

La Nuova **Procedura Civile**

Direttore Scientifico: Luigi Viola

Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile

ISSN 2281-8693

Pubblicazione del 9.11.2014

La Nuova Procedura Civile, 6, 2014

ADMAIORA Editrice

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Difetto di mediazione: la rilevabilità dell'improcedibilità è obbligatoria

Alla luce del dato letterale dell'art. 5 comma 1 del d.lvo 28/2010, la rilevabilità dell'improcedibilità per difetto di mediazione è obbligatoria per il giudice e non discrezionale.

Tribunale di Bari, sezione terza, ordinanza del 22.5.2014

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 15 maggio 2014;
rilevata che l'intimata si è costituita in giudizio e si è opposta alla convalida, contestando la violazione dell'art. 28 l. n. 392/1992 per essere la disdetta del contratto di locazione priva di motivazione; la circostanza che parte intimante non ha provato l'effettivo contenuto della raccomandata del 16.6.2009, ovvero che la stessa contenesse *la disdetta del contratto di locazione*; nel merito che l'eventuale ordine di rilascio si porrebbe in contrasto con l'attività di pubblica utilità svolta (segnatamente servizio di telefonia cellulare che sarebbe compromesso dalla disattivazione delle opere infrastrutturali);
considerato che, nell'ipotesi in cui l'intimato sia comparso, la pronuncia dell'ordinanza di convalida è consentita solo se egli non abbia fatto opposizione, la quale - osserva concordemente la dottrina - non richiede né il ricorso a formule sacramentali, risolvendosi nella semplice manifestazione di volontà, comunque espressa, di non accettare il provvedimento, né la specificazione dei motivi, perché l'effetto preclusivo in ordine alla pronuncia della convalida discende come un automatismo legale insensibile ad ogni valutazione circa la sua fondatezza nel merito (cfr. Cass. n. 12121/06; Cass. n. 11298/04; Cass. n. 17151/02, che annovera la mancata contestazione dell'intimato tra i presupposti specifici della pronuncia di convalida);
ritenuto che pertanto, avendo nella specie l'intimata fatto espressa opposizione alla convalida, questo provvedimento non può più essere pronunciato;
ritenuto al contrario che così facendo, pur non potendo ottenere la convalida dello sfratto - stante l'opposizione dell'intimato, l'intimante ha espresso la volontà di ottenere l'unica forma possibile di tutela attraverso il provvedimento provvisorio di rilascio (cfr. Cass. civ., sez. III, 28 ottobre 2004, n. 20905);
rilevato che relativamente alla prima eccezione di parte intimata si osserva che l'obbligo di motivazione della disdetta ai sensi dell'art. 29 l. n. 392/1978 vale sole per la prima scadenza contrattuale, mentre la disdetta per cui è causa si riferiva alla seconda scadenza contrattuale;
ritenuto che relativamente alla seconda eccezione vero è, infatti, che la Cassazione ha avuto modo di affermare come *la dimostrazione che una raccomandata sia stata ricevuta dal destinatario non vale di per sé a dimostrare quale fosse il contenuto della lettera*; pertanto, in caso di contestazione, è onere di chi pretende che da quella ricezione siano derivati effetti giuridici dimostrare il reale contenuto della lettera, tuttavia,

la corretta portata di questa massima non può prescindere dal riferimento al caso concreto in cui essa fu dettata;

ritenuto che in quel giudizio, infatti, una parte pretendeva di provare l'avvenuta ricezione di una certa comunicazione (si trattava di cessione del credito) mediante la mera esibizione della ricevuta di ritorno nonché della l'attestazione dell'Amministrazione Postale dalla quale risultava che la raccomandata era stata consegnata: dal che la controparte lamentava che la mittente avrebbe dovuto produrre altri elementi a sostegno del suo assunto invio, come la copia della lettera (e la Suprema Corte, proprio perché in quel caso non era stata esibita nemmeno la copia della lettera inviata mediante raccomandata, giungeva alla affermazione del principio di cui in massima);

osservato che il caso che ci occupa, però, è assolutamente diverso, ciò per il semplice fatto che qui la parte intimante ha allegato diligentemente in atti la copia della raccomandata con cui era stata comunicata la disdetta dal contratto di locazione (v. documento n. 3 del fascicolo dell'intimante);

ritenuto che non vi è dubbio che tale copia possa valere, quanto meno in termini presuntivi, a far ritenere provato che il suo contenuto corrisponda proprio a quello della lettera inviata, laddove doveva ritenersi rimesso a carico del destinatario fornire la prova contraria, cioè dimostrare che, di contro, egli ricevette con la raccomandata in questione comunicazioni differenti da quelle trasparenti dalla copia esibita;

ritenuto, in definitiva, se è vero che - in assenza di esibizione di copia della lettera inviata - grava sul mittente l'onere di dimostrare, in caso di contestazione, quale sia il contenuto della raccomandata, è altrettanto vero che, di fronte all'esibizione di tale copia, con relativi ricevuta di spedizione e cartolina di ricevimento, opera una presunzione a favore del mittente di avvenuta ricezione da parte del destinatario proprio della specifica raccomandata offerta in visione, gravando su quest'ultimo (destinatario) l'onere di superare tale presunzione dimostrando con ogni mezzo di aver ricevuto una comunicazione diversa;

osservato relativamente alla terza contestazione che la Telecom ha avuto un tempo sufficiente per rinvenire altro immobile ove procedere alla installazione delle infrastrutture necessarie ad assicurare il servizio di telefonia mobile, fermo restando che tale tempo è assicurato anche in relazione al tempo necessario ad assicurare gli effetti della presente ordinanza di rilascio;

rilevato, sotto altro aspetto, che alla odierna controversia trova applicazione il d.lgs. n. 28/2010 come modificato dalla legge n. 98/2013;

rilevato che a norma dell'art 5, comma 4, legge n. 28/2010: *i commi 1 bis e 2 non si applicano: b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;*

rilevato, quindi, che le parti vanno mandate in mediazione e che la causa va rinviata ad oltre tre mesi (e 15 giorni per il deposito della domanda);

considerato che tale soluzione pare poi fornire alle parti maggiore tutela al fine di dotare di sicura procedibilità la domanda (non da parte di tutti, infatti, si ritiene che la questione della procedibilità o meno della domanda non sia più discutibile dopo la prima udienza del giudizio di primo grado; nel senso, invece, che qualora l'improcedibilità dell'azione non venga rilevata dal giudice entro la prima udienza, la questione non possa

comunque più essere riproposta nei successivi gradi di giudizio v. invece Cass., sez. lav., 21797/09; 7871/08 e 15956/04);
considerato, però, che, letteralmente, il comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 prevede che "l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza";
ritenuto, quindi, che la rilevabilità dell'improcedibilità è obbligatoria e non discrezionale;

P.Q.M.

Visto l'art. 667 c.p.c. e 5 legge n. 28/2010;
non convalida l'intimato sfratto;

ordina a [redacted], il rilascio dell'immobile sito in [redacted] alla [redacted] e lo spazio in copertura necessario per l'installazione dei supporti di antenna e relative antenne sul lastrico solare o copertura torrino dell'immobile di [redacted], identificato al [redacted], fissando per l'esecuzione la data del 31 luglio 2014;

assegna alle parti termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione ai sensi del predetto decreto legislativo, computati decorrere dalla comunicazione della presente ordinanza;

dispone il passaggio del presente giudizio dal rito ordinario al rito speciale ed allo scopo fissa per la discussione l'udienza del 18 dicembre 2014, assegnando a parte attrice termine perentorio sino al 18 ottobre 2014 ed a parte convenuta termine perentorio sino al 18 novembre 2014 per l'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante il deposito di memorie e documenti in cancelleria, ai sensi degli artt. 414 e 416 c.p.c.

Bari 22 maggio 2014

Il Giudice
Dott. Francesco Agnino

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA