[AZA 0/2]

4P.113/2001

I CORTE CIVILE
****

11 settembre 2001

Composizione della Corte: giudici federali Walter, presidente,
Leu, Corboz, Klett e Bianchi.
Cancelliera: Gianinazzi.

_____
Visto il ricorso di diritto pubblico dell'8 maggio 2001 presentato da A.A._____, B.A._____ e C.A._____, patrocinati dall'avv. Francesco Naef, Lugano, contro il lodo arbitrale pronunciato il 23 marzo 2001 dall'arbitro unico avv. dr. D._____, Lugano, nella causa che oppone i ricorrenti alla Comunione dei comproprietari della proprietà per piani concernente la part. n. JJJ RFD di Ponte Capriasca nonché E._____, entrambi patrocinati dall'avv.
Fabio Colombo, Lugano, in materia di arbitrato internazionale (eccezione di incompetenza dell'arbitro);

Ritenuto in fatto :

A.- L'8 agosto 2000 l'assemblea condominiale della part. n. JJJ RFD di Ponte Capriasca ha deliberato la reiezione della richiesta di A.A._____, B.A._____ e C.A._____ - comproprietari, in ragione di un terzo ciascuno, dei fol. PPP YYY e WWW - volta ad ottenere copia della contabilità (con pezze giustificative) degli ultimi cinque anni.

Il 6 settembre successivo quest'ultimi si sono rivolti all'arbitro unico designato dall'art. XX del regolamento condominiale, avv. dr. D._____, chiedendo l'annullamento della predetta decisione e la condanna dell'amministratore E._____ alla consegna della citata documentazione.
La competenza dell'arbitro è stata immediatamente contestata; a mente dei convenuti, infatti, la vertenza in esame non costituisce un litigio dipendente dal regolamento, così come prescritto dalla clausola compromissoria, bensì dagli art. 712m e q CC e va pertanto sottoposta al giudice ordinario.

Con lodo arbitrale del 23 marzo 2001 l'avv. dr.
D._____ ha accolto l'eccezione, anche se per motivi diversi da quelli addotti dai convenuti. Egli ha in particolare rilevato che la clausola compromissoria contenuta nel regolamento non può essere opposta ai comproprietari, non avendola essi esplicitamente sottoscritta, in contrasto con quanto sancito dall'art. 6 del Concordato intercantonale sull'arbitrato (CIA; RS 279).

B.- Contro questa pronunzia A.A._____, B.A._____ e C.A._____ sono insorti dinanzi al Tribunale federale, l'8 maggio 2001, con un ricorso di diritto pubblico fondato sull'art. 85 lett. c OG. Rimproverando all'arbitro di aver violato il loro diritto di essere sentito (art. 190 cpv. 2 lett. d LDIP) e di essersi dichiarato a torto incompetente (art. 190 cpv. 2 lett. b LDIP), essi postulano l'annullamento del lodo. In via subordinata domandano l'accertamento della competenza dell'arbitro unico e il rinvio dell'incarto per un giudizio di merito.

L'istanza di effetto sospensivo presentata contestualmente al gravame è stata accolta dal Presidente della I Corte civile del Tribunale federale il 31 maggio 2001.

Con lettera del 7 giugno 2001 i resistenti si sono rimessi al giudizio del Tribunale federale mentre l'arbitro unico, nella sua risposta dell'11 giugno 2001, ha proposto di dichiarare il ricorso irricevibile e, in ogni caso, di respingerlo nel merito.

Considerando in diritto :

1.- Il Tribunale federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sull'ammissibilità del rimedio esperito, senza essere vincolato dagli accertamenti di fatto delle parti o dalle loro conclusioni (DTF 127 III 41 consid. 2a con rinvii).

2.- Il ricorso di diritto pubblico giusta l'art. 85 lett. c OG è proponibile solo contro sentenze emanate da un tribunale arbitrale giusta gli art. 190 segg. LDIP.

Le disposizioni del dodicesimo capitolo della LDIP, dedicato all'arbitrato internazionale, sono applicabili quando la sede del tribunale arbitrale si trova in Svizzera e - cumulativamente - quando, al momento della stipulazione del patto di arbitrato, almeno una parte non era domiciliata né dimorava abitualmente in Svizzera (art. 176 cpv. 1 LDIP). Qualora uno di questi requisiti non sia ossequiato, la possibilità di adire il Tribunale federale con un ricorso di diritto pubblico giusta l'art. 191 cpv. 1 LDIP viene a cadere; in una simile eventualità l'arbitrato soggiace infatti alle regole del Concordato intercantonale sull'arbitrato (CIA) e il lodo può semmai essere impugnato con un ricorso per nullità dinanzi all'autorità giudiziaria cantonale competente (art. 36 segg. CIA).

3.- In concreto la sede del tribunale arbitrale, in Svizzera, non è oggetto di discussione. Controversa è piuttosto la questione di sapere se, al momento della conclusione del patto d'arbitrato, almeno una parte non era domiciliata né dimorava abitualmente in Svizzera (art. 176 cpv. 1 LDIP).

a) A mente dell'arbitro la clausola compromissoria è stata pattuita nel 1978 (recte: 1972, cfr. doc. A), quando la F._____ S.A., società avente sede in Svizzera, ha costituito la proprietà per piani e - contemporaneamente - adottato il regolamento condominiale. Tutte le persone che hanno successivamente comperato una quota di comproprietà si sono limitate a ricevere la clausola dal precedente proprietario, che gliel'ha trasferita: non vi è più stata alcuna stipulazione. Donde l'inapplicabilità della LDIP.

Di diverso avviso i ricorrenti, secondo i quali, ai fini del giudizio sull'esistenza dell'elemento di estraneità previsto dall'art. 176 cpv. 1 LDIP, risulta determinante il momento dell'acquisizione, da parte loro, dei fogli PPP, avvenuta il 25 aprile 1995, quand'essi erano domiciliati a Berlino e non avevano residenza abituale in Svizzera.

b) A prima vista, la dottrina pubblicata (cfr. fra tutti Jermini, Die Anfechtung der Schiedssprüche im internationalen Privatrecht, Diss. Zurigo 1997, § 14 n. 14 pag. 10 con riferimenti e Lalive/Poudret/Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, n. 3 ad art. 176 LDIP) e la sentenza del Tribunale federale del 27 ottobre 1995 parrebbero deporre a favore della tesi dell'arbitro.

Nel caso sottoposto al giudizio del Tribunale federale le parti, entrambe domiciliate in Svizzera, avevano stipulato un patto d'arbitrato contestualmente ad un contratto di compravendita di azioni. L'acquirente aveva successivamente ceduto alcune delle pretese finanziarie derivanti dall'accordo ad una società domiciliata in Italia, la quale ha poi chiamato in causa i venditori dinanzi ad un tribunale arbitrale con sede in Svizzera, riferendosi all' art. 176 LDIP. L'eccezione d'incompetenza sollevata dai convenuti è stata accolta. Tenuto conto del bisogno di chiarezza e di prevedibilità circa il diritto applicabile, il Tribunale federale ha infatti stabilito che, onde statuire sull'esistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 176 segg. LDIP, è rilevante solo il momento in cui la clausola compromissoria è stata concordata. La successiva cessione delle pretese ad una persona con domicilio o residenza abituale all'estero non rende dunque internazionale il patto d'arbitrato (sentenza del 27 ottobre 1995 consid. 2 pubblicata in ASA 1996 pag. 277 segg.).

La fattispecie in esame non può tuttavia essere assimilata a quella appena esposta. L'attuale vertenza non concerne infatti la cessione di pretese contrattuali né tantomeno il trasferimento di domicilio di uno dei contraenti all'estero, eventualità - questa - presa in considerazione dalla dottrina citata.

c) Mediante il contratto del 25 aprile 1995 i ricorrenti hanno comperato una quota di comproprietà del fondo n. JJJ RFD di Ponte Capriasca, alla quale è inerente il diritto esclusivo di godere e sistemare internamente la parte dell'edificio determinata dai citati fogli PPP (art. 712a CC). L'uso e l'amministrazione della comproprietà erano precisati nel regolamento condominiale iscritto a registro fondiario il 20 giugno 1972, che di principio, giusta l'art. 649a CC, vincola anche ogni successore d'un comproprietario (Meier-Hayoz/Rey in: Berner Kommentar, 1988, n. 82 ad art. 712g CC).

aa) Dottrina e giurisprudenza concordano tuttavia nel ritenere che il principio posto dall'art. 649a CC vale solo per le disposizioni del regolamento che hanno un rapporto diretto con l'uso e l'amministrazione della comproprietà (DTF 123 III 53 consid. 3a, 110 Ia 106 consid. 4c; Meier-Hayoz/Rey, op. cit. , n. 84 ad art. 712g CC).

Ora, con il patto d'arbitrato - contratto del diritto processuale - le parti accettano di deferire ad un tribunale arbitrale una controversia già esistente oppure controversie future che possono sorgere da un determinato rapporto giuridico (Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Berna 1999, n. 26-28 a pag. 409 e n. 40 a pag. 411). Esso non mira dunque a determinare direttamente né le modalità d'amministrazione né l'uso della comproprietà, cosa che rende d'altro canto problematico il suo inserimento nel regolamento condominiale (Meier-Hayoz/Rey, op. cit. , n. 79 ad art. 712d CC con riferimenti).

Dato il suo contenuto, il patto d'arbitrato - contrariamente a quanto asserito dall'arbitro - non viene pertanto automaticamente trasferito al nuovo comproprietario a norma dell'art. 649a CC.

bb) Confrontato con un problema simile a quello in esame, nella DTF 110 Ia 106 consid. 4c il Tribunale federale ha invero lasciato aperta la questione dell'applicabilità dell'art. 649a CC alla clausola compromissoria, potendo la vertenza essere risolta sulla base dell'art. 6 cpv. 2 CIA, in analogia con quanto vale per le persone giuridiche.
Secondo tale norma "il patto d'arbitrato può risultare da una dichiarazione scritta d'adesione a una persona giuridica, se detta dichiarazione si riferisce espressamente alla clausola compromissoria contenuta negli statuti o in un regolamento che ne deriva". Ritenuto che, in quel caso, l'acquirente non aveva sottoscritto la clausola compromissoria conformemente a quanto prescritto dalla citata disposizione, il Tribunale federale ha giudicato ch'essa non aveva alcun effetto nei suoi confronti (sulla portata di questa sentenza cfr. anche Friedrich, Hat sich das Stockwerkeigentum bewährt?, in: ZBGR 1986 pag. 65 segg. in particolare pag. 82 e la nota redazionale alla DTF citata in ZBGR 1986 pag. 107). Ne discende che la clausola compromissoria vincola il nuovo condomino solo se egli dichiara di accettarla.

cc) Alla stessa conclusione si giunge infine esaminando la situazione in cui viene a trovarsi chi aderisce ad una persona giuridica. Dottrina e giurisprudenza riconoscono infatti un'analogia fra gli effetti del regolamento sui nuovi condomini e quelli degli statuti di una persona giuridica sui nuovi soci (123 III 53 consid. 3a, 110 Ia 106 consid. 4d; Meier-Hayoz/Rey, op. cit. n. 83 ad art. 712g CC con riferimenti).

Secondo il diritto societario la clausola compromissoria contenuta negli statuti vincola innanzitutto i promotori, che di regola l'hanno elaborata e sottoscritta; essa obbliga i nuovi soci solo se l'hanno accettata (cfr. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berna 1996 n. 67 segg. ; Habscheid, Statutarische Schiedsgerichte und Schiedskonkordat in: SAG 1985 157 segg. in particolare pag. 159 con riferimenti). Il momento determinante ai sensi dell'art. 176 cpv. 1 LDIP è quello in cui i nuovi soci hanno aderito alla clausola compromissoria contenuta negli statuti e non quello in cui gli statuti sono stati adottati (Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zurigo 1996, n. 2278 a pag. 1172).

d) Da tutto quanto esposto si deve concludere che, in concreto, il momento decisivo giusta l'art. 176 cpv. 1 LDIP è quello in cui i ricorrenti sostengono di aver accettato la clausola compromissoria contenuta nel regolamento, ovvero il 25 aprile 1995, contestualmente alla conclusione del contratto di compravendita.

aa) Né il lodo arbitrale, né gli allegati, né i documenti prodotti dinanzi all'arbitro forniscono tuttavia alcuna

indicazione circa il luogo di domicilio dei ricorrenti all'epoca della conclusione del contratto. Questi producono per la prima volta dinanzi al Tribunale federale una fotocopia dell'atto di compravendita, da cui risulta che avevano il loro domicilio in Germania.

Orbene, giusta l'art. 95 OG, qualora la fattispecie sottoposta al giudizio del Tribunale federale non risulti sufficientemente chiarita mediante lo scambio degli allegati, è possibile assumere d'ufficio le prove necessarie a chiarire i fatti (Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2a ed., Berna 1994, pag. 366, 370 e 382; DTF 107 Ia 187 consid. 2b a pag. 191, 119 II 380 consid. 3c pag. 383). Nel caso in esame, data la rilevanza dei dati contenuti nel citato documento ai fini della decisione sulla ricevibilità del gravame, lo stesso può senz'altro venire accluso agli atti.

bb) Ma quand'anche si volesse prescindere dall'assunzione di tale prova si dovrebbe comunque concludere per l'applicabilità dell'art. 176 cpv. 1 LDIP.

I ricorrenti - il cui domicilio in Germania non è contestato - hanno infatti manifestato la volontà di accettare la nota clausola al più tardi con l'introduzione dell'azione dinanzi all'arbitro, esplicitamente fondata sull' art. XX del regolamento condominiale. Tanto basta per ammettere la validità del patto d'arbitrato dal profilo dell' art. 178 cpv. 1 LDIP. In una recente sentenza il Tribunale federale ha infatti stabilito che l'esigenza di forma di cui alla citata norma risulta ossequiata già mediante il rinvio globale al documento che contiene tale clausola, senza che sia necessario farne espressamente menzione (sentenza inedita del 7 febbraio 2001 in re S. c. FIBA consid. 2a; Wenger in: Basler Kommentar, n. 17 ad art. 178 LDIP, Lalive/Poudret/Reymond, op. cit. , n. 13 ad art. 178 LDIP a pag. 321).

e) In conclusione, ritenuto che i requisiti per l'applicazione dell'art. 176 cpv. 1 LDIP risultano adempiuti, il ricorso di diritto pubblico, fondato sull'art. 85 OG, si avvera ammissibile.

4.- Come già esposto nei fatti, l'arbitro ha accolto l'eccezione d'incompetenza sollevata dai resistenti per motivi diversi da quelli da loro addotti, riferiti alla portata della competenza attribuitagli dalla clausola compromissoria.
Egli ha infatti stabilito che tale clausola non può essere opposta ai comproprietari perché agli atti non vi sono prove suscettibili di dimostrare ch'essi l'hanno accettata secondo le modalità previste dall'art. 6 CIA, giusta il quale "il patto d'arbitrato può risultare da una dichiarazione scritta d'adesione a una persona giuridica se detta dichiarazione si riferisce espressamente alla clausola compromissoria contenuta negli statuti o in un regolamento".

I ricorrenti rimproverano all'arbitro di essersi dichiarato a torto incompetente (art. 190 cpv. 2 lett. b LDIP). A loro modo di vedere, in applicazione dell'art. 178 LDIP e 649a CC, la clausola compromissoria è opponibile a tutti i membri del condominio, senza che sia necessaria una speciale dichiarazione in forma particolare. Nella denegata ipotesi in cui si dovesse invece considerare indispensabile una simile dichiarazione, il lodo dovrebbe venire annullato per violazione del diritto di essere sentito (art. 190 cpv. 2 lett. d LDIP), non avendo l'arbitro assunto il mezzo di prova che avrebbe permesso l'esame di tale presupposto.

5.- Chiamato a statuire su di un ricorso fondato sull'art. 190 cpv. 2 lett. b LDIP il Tribunale federale esamina liberamente la decisione con la quale l'arbitro si è dichiarato competente rispettivamente incompetente (DTF 121 III 495 consid. 5, 119 II 380 cpv. 3c, 117 II 94 consid. 5a).

a) Posto che il litigio riguarda la contestazione della deliberazione di un condominio costituito secondo il diritto svizzero e relativo a un fondo situato in territorio elvetico la questione va esaminata dal profilo del diritto svizzero (art. 99 cpv. 1 e 154 cpv. 1 LDIP), peraltro invocato da entrambe le parti.

b) Tanto i ricorrenti che l'arbitro paiono scordare che la causa in esame, volta essenzialmente all'annullamento di una decisione assembleare, non vede i ricorrenti opposti agli altri condomini, bensì alla comunione dei comproprietari.

La legittimazione passiva in un'azione in contestazione delle risoluzioni dell'assemblea dei comproprietari compete infatti esclusivamente alla comunione dei condomini e non ai singoli comproprietari (art. 712m cpv. 2 e 75 CC; DTF 119 II 408 consid. 5; Meier-Hayoz/Rey, op. cit. , n. 139 ad art. 712m CC). I comproprietari intervengono in questa procedura alla stregua di un'entità unica e non come litisconsorti (Meier-Hayoz/Rey, op. cit. , n. 77 ad art. 712l).

Il quesito che ci si deve porre concerne pertanto l'opponibilità della clausola compromissoria alla comunione e non ai singoli condomini.

La risposta non può essere che positiva. Nel 1972 la società promotrice ha costituito una proprietà per piani sul mappale n. JJJ RFD di Ponte Capriasca adottando contestualmente il regolamento condominiale versato agli atti sub doc. A, nel quale si trova, al punto XX, la clausola controversa. Stando agli estratti del registro fondiario prodotti in causa (doc. B) tale regolamento non ha più subito alcuna modifica, sicché si deve ritenere ch'esso - e quindi anche il patto d'arbitrato ivi contenuto - corrisponde tuttora alla volontà della comunione dei comproprietari.
Tale conclusione trova conferma nel comportamento processuale della comunione, la quale non ha censurato la possibilità di richiamarsi alla clausola compromissoria, bensì ne ha negato l'applicabilità alla controversia in oggetto.

c) Lo stesso valga per l'amministratore, che non ha formulato alcuna obiezione quanto all'opponibilità della clausola nei suoi confronti.

d) Da tutto quanto esposto emerge che l'arbitro non poteva dichiararsi incompetente per i motivi addotti nel lodo.

6.- In via subordinata i ricorrenti chiedono l'accertamento della competenza dell'arbitro. La domanda, di per sé ammissibile (cfr. DTF 117 II 94 consid. 4), dev'essere respinta, il Tribunale federale non potendo pronunciarsi sulle questioni sollevate dai resistenti circa la portata della clausola compromissoria.

7.- Dato l'esito del gravame l'esame della censura ricorsuale concernente la violazione del diritto di essere sentito (art. 190 cpv. 2 lett. d OG) si avvera superfluo.

8.- In conclusione, il ricorso di diritto pubblico merita di essere accolto e il lodo impugnato dev'essere annullato.
L'incarto viene ritornato all'arbitro affinché si pronunci sull'eccezione sollevata dai resistenti e, se del caso, sul merito della vertenza.

Gli oneri processuali e le spese ripetibili seguono la soccombenza (art. 156 cpv. e e 159 cpv. 1 e 2 OG). Con lettera del 7 giugno 2001 i resistenti si sono rimessi al giudizio del Tribunale federale e ritengono per questo di poter essere dispensati dal versamento di spese e ripetibili.
A torto. Nonostante la rinuncia a presentare osservazioni dinanzi al Tribunale federale essi non perdono, infatti, la loro qualità di parte (cfr. anche DTF 123 V 159 consid. 4b); nel caso in esame, inoltre, essi possono essere considerati responsabili dell'emanazione della decisione impugnata, avendo l'arbitro precisato di essersi chinato sulla questione della competenza proprio a seguito dell'eccezione da loro sollevata in tal senso.

Per questi motivi

il Tribunale federale

pronuncia :

1. Il ricorso di diritto pubblico è accolto.

Di conseguenza il lodo arbitrale pronunciato il 23 marzo 2001 dall'arbitro unico avv. dr. D._____, Lugano, è annullato.

2. La tassa di giustizia di fr. 3000.– è posta a carico dei resistenti, in solido, i quali rifonderanno ai ricorrenti, sempre con vincolo di solidarietà, fr. 3000.– per ripetibili della sede federale.

3. Comunicazione ai patrocinatori delle parti e all'arbitro unico avv. dr. D._____, Lugano.
Losanna, 11 settembre 2001 MDE

In nome della I Corte civile
del TRIBUNALE FEDERALE SVIZZERO:
Il Presidente,

La Cancelliera,