

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. IANNIRUBERTO	Giuseppe	- Presidente di sezione -
Dott. MENSITIERI	Alfredo	- Consigliere -
Dott. MIANI CANEVARI	Fabrizio	- Consigliere -
Dott. GRAZIADEI	Giulio	- Consigliere -
Dott. MERONE	Antonio	- Consigliere -
Dott. PICONE	Pasquale	- Consigliere -
Dott. BONOMO	Massimo	- Consigliere -
Dott. MAZZIOTTI DI CELSO	Lucio	- Consigliere -
Dott. SEGRETO	Antonio	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

REPUBBLICA ISLAMICA DEL PAKISTAN - DIPARTIMENTO DELLE COMUNICAZIONI E DEI LAVORI, GOVERNO DEL PUNJAB, in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIROLAMO DA CARPI 6, presso lo studio dell'avvocato GUERRA PIETRO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato RUBINO SAMMARTANO MAURO, giusta procura speciale del notaio Dott. Muhammad Amjad di Lahore, del 27/10/04, in atti;

- ricorrente -

contro

RIZZANI DE ECCHER S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ANTONIO BERTOLONI 27, presso lo studio dell'avvocato CIGNITTI GIUSEPPE, che la rappresenta e difende, giusta delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

contro

BANCA INTESA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA VIRGILIO 8, presso lo studio dell'avvocato CICCOTTI ENRICO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato CAMPEIS GIUSEPPE, giusta delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 437/04 della Corte d'Appello di TRIESTE, depositata il 28/06/04;

udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 14/12/06 dal Consigliere Dott. Antonio SEGRETO;

uditi gli avvocati Pietro GUERRA, Giuseppe CAMPEIS, Giuseppe CIGNITTI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PALMIERI Raffaele, che ha concluso per il rigetto del ricorso, eccezione di difetto di giurisdizione italiana con conferma di tale giurisdizione; rimessione a sezione semplice per ulteriori questioni.

Fatto

Con citazione notificata il 21.4.1994 la s.p.a. Rizzarni De Eccher, con sede in Udine, conveniva in giudizio dinanzi al tribunale di Udine la Repubblica del Pakistan, Dipartimento delle Comunicazioni e dei Lavori, Governo del Punjab, con sede in Lahore (d'ora in poi Pakistan) e la Banca Commerciale Italiana s.p.a. (d'ora in poi BCI) ed assumeva che essa aveva partecipato alla gara indetta dal convenuto Pakistan per la costruzione di strade nel Punjab per circa L. 60 miliardi; che aveva presentato la sua offerta, osservando le prescrizioni imposte dal governo convenuto; che aveva corredato l'offerta della speciale "garanzia di offerta" del 2% dell'importo dell'offerta medesima, con fideiussione a prima richiesta della BCI;

che il Pakistan, esaminate le offerte, aveva inviato la notifica di aggiudicazione ed aveva richiesto di fornire giustificazioni sulla congruità dell'offerta e circa la quota in valuta straniera ed aveva richiesto una maggiorazione della garanzia di buon'esecuzione dal 10 al 72,5%, poi ridotta al 12,5% del corrispettivo contrattuale; che essa attrice aveva contestato tali modifiche perchè difformi dalle condizioni di offerta e contratto; che, dopo una fase di trattative, il Pakistan aveva inoltrato alla BCI una richiesta di escussione della garanzia fideiussoria; che essa attrice aveva ottenuto dal tribunale di Udine ex art. 700 c.p.c., un'inibitoria nei confronti della BCI a dar esecuzione alla richiesta di escussione della fideiussione; che non era legittima la richiesta di escussione della garanzia per l'imposizione di una serie di prescrizioni svantaggiose per l'offerente, non previste nelle condizioni generali di contratto, mentre la clausola 36 delle stesse prevedeva la possibilità di rinegoziare tutti gli accordi.

L'attrice pertanto chiedeva che fosse accertata l'illegittimità della richiesta di escussione della garanzia prestata dalla BCI; che fosse accertata la responsabilità del Pakistan per la condotta tenuta nella fase prenegoziale e condannato il Pakistan al risarcimento del danno, anche ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., pari a L. 180 milioni. Si costituiva la Repubblica Islamica del Pakistan, sollevando in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione del giudice italiano, in favore del collegio arbitrale, come da clausola compromissoria contenuta nel contratto ed, in via riconvenzionale, chiedeva la condanna della BCI al pagamento della garanzia di L. 1.300.000.000. Assumeva la convenuta che la variazione in aumento della garanzia di buon adempimento dal 10% al 12,5% poteva essere effettuata a norma dell'art. 31, comma 3, delle condizioni generali del contratto; che la lettera di accettazione da parte sua effettuata, conformemente alla clausola n. 35.2. delle condizioni di gara, costituiva la stipula del contratto fino a che non fosse stato stipulato il contratto formale; che tale accettazione era stata inoltrata tempestivamente via fax e telex nonchè tramite Italconsult a Karachi; che la clausola arbitrale era contenuta nelle condizioni generali del contratto (clausola n. 67).

Si costituiva la BCI e dichiarava di essere "terza" rispetto alla vicenda tra le due altre parti e si dichiarava disposta a rispettare i provvedimenti che il tribunale avrebbe preso. Il Tribunale di Udine, con sentenza depositata il 10.12.2001 dichiarava l'illegittimità della richiesta escussione della garanzia nei confronti della BCI, rigettava la domanda di risarcimento del danno, avanzata dall'attrice nonchè la domanda riconvenzionale. Avverso questa sentenza proponeva appello la Repubblica Islamica del Pakistan. Si costituivano e resistevano le altre parti.

La corte di appello di Trieste, con sentenza depositata il 28.6.2004, rigettava l'appello. Riteneva la corte di merito che sussisteva la giurisdizione del giudice italiano, stante la connessione della causa tra l'attrice ed il Pakistan con quella tra quest'ultimo e la BCI, nonchè, ai sensi dell'art. 4 c.p.c., n. 2 per il fatto che l'obbligazione di garanzia era sorta in

Italia ed ivi doveva esser eseguita; che nella fattispecie non sussisteva la giurisdizione del collegio arbitrale straniero in quanto il contratto, in cui era anche prevista la clausola compromissoria, non era stato perfezionato, poichè alla proposta, costituita dalle offerte della Rezzani, tra cui quella della garanzia del 10%, era seguita un'accettazione che imponeva una cauzione prima del 72,5%, poi ridotta al 12,5%; che conseguentemente, interpretando secondo buona fede la clausola 33.1. delle condizioni generali di contratto ed il termine inglese "require", doveva ritenersi che tale accettazione da parte del Pakistan, per l'intervenuta modifica delle condizioni offerte, non comportava alcun vincolo contrattuale a carico dell'attrice senza una sua accettazione; che tale mancata conclusione del contratto comportava che non era valida neppure la clausola arbitrale nè che potesse accogliersi la richiesta del convenuto Pakistan di escussione della garanzia. Avverso questa sentenza proponeva ricorso per Cassazione la Repubblica Islamica del Pakistan. Resistono con rispettivi controricorsi la Rizzani de Eccher s.p.a. e la B.C.I.. La Repubblica Islamica del Pakistan e la Rizzani hanno presentato memorie.

Diritto

1. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della convenzione sul riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali Stranieri (New York 10 giugno 1958, resa esecutiva in Italia con L. 19 gennaio 1968, n. 62) e della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 4, n. 2 e degli artt. 806 c.p.c., e segg., e 1321, 1322, 1326 c.c., e segg., in relazione agli artt. 1 e 3 c.p.c..

La ricorrente lamenta che la decisione impugnata abbia erratamente rigettato l'eccezione di carenza di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana per effetto della clausola compromissoria, sul rilievo che il contratto, che conteneva tale clausola, non si era concluso, mentre, per il principio dell'autonomia della convenzione arbitrale rispetto al contratto, affermata da costante giurisprudenza, anche tale punto doveva essere valutato dagli arbitri, ai quali competeva anche pronunciarsi sull'esistenza e validità del contratto.

2. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 c.c., e segg., nonché l'insufficiente e contraddittoria motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 1, 3 e 5.

Assume la ricorrente che erratamente la sentenza impugnata abbia ritenuto la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano per inefficacia della clausola compromissoria a causa della mancata conclusione del contratto. Secondo la ricorrente il giudice di appello non ha correttamente applicato l'art. 1362 c.c., sulla base del quale, se avesse dato rilievo al contenuto letterale del contratto e al verbo inglese "require", avrebbe dovuto concludere che il committente, a norma della clausola contrattuale n. 31.3, aveva il diritto di pretendere la maggiorazione della garanzia di esecuzione, senza che ciò costituisse una nuova proposta, anche tenuto conto, ai fini dell'interpretazione complessiva delle clausole di cui all'art. 1363 c.c., che la clausola n. 35.1 prevedeva che l'appaltante avrebbe dovuto indicare "su che base" l'offerta veniva accettata.

3. Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 4 c.p.c., comma 2 (prima della riforma del d.i.p.) in relazione all'art. 1182 c.c., comma 3, art. 1326 c.c., e segg., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 1 e 3. Ritiene la ricorrente che non fosse in discussione nella fattispecie la giurisdizione italiana quanto alla controversia tra Pakistan e la Banca Commerciale Italiana, ma solo relativamente alla controversia tra Pakistan e Rizzani; che nell'ambito di tale rapporto sussisteva il diritto di

escutere la garanzia, la quale, costituendo un'obbligazione di corrispondere una somma determinata, doveva essere eseguita al domicilio del creditore.

4. Con il quarto motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 4 c.p.c., n. 3 e della convenzione di New York, nella parte in cui afferma la giurisdizione del giudice italiano in base al criterio della connessione con altre domande davanti al giudice italiano, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 1 e 3, mentre la regola della vis attractiva, in base alla quale tutte le controversie connesse dovevano svolgersi davanti al giudice ordinario, era stata superata dalla riforma del 1994.

5. Con il quinto motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 - 1371 c.c., nonché l'insufficiente e contraddittoria motivazione sul capo della sentenza concernente l'insussistenza dell'obbligo dell'impresa di attenersi all'accettazione allargata da parte del committente, a norma dell'art. 360 c.p.c., n. 3 e 5. Assume la ricorrente che sulla base dell'interpretazione letterale della clausola contrattuale n. 33.1., nonché sulla base dell'interpretazione complessive delle clausole, segnatamente la 35.1., emergeva che il committente aveva la possibilità di esigere dall'offerente una maggiorazione della garanzia, senza che ciò costituisse una nuova proposta contrattuale.

6.1. I suddetti cinque motivi, essendo strettamente connessi, vanno esaminati congiuntamente.

La questione della giurisdizione del giudice italiano è prospettata nei motivi 1, 3, 4. Essi sono infondati.

Secondo la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite (sentenze 3 agosto 2000, n. 527; 1 dicembre 2000, n. 1240; 21 dicembre 2000, n. 1320; 11 giugno 2001, n. 7858; 22 luglio 2002, n. 10723), la pronuncia arbitrale ha natura di atto di autonomia privata compiuta da soggetti il cui potere trova la propria fonte, non nello ius imperii, ma nell'investitura loro conferita dalle parti, per cui il lodo non è assimilabile ad una pronuncia giurisdizionale. Di conseguenza, la devoluzione della controversia ad arbitri si configura come rinuncia all'azione giudiziaria e quale scelta della soluzione della controversia sul piano dell'autonomia privata.

Corollario di tale impostazione è che l'eccezione di nullità del compromesso o della clausola compromissoria per il fatto che la controversia non possa essere deferita ad arbitri pone una questione, non di giurisdizione, ma di merito, essendo attinente alla proponibilità della domanda giudiziale.

I predetti principi sono stati estesi anche al caso in cui il patto preveda un arbitrato estero: in tal caso, infatti, le parti hanno rinunciato ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera (Cass. S.U. 22 luglio 2002, n. 10723; Cass. S.U. 18.4.2003, n. 6349; Cass. S.U. n. 1735/2005; Cass. S.U. n. 10896/03).

6.2. La ricorrente invoca il principio secondo cui, stante l'autonomia della clausola compromissoria, sulla validità ed esistenza della stessa, deve pronunziarsi lo stesso collegio arbitrale e non il giudice ordinario.

In linea di principio è vero che la clausola compromissoria non costituisce un accessorio del contratto nel quale è inserita, ma ha propria individualità ed autonomia nettamente distinta da quella del contratto cui accede, per cui ad essa non si estendono le cause di invalidità del negozio sostanziale (Cass. 20/06/2000, n. 8376).

Quindi la nullità del contratto non travolge la clausola compromissoria in esso contenuta, restando rimesso agli arbitri l'accertamento della dedotta invalidità. Peraltro, tale principio (cd. dell'autonomia della clausola compromissoria) non si applica nell'ipotesi in cui il contratto (cui la clausola accede) sia ritenuto non già invalido ma addirittura non perfezionato (non essendosene concluso il procedimento di formazione) (Cass. 25/02/1995, n. 2147).

6.3. In ogni caso, quanto al sistema di arbitrato estero retto dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958, la quale è indubbiamente applicabile nella presente controversia, la questione è normativamente risolta, come riconosciuto dalla più autorevole dottrina, dalla formula dell'art. 2, comma 3, della Convenzione, il quale dispone che "Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage."

Quindi il giudice investito di una lite su una materia al cui riguardo le parti hanno concluso una convenzione arbitrale "rinvia" le parti all'arbitrato, su domanda di una di esse, a meno che non constati che la convenzione è nulla, inoperante o non suscettibile di essere devoluta ad arbitrato. All'espressione usata dalla Convenzione ("renverra les parties à l'arbitrage; nel testo inglese, "shall ... refer the parties to arbitration") viene, infatti, riconosciuto un significato generico, anche se spesso si afferma che il riconoscimento della validità, operatività e applicabilità della clausola arbitrale comporta la sospensione dell'esame del merito da parte del giudice adito (stay of court proceedings on the merits).

6.4. In proposito potrebbe sostenersi che la verifica dei presupposti per l'esistenza della competenza arbitrale, proprio perchè - secondo il sistema processuale italiano - rientrante nella decisione della causa nel merito, dovrebbe presupporre la giurisdizione del giudice italiano adito.

In altre parole, il giudizio sulla validità, operatività e applicabilità della clausola arbitrale dovrebbe essere compiuto soltanto dal giudice fornito di giurisdizione. Tale soluzione, però, non appare in armonia col meccanismo previsto dal citato art. 2", terzo comma, della Convenzione di New York, il quale prevede che il giudice adito rimetta le parti dinanzi agli arbitri solo su espressa domanda di una delle parti, non essendo sufficiente una generica contestazione della competenza del giudice adito. Tale è l'interpretazione accolta dai più autorevoli commentatori della Convenzione, la quale trova fondamento anche sul testo inglese (una delle cinque versioni ufficiali, ai sensi dell'art. 16[^]), il quale recita: "The court ... shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration ...".

E' la stessa norma della Convenzione, quindi, ad attribuire a qualunque giudice adito - sulla base della domanda di una parte che invoca l'esistenza di una clausola arbitrale - il potere - dovere di verificare preliminarmente la validità, operatività e applicabilità di tale clausola e, solo ad esito favorevole di tale verifica, di rimettere le parti dinanzi agli arbitri ed in caso negativo pronunciarsi sulla giurisdizione propria o di altro giudice straniero. Potrebbe apparire singolare il fatto che l'esame sulla operatività e applicabilità della clausola arbitrale, pur appartenendo al merito della controversia, debba essere effettuato in via preliminare rispetto alla verifica della giurisdizione. Ma, come emerge dalle precedenti considerazioni, è la norma convenzionale che impone tale ordine di esame delle questioni, prescrivendo che sia il giudice adito a verificare, in via assolutamente preliminare, l'esistenza della competenza degli arbitri, e lasciando all'ordinamento dello

Stato firmatario libertà di scegliere il meccanismo processuale attraverso il quale il giudice rimette le parti all'arbitrato.

6.5. Tale mezzo processuale, secondo l'ordinamento italiano, quale risulta dalla suddetta giurisprudenza di queste S.U., è la dichiarazione di improponibilità della domanda per essere la questione devoluta in arbitrato (nella specie straniero). E' vero che per pronunciarsi sulla validità, efficacia ed operatività della clausola compromissoria il giudice adito ricorre spesso a regole appartenenti al diritto sostanziale, ma è altrettanto vero che ciò accade egualmente allorchè debba giudicare sulla sua potestà giurisdizionale a fronte di una deroga convenzionale a favore di giudici stranieri L. n. 218 del 1995, ex art. 4, comma 2, senza che si formi di norma al riguardo alcun giudicato di merito ex art. 2909 c.c. sulla mera questione pregiudiziale di merito (validità dell'accordo) che si pone come premessa per la soluzione di una questione pregiudiziale di rito, facente da filtro per l'accesso all'unico vero accertamento di merito (insomma rispetto alla Hauptsache), destinato solo esso a fare stato come giudicato materiale (sul principio secondo cui sussiste la competenza del giudice nazionale a decidere circa l'esistenza stessa degli elementi costitutivi del contratto, v. Cass. 14/12/1992, n. 13196, nonchè Corte Giustizia CE decisione 4 marzo 1982, n. pos. 104365 nella causa n. 38 del 1981).

In altri termini, questa prima decisione del giudice nazionale in merito alla validità della clausola compromissoria ai fini del "rinvio" della causa all'arbitrato straniero, secondo l'art. 2 della convenzione di New York non vincola successivamente gli arbitri sulla validità civilistica del patto, o in caso di esclusione di validità, il giudice straniero, eventualmente individuato come dotato di giurisdizione, rimanendo impregiudicata ogni loro decisione sul punto.

6.6. Ne consegue che in questi termini può essere risolta l'apparente incongruenza che emerge dall'applicazione della norma (art. 2, comma 3) di cui alla convenzione in questione, per cui il giudice nazionale è chiamato a valutare la validità della clausola compromissoria, prima ancora di decidere sulla sua giurisdizione. Pertanto nel sistema delineato dalla convenzione di New York del 10 giugno 1958, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 19 gennaio 1968 n. 62, spetta al giudice adito, in via assolutamente preliminare, e senza alcuna efficacia di giudicato, sulla base della domanda della parte che invoca l'esistenza di clausola arbitrale, verificare validità, operatività ed applicabilità di tale clausola, ed all'esito positivo, rimettere le parti dinanzi agli arbitri; in caso negativo, il giudice dovrà risolvere la questione di giurisdizione come sollevata.

In questo secondo caso, e sempre che egli ritenga la propria giurisdizione, la decisione che egli prenderà sulla validità del patto, essendo presa da giudice che ha affermato la sua giurisdizione, avrà efficacia di giudicato. Per quanto sotto il profilo sistematico-cronologico i due momenti decisionali siano unificati in un unico apparato argomentativo, sotto il profilo ontologico (e quindi anche degli effetti) essi conservano la loro differenza. Va, pertanto, affermato il seguente principio di diritto: "L'art. 2, comma 3, della Convenzione di New York del 1958 attribuisce al giudice adito il potere-dovere di verificare, preliminarmente, la validità, operatività ed applicabilità della clausola compromissoria per arbitrato estero, in via di deliberazione sommaria, ed, all'esito favorevole di tale verifica, di rimettere le parti dinanzi agli arbitri. Solo in caso di verifica negativa, il giudice si pronunzierà sulla giurisdizione propria o di altro giudice. La deliberazione sommaria effettuata dal giudice adito sulla validità, operatività ed applicabilità della clausola compromissoria, non essendo idonea a formare giudicato, non vincolerà nè il

collegio arbitrale nè il giudice straniero, di cui sia stata ritenuta la giurisdizione". Ne consegue che nella fattispecie il primo motivo di ricorso è infondato.

7.1. Quanto al profilo della giurisdizione, correttamente il giudice di merito ha deciso sulla stessa a norma dell'art. 4 c.p.c., nell'originaria formulazione, risultando lo stesso abrogato dalla L. n. 31 maggio 1995, n. 218, art. 73, solo con decorrenza dall'1.9.1995, mentre la domanda era stata proposta con citazione del 21.4.1994.

Il giudice di appello ha ritenuto la giurisdizione del giudice italiano sulla base di due rationes decidendi. In particolare ha ritenuto che la causa tra la Rizzani ed il Pakistan fosse connessa con quella tra quest'ultimo e la BCI per l'escussione della garanzia (art. 4 c.p.c., n. 3), e che l'escussione del fideiussore doveva avvenire in Italia e che qui era sorta l'obbligazione della BCI (art. 4 c.p.c., n. 2).

7.2. Essendo pacifico tra le parti che la giurisdizione nella vertenza tra Pakistan e BCI si appartenesse al giudice italiano (pag. 17 del ricorso), va osservato che la clausola con cui il fideiussore si impegna ad adempiere "a semplice richiesta" del creditore costituisce una valida espressione di autonomia negoziale delle parti e dà vita ad un contratto atipico di garanzia, che pur derogando al principio dell'accessorietà, resta riferibile al rapporto fideiussorio per la finalità di garanzia che lo contraddistingue, e non fa venir meno, quindi, la connessione tra i due rapporti, che, ai sensi dell'art. 4 c.p.c., n. 3, fonda la giurisdizione del giudice italiano nei confronti del convenuto straniero (Cass. S.U. 01/10/1987, n. 7341).

7.3. Per effetto di quanto esposto sopra (segnatamente ai punti 6.3 e 6.4.) di nessun rilievo è l'assunto della ricorrente, secondo cui, a seguito della riforma dell'art. 1994, non opera più il principio della vis attractiva, in base al quale tutte le controversie connesse devono svolgersi davanti al giudice ordinario.

Evidentemente la ricorrente si riferisce all'art. 819 bis c.p.c., inserito dalla L. n. 25 del 1994, art. 11, a decorrere dal 18 aprile 1994, secondo cui la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essa deferita ed una causa pendente davanti al giudice (principio attualmente affermato dall'art. 819 ter c.p.c., con decorrenza dal 2 marzo 2006, per effetto del D.Lgs. n. 40 del 2006).

Infatti, una volta ritenuto che a norma dell'art. 2, comma 3, della convenzione di New York, il giudice adito, prima di rimettere le parti davanti agli arbitri deve "constatare" che la convenzione di arbitrato non è nulla o inoperante, poichè nella fattispecie il giudice di merito ha ritenuto che la clausola compromissoria era contenuta in un contratto non perfezionatosi, e quindi che, come tale, non era giuridicamente esistente per mancanza di regolare accettazione dell'intero contratto, non sorge più un problema di esclusione della connessione tra la controversia di competenza degli arbitri e quella di competenza del giudice, in quanto la competenza dei primi non si è mai instaurata, per mancato perfezionamento della clausola compromissoria. Rimane solo un problema di giurisdizione del giudice nazionale in merito a due controversie, nelle quali una parte è uno straniero, che la sentenza impugnata ha correttamente risolto con l'applicazione dell'art. 4 c.p.c., comma 2 e 3, in vigore all'epoca della domanda.

7.4. Inoltre l'art. 4 c.p.c., n. 2, secondo il quale lo straniero può essere convenuto davanti al giudice italiano, quale che sia la nazionalità dell'attore, ove la domanda riguardi una

obbligazione sorta o da eseguirsi in Italia, si riferisce esclusivamente all'obbligazione dedotta in giudizio, sicchè resta irrilevante, al fine della giurisdizione, la circostanza che tale obbligazione si inserisca in un più ampio e complesso rapporto originato da un contratto stipulato all'estero (Cass. S.U. 6/12/1982, n. 6654).

Nella fattispecie l'oggetto della domanda della Rizzani era l'accertamento dell'illegittimità dell'escussione della garanzia prestata dalla B.C.I. in favore del Pakistan, escussione avvenuta in Italia per effetto di un contratto autonomo di garanzia, stipulato in Italia. Ne consegue che il terzo e quarto motivo di ricorso sono infondati. 8.1. La sentenza impugnata ha ritenuto che il contratto intervenuto tra il Pakistan e la Rizzani, che conteneva anche la clausola compromissoria in favore dell'arbitrato, non si fosse perfezionato e ciò lo ha detto sia ai fini di escludere l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano per essere la stessa di un collegio arbitrale, sia per decidere nel merito la causa, ritenendo l'illegittimità della richiesta escussione della garanzia prestata dalla B.C.I..

Ha osservato la corte di merito che nella fattispecie il contratto tra la Rizzani ed il Pakistan non poteva dirsi concluso, in quanto a fronte della offerta (proposta) della Rizzani di garanzia per la buona esecuzione del contratto pari al 10%, il Pakistan richiedeva prima una garanzia pari al 72,5% e poi pari al 12,5%; che tanto integrava non accettazione della proposta ma una nuova proposta; che, pur tenendo conto che il termine "require", utilizzato dalle condizioni generali di contratto alla clausola 31.3, delle condizioni di bando di gara in merito alla facoltà dell'appaltante di pretendere maggiori garanzie, ha natura più impositiva rispetto al termine "request", sulla base di un'interpretazione di buona fede del contratto si doveva concludere che non potesse l'offerente essere obbligato per effetto di un'accettazione dell'offerta maggiorativa degli obblighi assunti.

In particolare riteneva la corte di appello che l'offerente, obbligato a tener ferma la propria offerta, non era obbligato a subire le modificazioni apportate con l'accettazione di tale offerta, assumendo che "trattasi di un principio generale in forza del quale le parti debbono concordare il contenuto del contratto ed una di esse non può subire, senza accettarle, nuove condizioni contrattuali".

Il ricorrente ha censurato questo punto della decisione con i motivi secondo e quinto, sopra indicati.

8.2. Ritiene questa Corte che anche tali motivi sono infondati. Va, anzitutto, rilevato che la corte di merito in effetti si riporta al principio generale secondo cui l'offerente non risulta vincolato da un'accettazione che non sia conforme alla proposta, salvo che non sia espressamente accettata.

Si tratta del principio di cui all'art. 1326 c.c., comma 5. per cui "un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta".

E' giurisprudenza costante di questa corte che in ipotesi di contratti a formazione progressiva, nei quali l'accordo delle parti su tutte le clausole si raggiunge gradatamente, il momento del perfezionamento del negozio è di regola quello dell'accordo finale su tutti gli elementi principali ed accessori, salvo che le parti abbiano inteso vincolarsi negli accordi raggiunti sui singoli punti, riservando la disciplina degli elementi secondari. Ne consegue che l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art. 1326 c.c. - secondo cui un'accettazione non conforme alla proposta equivalente a nuova proposta - ricorre anche quando le

modifiche richieste in sede di accettazione siano di valore secondario (Cass. 24/10/2003, n. 16016; Cass. 18/03/1999, n. 2472; Cass. 07/01/1993, n. 77).

8.3. Il carattere della conformità dell'accettazione non esclude che l'accettante possa concorrere da solo a determinare alcune parti del contenuto contrattuale, ma solo nell'ipotesi in cui l'offerente si sia rimesso alla volontà della controparte, la cui determinazione, in quanto si attua nei limiti segnati, deve reputarsi pur sempre conforme. Nella fattispecie, quindi, poichè è pacifico tra le parti che la garanzia fideiussoria nella misura del 10% era già stata offerta dall'offerente Rizzani, per potersi sostenere che la richiesta del Pakistan di una garanzia maggiore non snaturava l'accettazione e la sua funzione di conclusione del contratto, occorre allegare e dimostrare che la proponente Rizzani aveva nella sua proposta anche rimesso al destinatario dell'offerta, in sede di accettazione dell'offerta, anche la possibilità di determinare questo elemento contrattuale o, in ogni caso, di rideterminarlo. Ciò non risulta sostenuto. Né si può ritenere che tanto emerga proprio dalla clausola n. 31.3. delle condizioni di gara, in quanto avendo l'offerente Rizzani determinato questo elemento contrattuale con la sua proposta "rigida" l'altra parte poteva o accettarla o rifiutarla perchè non conforme alle condizioni generali di contratto ovvero richiedere una maggiore garanzia, così come ha fatto, ma dando luogo ad una nuova proposta contrattuale, a cui l'originaria offerente Rizzani poteva sottrarsi legittimamente, non accettando e, quindi, non permettendo il perfezionarsi del contratto.

8.4. Peraltro il giudice di merito (cui compete l'interpretazione contrattuale) non esclude che il termine inglese "require" utilizzato nella suddetta clausola non significhi, oltre che richiedere, anche esigere, ma esclude solo che tale imposizione di una maggiore garanzia, in assenza di un'accettazione dell'offerente, che aveva già effettuato una diversa offerta di garanzia, potesse comportare in ogni caso la conclusione del contratto. Secondo la corte di merito il termine sta solo a significare che l'appaltante si riservava il diritto, a seguito delle offerte, di modificare la condizione generale di contratto in merito alla percentuale di garanzia con carattere vincolante, senza che si potesse opporre che essa era diversa da quella risultante dalle condizioni di gara e che quindi a quest'ultima dovesse necessariamente attenersi, ma non che tale modifica dovesse necessariamente essere accettata dall'offerente che ne aveva indicata nell'offerta una più bassa. In altri termini, contrariamente all'assunto della ricorrente, la sentenza impugnata non prescinde dall'interpretazione letterale della clausola 31.3. delle condizioni generali del contratto, ma la inquadra come facoltà, che si era riservato l'appaltante (che pure aveva predisposto tali condizioni generali) sempre nell'ambito della formazione progressiva del contratto, di modificare l'entità già prevista della cauzione (evidentemente da altra precedente clausola), senza che per tale modifica fosse necessario il consenso dell'offerente ovvero che gli potesse essere opposta la diversa entità della garanzia, secondo altra clausola delle condizioni generali di contratto. Ciò che non ritiene la corte di merito è solo che il legittimo esercizio di tale facoltà dell'appaltante si trasformasse poi nell'obbligo per l'offerente non solo - come detto - di non poterla contestare nell'ambito della formazione progressiva del contratto, ma anche di essere definitivamente vincolato alla stessa, pur senza un suo consenso, poichè il contratto era definitivamente concluso. La corte di merito è giunta a tale conclusione anche applicando il criterio della buona fede nella interpretazione dei contratti. Tale criterio applicabile anche agli atti prenegoziali, deve ritenersi funzionale ad escludere il ricorso a significati unilaterali o contrastanti con un criterio di affidamento dell'uomo medio, ma non consente di assegnare all'atto una portata diversa da quella che emerge dal suo contenuto obiettivo, corrispondente alla convinzione soggettiva di una singola persona.

Esso rappresenta, difatti, il punto di sutura tra la ricerca della reale volontà delle parti (costituente il primo momento del processo interpretativo, in base alla comune intenzione ed al senso letterale delle parole) ed il persistere di un dubbio sul preciso contenuto della volontà contrattuale in base ad un criterio obbiettivo, fondato su di un canone di reciproca lealtà nella condotta tra le parti, ed inteso alla tutela dell'affidamento che ciascuna parte deve porre nel significato della dichiarazione dell'altra (Cass. 15/03/2004, n. 5239). Pertanto anche il secondo ed il quinto motivo di ricorso vanno rigettati, non ravvisandosi la violazione di principi ermeneutici nè contraddittorietà o insufficienza della motivazione, nei ristretti limiti in cui tali vizi sono rilevabili in questa sede di sindacato di legittimità. 9. Con il sesto motivo di ricorso il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, in punto di determinazione della soccombenza ai fini della liquidazione delle spese.

Il rigetto dei precedenti motivi di ricorso comporta il rigetto anche di quest'ultimo motivo.

10. Il ricorso va, pertanto, rigettato.

Esistono giusti motivi, segnatamente la peculiarità della questione relativa alla giurisdizione, per compensare tra le parti le spese di questo giudizio di Cassazione.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario italiano. Compensa le spese del giudizio di Cassazione.

Così deciso in Roma, il 14 dicembre 2006.

Depositato in Cancelleria il 12 gennaio 2007