l'attore di radicare il processo nel proprio paese (quando non sussista proroga tacita o espressa di competenza). E' naturale, perciò, che si tenti di avvalersi di questa norma anche se i requisiti necessari si prospettano incerti nel caso concreto, e si cerchi poi con ogni argomento di dimostrare l'applicabilità.

Quanto al fatto che mediante il ricorso all'art. 5-1° si possa conseguire anche il vantaggio di paralizzare la giurisdizione di altri Stati per effetto della regola della litispendenza (e di qui il fenomeno del *forum running*, sul quale tanto insiste BROGGINI, *La Convenzione parallela di Lugano nella prospettiva di un giurista svizzero*, DCI, 1990, 591), bisogna comunque dire che non è questo il motivo vero per cui viene invocato l'art. 5-1°, potendosi paralizzare l'azione in un altro Stato contraente, se lo si vuole, anche mediante la proposizione della domanda dinanzi ad un giudice sicuramente incompetente. L'art. 5-1° viene invocato perché è una disposizione realmente idonea a soddisfare l'obiettivo della localizzazione del processo, e dunque dell'attribuzione di competenza, in funzione del luogo dove ciascuna parte del rapporto prevede che debba realizzarsi o soddisfarsi l'*interesse* da esso tutelato (nel suo aspetto oggettivo di conseguimento di un bene, di un'utilità o di un risultato).

i) Nel frequente radicarsi della competenza presso il domicilio dell'attore, molti vedono una negazione del principio ispiratore della Conven-

zione - *actor sequitur forum rei* - il quale vuole siano concesse al convenuto le più agevoli ed effettive possibilità di difesa; tale esito, unito alla complessità delle questioni da affrontare, sarebbe talmente nefasto da consigliare la pura e semplice soppressione dell'art. 5-1° (in questo senso l'autorevole opinione di DROZ, RCDIP, 1987, 802-803, nonché più recentemente, RCDIP, 1996, 505-506, con la quale finisce per concordare GAUDEMET-TALLON, 133, e, RCDIP, 1997, 577; sulle stesse posizioni, BROGGINI, *La Convenzione parallela*, cit., 595; LASOK/STONE, 220-221. Per un *résumé* delle critiche portate all'art. 5-1°, v. von OVERBECK, *Interprétation traditionnelle de l'art. 5-1. des Conventions de Bruxelles et de Lugano: Le coup de grâce?*, in *E pluribus unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague, 1996, 287-298; *amplius*, HILL, *Jurisdiction in Matters relating to a Contract under the Brussels Convention*, ICLQ, 1995, 591-619).

D'altra parte, sono anche in tanti ad affermare l'utilità della norma (lo rileva lo stesso DROZ, (*Rapport de synthèse*), *Compétence judiciaire*, 267-269; particolarmente significative le posizioni di HUET e di LANDO, *ivi*, rispettz. 67-71 e 28-34); inoltre, se è pur vero che la Convenzione vede con sfavore il foro dell'attore, è impossibile sostenere che lo disconosce del tutto: a parte le ipotesi in cui è espressamente accolto (creditore di alimenti, consumatore, assicurato) o implicitamente ammesso (foro della succursale: art. 5-5°, gli stessi artt. 5-1° e 5-3° non si fondano certo sul presupposto che il giudice designato non debba mai coincidere col domicilio dell'attore. Quando ciò accade, le possibilità di difesa del convenuto non ne sono più menomate di quanto non si verifichi nel caso in cui il *forum solutionis* risulti localizzato in un paese "terzo".

L'importante è l'effettiva prossimità del giudice alla controversia, e costruire su tale fondamento un'alternativa al foro del domicilio è conforme ad una tradizione pervasa di razionalità e senso di giustizia. Un protagonista della codificazione 1865, Giuseppe Pisanelli, oggi visto da taluni come il "fondatore del diritto <internazionale> processuale civile" (JAYME, *Giuseppe Pisanelli e la fondazione del diritto processuale civile "internazionale"*, RDP, 1994, 1121), attribuiva valore di fondamento legittimo della competenza nella materia dei contratti *solo* alla sede dell'obbligazione, prioritariamente identificata nel luogo di adempimento (JAYME, 1126 e nota 42; cfr. altresì LUPOI M., *Il foro dell'esecuzione*, cit. 99).

Naturalmente si può discutere, sotto questo profilo, circa l'effettività della connessione col foro quando si tratti del luogo di pagamento del debi-

to pecuniario, luogo giudicato da alcuni talmente insignificante da farne apparire l'utilizzo persino contrario ai diritti dell'uomo, al diritto ad un processo giusto ed equo (SCHLOSSER, *Jurisdiction in International Litigation - The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention*, RDI, 1991, 28-31). Tuttavia, si può fondatamente obiettare che se la prestazione pecuniaria è altrettanto essenziale all'esistenza e al funzionamento della causa del contratto, quanto lo è la controprestazione non pecuniaria, sarebbe discriminatorio attribuire rilevanza solo a quest'ultima.

E' innegabile, d'altra parte, che la ricerca della prossimità deve trovare un limite nella rilevanza della fattispecie legale. Se non si vuole cadere nel più puro empirismo, la prossimità del giudice alla controversia non può essere determinata prescindendo dall'interesse obiettivo per il quale viene invocata la tutela, e cioè dai termini in cui tale interesse è reso *formalmente* rilevante da una norma giuridica. I vari esempi che vengono proposti per dimostrare che le regole *de Bloos* e *Tessili* conducono ad un foro che non ha una stretta connessione con la lite (v. HILL, *Jurisdiction*, cit., 597-603; von OVERBECK, *Interprétation*, cit., 292-297) sottintendono una preliminare ricostruzione del *centro di gravità* della controversia in base al complessivo assetto (o per meglio dire, al conflitto) degli interessi materiali soggettivi coinvolti dal rapporto giuridico, anziché alla luce di elementi che attengono al diritto oggettivamente fatto valere in giudizio. In tal modo, i costituenti essenziali e caratteristici del rapporto obbligatorio, la "prestazione" e il "credito", vengono completamente svalutati a beneficio di visuali empirico-psicologiche dello scopo che persegue l'attore con la propria domanda e degli interessi materiali difesi dal convenuto.

Espressive di tale atteggiamento refrattario ai profili formali - i soli capaci di assicurare effettiva certezza e prevedibilità della competenza - , sono le critiche rivolte alla sentenza *Custom Made Commercial* (v. *sopra*, par. 1.3., i.f.): v. per tutti, HILL, von OVERBECK, *loc. cit.*, nonché BOSCHIERO, *Forum solutionis*, cit. 75-82: l'azione di condanna al pagamento dovrebbe essere localizzata, secondo l'impostazione empirico-psicologica che questi Autori fanno propria, nel luogo di consegna del bene perché *nella maggior parte dei casi* il debitore contesta la regolarità della controprestazione. Ma l'argomento appare persino privo di forza dialettica: e se il debitore contestasse solo per non pagare? Perché non agisce lui per primo al luogo di consegna se la sua contestazione è fondata? Quale degli interessi materiali (soggettivi) in conflitto, secondo la prospettazione contingente delle parti, sarebbe più meri-

tevole di tutela dal punto di vista della localizzazione del processo? E soprattutto, perché si dovrebbe localizzare il processo prescindendo dall'interesse *formalmente* tutelato dal rapporto giuridico?

Per giungere ad una adeguata localizzazione della competenza alla stregua del principio di prossimità, senza sacrificare la certezza e la prevedibilità della regola, la via più sicura sembra quella di attenersi all'analisi dei modelli normativi attraverso cui vengono resi rilevanti gli interessi contingenti dei soggetti. Come indicano talune soluzioni insoddisfacenti della nostra giurisprudenza (ad esempio, in tema di garanzia per vizi: v. *oltre*), uno sforzo di approfondimento in questa direzione può rivelare che vi è ancora spazio per la ricerca di una localizzazione del processo che, nel rispetto delle regole *de Bloos* e *Tessili*, sia più coerente con il principio di prossimità.

ii) In più occasioni i nostri giudici hanno determinato il *locus solutionis* applicando correttamente le regole *de Bloos* e *Tessili*: hanno cioè proceduto dapprima all'individuazione della legge regolatrice dell'obbligazione controversa, e poi hanno tratto da essa i criteri di determinazione del luogo d'adempimento. I risultati cui è giunta in tal modo la giurisprudenza si presentano accettabili anche sotto il profilo dell'esigenza di prossimità del giudice alla controversia.

V. tra le tante pronunzie, alcune delle quali già menzionate al par. 1.2.1, Cass., sez. un., 9 ottobre 1984, n. 5027, RDIPP, 1985, 833; Cass., sez. un., 10 gennaio 1992, n. 186, FI, 1992, I, 2783; Cass, sez un., 19 dicembre 1994, n. 10910, GI, 1995, I, 1, 1480; Cass., sez. un., 18 novembre 1994, n. 9752, RDIPP, 1996, 97.

Di particolare interesse in riferimento ad *obbligazioni negative*, localizzate nel luogo in cui deve aversi astensione dal comportamento vietato - nella specie, astensione da attività lesive del *diritto di esclusiva* -, sono Cass., sez. un., 14 dicembre 1992, n. 13196, RDIPP, 1993, 983 e Cass. sez. un., 13 dicembre 1993, n. 12263, GC, 1994, I, 953; v. altresì, Cas. sez. un., 1° marzo 1988, n. 2156, RDIPP, 1990, 703; in senso conforme, Pret. Padova, dec. 12 maggio 1986, RDIPP, 1987, 121; per identica localizzazione dell'obbligo di non fare (non istituire una rappresentanza in Italia), ma sulla base della autonoma rilevanza accordata alla volontà delle parti (*sopra*, par. 1.3.1, *sub ii*), v. Cass., sez. un., 27 marzo 1980, n. 3798, GI, 1981, I, 1, 1154; nel senso, invece, che l'art. 5-1° non possa essere applicato ove

sia dedotta in giudizio un'obbligazione di non fare, perché la sua esecuzione non è "logicamente collocabile in un luogo piuttosto che in un altro, in quanto realizzantesi continuamente ovunque l'obbligato si trovi", v. Appello Torino, 12 novembre 1980, RDIPP, 1981, 510.

Circa il luogo di esecuzione dell'*obbligazione di trasferire la proprietà*, determinato sottoponendo la fattispecie traslativa alla legge regolatrice del diritto reale, v. Cass., sez. un., 1° ottobre 1980, n. 5338, FI, 1981, I, 1608; circa il luogo di esecuzione dell'obbligazione di *elaborazione e comunicazione di dati*, da trasmettere dall'estero in Italia con mezzi di telecomunicazione, v. Cass., sez. un., 17 giugno 1988, n. 4119, RDIPP, 1989, 404. Per il luogo di esecuzione dell'*ordine di borsa* conferito ad un intermediario professionale, luogo identificato dove lo stesso esegue l'ordine e determinato sulla base della legge italiana quale legge del "prestatore caratteristico" (l'intermediario), v. Trib. Milano, 6 febbraio 1997, FP, 1997, I, 292.

iii) Non mancano peraltro pronunce che, pur dichiarando talora di voler osservare la regola *Tessili*, la disattendono nei fatti, procedendo alla determinazione del luogo d'esecuzione direttamente sulla base della legge italiana.

Oltre al cospicuo numero di sentenze riguardanti la *vendita* e la Convenzione dell'Aja del 1964 di cui si è già parlato (v. *sopra*, par. 1.3.1.), v. Cass., sez. un., 21 novembre 1983, n. 6924, RDIPP, 1984, 725, nella quale il luogo di adempimento dell'obbligazione di concludere il *contratto definitivo* viene fissato al domicilio del debitore ex art. 1182 c.c. (trattavasi di domanda di risoluzione di contratto preliminare stipulato in Germania tra italiano e straniero, dunque di contratto sottoposto alla legge tedesca ex art. 25, 1° comma, disp. prel., c.c., non constando determinazione della *lex contractus* ad opera delle parti).

Allo stesso modo, il luogo d'esecuzione di un *debito pecuniario* è ricavato direttamente dall'art. 1182 c.c., senza richiamo alcuno alla legge competente, da Cass., sez. un., 25 marzo 1991, n. 3190, RDIPP, 1992, 963; identicamente, Cass. sez. un., 28 ottobre 1993, n. 10704, FI, 1995, 942. In Cass., sez. un., 22 maggio 1986, n. 3411, FI, 1987, I, 539, l'obbligo di *rendiconto* di un mandatario olandese nei confronti del mandante italiano è localizzato al domicilio del debitore in base all'art. 1182 c.c. omettendo qualunque riferimento alla regola *Tessili*.

iv) Va rilevato, infine, che l'applicazione dell'art. 5-1° non pare esente da un certo conformismo nel recepire meccanicamente indirizzi consolidati

in tema di competenza interna. Così accade quanto all'interpretazione delle c. d. *clausole di spesa* (franco arrivo, franco domicilio e simili) o degli incoterms (cif, fob, fio ecc.), costantemente ritenute insufficienti a stabilire contrattualmente il luogo di adempimento, laddove una maggiore considerazione della *ratio* della norma della Convenzione - la prossimità del giudice alla controversia - avrebbe forse potuto suggerire conclusioni diverse (v. ad esempio, Cass., sez. un., 25 aprile 1993, n. 10600, NGCC, 1994, I, 889 con nota di RIMINI, *ivi* ult. richiami; v. altresì, Cass., sez. un., 17 agosto 1990, n. 8359, RDIPP, 1991, 1051).

Analogamente, l'automatica determinazione del *forum solutionis* attraverso la localizzazione dell'obbligo di consegna, conduce a risultati discutibili in materia di *garanzia per i vizi* (v. Cass., sez. un., 16 gennaio 1986, n. 220, RDIPP, 1987, 322, che ha ricondotto la garanzia all'obbligo di consegna, *ex* art. 33 della Convenzione dell'Aja del 1964 (LUVI), negando la giurisdizione italiana in presenza del bene difettoso in Italia; analogamente, Cass., sez. un., 3 novembre 1981, n. 5774, *Rep. Giust. civ.*, voce *Vendita*, n. 31: per la critica di questa soluzione, secondo cui la garanzia per vizi integra un obbligo privo di autonomia che si compenetra con quello di consegnare la cosa, v. *sopra*, par. 1.3. *sub ii*).

v) Talune pattuizioni sono state invece correttamente ritenute idonee alla determinazione del *forum solutionis* (sulla clausola *contrassegno*, Cass., sez. un., 27 ottobre 1989, n. 4506, RDIPP, 1991, 137; sulla diversa rilevanza, ai fini dell'art. 5-1°, tra vendita *contro documenti e pagamento contro documenti*, v. Cass., sez. un., 3 giugno 1985, n. 3285, RDIPP, 1987, 73; v. altresì, LOPEZ DE GONZALO, *L'esercizio della giurisdizione civile in materia di vendita internazionale*, RDIPP, 1990, 625-627; per l'individuazione del *locus solutionis* presso il compratore, qualora il venditore assuma l'*obbligo di montaggio* dei macchinari venduti, v. Cass., 19 dicembre 1994, n. 10910, *cit.*).