

Il processo amministrativo e l'emergenza Covid-19 in Francia (e in Italia).

di Luigi Viola

Abstract: The administrative process and the Covid-19 emergency in France (and in Italy) – The paper proposes a reconstruction of the discipline of the administrative process of France and Italy introduced following the Covid-19 emergency. In this perspective, a considerable differentiation emerges regarding the participation in the video conferences of the parties and the relative protection of the right of defense.

Keywords: Italy, France, administrative jurisdiction, Covid-19 emergency.

1. Il processo amministrativo francese e l'emergenza Covid-19.

Anche il processo amministrativo ha dovuto “adattarsi” all'emergenza Covid-19 e, praticamente in tutti i paesi europei¹, è emersa una disciplina derogatoria (generalmente predeterminata, almeno nelle sue linee essenziali, a livello normativo, ma non mancano i casi in cui, come in Germania, i provvedimenti da adottare sono stati rimessi, nella loro integralità, ai singoli tribunali) destinata a disciplinare le due grandi aree problematiche, costituite dai termini in scadenza nel corso della pandemia (generalmente affrontata con provvedimenti di sospensione/proroga della decorrenza) e dalla necessità di evitare “assembramenti” di persone in ambito giudiziario (ed a questo proposito, non manca una certa differenziazione delle soluzioni che variano dal blocco, totale o parziale, dell'attività giudiziaria, per arrivare alla sola esclusione della trattazione orale delle cause e/o al ricorso allo strumento della videoconferenza, in versione allargata alle parti o ristretta ai soli componenti del collegio); in questa sede, l'attenzione sarà ristretta alla disciplina del processo amministrativo francese (con una piccola comparazione finale con la soluzione italiana, caratterizzata da ben diversa problematicità).

¹ Per un quadro delle diverse soluzioni adottate da alcuni paesi europei con riferimento al settore della giustizia (non solo amministrativa), si veda lo *Speciale Coronavirus*, in *Il Sole-24 ore* di lunedì 20 aprile 2020, 2 e ss.

Anche la Francia, come l'Italia, ha scelto la soluzione costituita dall'emanazione di una specifica disciplina normativa² destinata a regolamentare gli aspetti più importanti del processo amministrativo dell'emergenza; in particolare, si tratta delle due *ordonnances* n° 2020-305 («portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif») e n° 2020-306 («relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période») del 25 marzo 2020³, tutte e due emanate in attuazione delle previsioni dell'art. 11, I, 2°, lett. b (relativa alla proroga dei termini) e c (relativa all'adattamento delle regole dei processi alle necessità dell'emergenza) della *loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* n° 2020-290 del 23 marzo 2020.

Non c'è molto da dire sulla sospensione dei termini in scadenza regolamentata dall'*ordonnance* n° 2020-306 del 25 marzo 2020, se non per una maggiore ampiezza e flessibilità rispetto alla corrispondente disciplina italiana per quello che riguarda l'individuazione dei termini soggetti all'effetto sospensivo (tutti quelli in scadenza tra il 12 marzo 2020 ed un mese dalla cessazione dello stato di emergenza sanitaria) e per la previsione di una completa rimessione in termini nel nuovo termine di due mesi decorrente dalla cessazione dello stato di emergenza sanitaria (a differenza della disciplina italiana, non si tratta pertanto semplicemente di una sospensione dei termini, ma di una sospensione ad effetto interruttivo, accompagnata dalla previsione di un nuovo termine regolamentato in maniera autonoma); si tratta poi di effetto sospensivo non completamente generalizzato⁴ e che conosce importanti eccezioni, costituite dai ricorsi elettorali e dal contenzioso in materia di *étrangers* e diritto di asilo importante l'*obligation de quitter le territoire français*, le *placement en rétention administrative* o il rifiuto di entrare sul territorio nazionale del richiedente asilo (espressamente richiamati ed esclusi dall'effetto sospensivo dall'art. 15 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020).

Decisamente più articolata la disciplina degli altri aspetti del processo, prevista dall'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020 (a differenza della precedente, specificamente destinata al solo processo amministrativo) e basata su un *mix* di disposizioni destinate alla disciplina degli aspetti più marcatamente caratterizzati dall'attinenza all'aspetto organizzativo (come la possibilità di utilizzare magistrati di ruolo di altri tribunali o onorari, con l'assenso del presidente della giurisdizione d'origine o di utilizzare magistrati con meno di

² Per una veloce sintesi, si rinvia alla *Fiche pratique sur l'adaptation des procédures devant les juridictions administratives*, in www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/organisation-des-juridictions-administratives-pendant-le-confinement.

³ Chi vuole può leggerle sempre in www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/organisation-des-juridictions-administratives-pendant-le-confinement.

⁴ Ad esempio, non interessa il termine relativo alle *mesures de clôture d'instruction* che risulta prorogato, dall'art. 17 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020, di un solo mese dalla fine dello stato di emergenza sanitaria, a meno che il giudice non preveda un termine più breve.

due anni di anzianità ai fini della delega delle funzioni monocratiche *ex art. R222-1 del code de justice administrative*) e di disposizioni destinate alla specifica disciplina del processo dell'emergenza.

A questo proposito, la situazione di partenza dell'ordinamento francese era abbastanza simile a quella italiana, essendo caratterizzata dall'ormai massiccio ricorso al processo digitale, anche se con modalità (tutto ruota intorno ad un'applicazione denominata *Télérecours* che non prevede il ricorso al "feticcio" della P.E.C., tipico praticamente solo dell'Italia) e sulla base di una filosofia di fondo (non obbligatorietà del ricorso allo strumento digitale per chi presenti il ricorso senza patrocinio di avvocato, ovvero per una parte molto importante dei giudizi di primo grado⁵) molto diverse da quelle italiane; al di là della sospensione dei termini, era pertanto possibile pensare, come nell'esempio italiano, ad una continuazione dell'attività giudiziaria in forma esclusivamente digitale e senza alcun rischio per la salute, ove però, fosse stato, in qualche modo, definito l'aspetto più rischioso costituito dall'udienza, con i conseguenziali rischi di "assembramenti" e contagi.

Ed è proprio alla disciplina del punto critico oggi costituito dall'udienza di discussione che sono dedicati gli artt. 6 e ss. dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020 che vengono a delineare una sistematica notevolmente divergente da quella inizialmente seguita nel nostro ordinamento.

Punto di partenza è la previsione dell'art. 6 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020 che attribuisce al «*président de la formation de jugement*» il potere di decidere che l'udienza possa aver luogo «*hors la présence du public ou que le nombre de personnes admises à l'audience sera limité*»; a differenza della soluzione italiana (che ha completamente escluso il ricorso all'udienza pubblica), la normativa derogatoria ha pertanto mantenuto, almeno in linea di principio, il principio della pubblicità dell'udienza pubblica (che, come vedremo, assume un'importanza teorica fondamentale nell'esperienza storica della giustizia amministrativa francese), anche se in un contesto potenzialmente caratterizzato da deroghe da assumersi, secondo la logica del caso per caso, dal presidente del collegio.

In ogni caso, la deroga al principio dell'udienza pubblica non può poi interessare le parti e la discussione orale della controversia.

A questo proposito, la previsione dell'art. 7 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020 prevede una disciplina articolata che si basa sul possibile ricorso ad un «*moyen de télécommunication audiovisuelle permettant de s'assurer de l'identité des parties et garantissant la qualité de la transmission et la confidentialité des échanges entre les parties et leurs avocats*» (primo comma) e, solo in ipotesi di impossibilità del ricorso alla videoconferenza, la possibilità per il giudice di decidere, con provvedimento insuscettibile di ricorso, «*d'entendre les parties et*

⁵ Al proposito, si rinvia a L. Viola, *Au Télérecours citoyens! Il processo amministrativo telematico francese si apre ai cittadini (ma in maniera ben diversa da quello italiano)*, in *www.LexItalia.it*, 2018, 11.

leurs avocats par tout moyen de communication électronique, y compris téléphonique, permettant de s'assurer de leur identité et de garantir la qualité de la transmission et la confidentialité des échanges» (secondo comma della previsione⁶).

Siamo pertanto in presenza di un sostanziale ricorso alla videoconferenza (o, in via subordinata, ad altri mezzi di comunicazione che permettano l'identificazione delle parti) che si presenta sostanzialmente diverso dalla versione "italiana" prevista dall'art. 84, 5° comma del d.l. 17 aprile 2020, n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27), essendo esteso agli avvocati ed alle parti, con conseguenziale limitazione della deroga al principio di pubblicità al solo "minimo indispensabile", costituito dalla presenza alle udienze del pubblico (ed anche in questo caso, non si tratta di un'esclusione *sic et simpliciter*, ma solo di una possibilità di esclusione suscettibile di valutazione discrezionale da parte del presidente del collegio).

Sostanzialmente diverso è anche l'orizzonte teorico di inquadramento del ricorso alla videoconferenza che, nell'esperienza del processo amministrativo italiano, viene ad integrare una sostanziale novità, mentre, nel processo amministrativo francese, costituisce un mezzo già previsto e regolamentato dagli artt. L781-1 e R781-1/4 del *code de justice administrative*, con riferimento ai tribunali amministrative d'*oultre-mer* (ed alle ipotesi in cui non risulti possibile la presenza fisica di uno dei membri del collegio o del *rapporteur public*) e che ha già dato vita ad un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale⁷.

Il ricorso alla videoconferenza (sostanzialmente generalizzato e obbligatorio) è poi temperato dalla successiva previsione dell'art. 9 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020 che estende l'eccezione dall'obbligo di fissare un'udienza pubblica prevista dall'art. L. 522-3 del *code de justice administrative* (con riferimento alle richieste di *référé* mancanti del requisito dell'urgenza, relative a materie non rientranti nelle giurisdizione amministrativa, irricevibili o «*mal fondée(s)*»⁸) a tutte le «*requêtes présentées en*

⁶ I commi successivi recano previsioni forse sovrabbondanti, come le precisazioni relative al fatto che, quando una parte debba essere assistita dall'interprete non è necessario che lo stesso sia fisicamente «*auprès d'elle*», al ruolo di garanzia del corretto svolgimento dell'udienza e del carattere contraddittorio della discussione attribuito al presidente o all'attribuzione del compito di redigere il verbale dell'udienza al segretario d'udienza (*greffé*).

⁷ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, Paris, V ed. 2019, 880 che citano CE 24 octobre 2018, n° 419417 *Sté Hélène et fils* (in *ArianeWeb*; *DA*, 2019, 13 con nota di Eveillard; *JCP A*, 2019, 2004, con nota di Hul) che ha considerato causa di nullità il ricorso ad un mezzo (quello telefonico) che «*ne permettait que la transmission de messages sonores et non visuels*»; rimane peraltro aperto il dibattito in ordine al fatto se la previsione dell'art. 7 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020 (che opera un riferimento alle forme di comunicazione «*téléphonique, permettant de s'assurer de leur identité*») permetta anche il ricorso a forme di comunicazione esclusivamente sonore o se si tratti di una riformulazione non sostanziale della previsione dell'art. L781-1 (che opera un più preciso riferimento ad ogni «*moyen de communication audiovisuelle*»).

⁸ A questo proposito, deve rilevarsi come la previsione dell'art. L. 522-3 del *code de justice administrative* si risolva in una semplice facoltà per il giudice di non fissare l'udienza (M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 391), mentre la strutturazione dell'art. 9 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020 sembra propendere per un'esclusione obbligatoria; rimane pertanto da domandarsi se, anche durante il regime derogatorio, sia

référé»; in questo caso, è però previsto che il giudice informi le parti dell'assenza d'udienza e fissi una data di chiusura dell'istruzione dell'affare ed è stato introdotto il rilevante temperamento, costituito dalla previsione dell'appellabilità di tutte «*les décisions prises sans audience*» e non delle sole previsioni che risultano normalmente suscettibili d'appello, con l'unica limitazione che non si tratti di decisioni rientranti nella già citata previsione di cui all'art. L. 522-3 del *code de justice administrative* (vale a dire richieste manifestamente tardive, irricevibili; ecc.⁹).

Un'eccezione quindi essenzialmente calibrata sulle procedure cautelari (come si rileverà al § successivo, da sempre caratterizzate, per effetto della stessa esigenza di tempestività, da una serie di eccezioni al principio della necessità dell'udienza pubblica) e che viene completata dalle successive previsioni degli artt. 10 (che prevede che possano essere decise senza udienza pubblica le domande di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata di cui agli artt. da R. 811-15 a R811-17 del *code de justice administrative*) e 14 (che, derogando la previsione dell'art. R776-27 del code, estende l'ambito delle decisioni suscettibili di decisione senza udienza anche ai ricorsi in materia di «*mesures d'éloignement prise à l'encontre des étrangers placés en centre de rétention*») dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020.

In definitiva, una disciplina derogatoria che, nella finalità di limitare le occasioni di contagio, prevede la possibilità, per il presidente del collegio, di limitare l'accesso del pubblico alle udienze, ma non contempla alcuna deroga nei confronti dei difensori e delle parti, la cui sostanziale partecipazione all'udienza è assicurata dal ricorso al mezzo audiovisivo, con l'eccezione dei giudizi cautelari o in materia di allontanamento di stranieri ristretti in centri *de rétention administrative* (parimenti caratterizzati da esigenze di celerità); non mancano, in questi casi, misure “compensative” tese ad aumentare le garanzie per le parti, come l'obbligo, per il giudice, di avvertire le parti dei procedimenti cautelari della mancanza dell'udienza (e di fissare una data di chiusura dell'istruzione) e, soprattutto, la previsione della possibilità di appellare (e non solo ricorrere per cassazione), decisioni normalmente non appellabili.

Una normativa pur sempre derogatoria, ma che sembra improntata a criteri meno netti di quella che, per un certo periodo, ha caratterizzato l'esperienza italiana e che sarà sommariamente esaminata al § 3; ed in effetti, si tratta di una scelta non casuale, ma che affonda le proprie radici nella stessa storia del sistema di tutela giurisdizionale amministrativa francese.

possibile, per il giudice del *référé*, fissare comunque l'udienza, magari con modalità telematiche ed in questo caso, se abbia ancora un senso l'allargamento dei mezzi di impugnazione all'appello.

⁹ A questo proposito, risulta quasi impossibile non rilevare la possibile problematicità dell'elevazione a condizione di inammissibilità dell'appello di una previsione dai contenuti fluidi e che, in realtà, normalmente serve solo come criterio guida al giudice per decidere in ordine alla necessità o meno di ricorrere all'udienza pubblica.

2. La progressiva affermazione del principio della necessità dell'udienza pubblica nel diritto processuale amministrativo francese.

L'introduzione dell'udienza pubblica nel diritto processuale amministrativo francese è assai risalente ed affonda le proprie radici nelle *ordonnances* del 2 febbraio e del 12 marzo 1831, per il *Conseil d'État* e nel *décret* 30 dicembre 1862 per i *Conseils de Préfecture*¹⁰ che segnarono un passo importante nella trasformazione in senso giurisdizionale del sindacato sugli atti amministrativi; origine storica che spiega abbastanza facilmente perché si tratti di una garanzia considerata essenziale per la «*confiance que les iusticiables doivent pouvoir placer dans l'appareil juridictionnel. Alors que celui-ci est marqué par le double secret de l'instruction et du délibéré, ce principe apporte en effet une dose de transparence dans le processus juridictionnel*¹¹».

Tuttavia, si è trattato di una garanzia che è rimasta per lungo tempo affidata alle singole disposizioni normative prevedenti la necessità dell'udienza pubblica, in considerazione delle (per lungo tempo perduranti) difficoltà ad elevare al rango di *principe général du droit* esteso a tutte le giurisdizioni il principio di pubblicità delle udienze.

Come noto, la tradizionale impostazione tendente a negare che il principio di pubblicità delle udienze costituisca un *principe général du droit* esteso a tutte le giurisdizioni¹² ha, infatti, trovato una significativa contestazione nella storica¹³, ma anche (per certi versi) contraddittoria¹⁴, CE ass., 4 ottobre 1974, n° 88930, *Dame David*¹⁵ che ha attribuito tale natura alla «*publicité des débats judiciaires*» (annullando una previsione del codice di procedura civile, di livello regolamentare e non legislativo, limitativa della pubblicità), ma che poi è stata sostanzialmente “sconfessata” quando il *Conseil d'État* si è trovato ad affrontare la problematica della pubblicità delle udienze avanti alle giurisdizioni amministrative speciali (soprattutto, in materia di disciplina delle professioni

¹⁰ A questo proposito, si rinvia a M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 30 e 35 e B. Stirn, *Les mots-clés du droit administratif*, Paris, 2019, voce *Rapporteur public* (citazione dall'edizione digitale).

¹¹ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 778.

¹² M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 771 che citano, per la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, Cons. Cost. 8 novembre 1988, *Élection Seine-Saint Denis* (in *Rec. Cons. Cost.*, 196) che ha escluso che sussista un principio di pubblicità delle udienze estendibile a tutte le giurisdizioni.

¹³ Come ampiamente noto, si tratta di una delle decisioni citate da Chaïm Perelman come esemplificativa della tecnica di giustificazione delle decisioni giudiziarie mediante ricorso (e costruzione) di principi generali del diritto (C. Perelman, *Logica giuridica-Nuova retorica*, Milano, 1979, 130).

¹⁴ Con riferimento alla sentenza ed alla successiva giurisprudenza negativa del *Conseil d'État* in materia di giurisdizioni amministrative speciali, P. Théry, *Droit public et droit privé: l'évolution du droit processuel*, in M. R. Freedland, J. B. Auby (a cura di), *The Public Law/Private Law Divide: Une entente assez cordiale?*, Paris, 2004, 41 conclude che «*what is sauce for the english goose is not sauce for the foreigner gander...*».

¹⁵ In *Lebon*, 464; *D.*, 1975, 369 con nota di J.M. Auby.

sanitarie).

La risposta negativa emersa in giurisprudenza¹⁶ per un lungo periodo, ha dovuto attendere il 1996 per essere superata da CE, ass. 14 febbraio 1996, n° 132369, *Maubleu*¹⁷ che ha prospettato la diretta applicazione della previsione dell'art. 6, 1° comma, ult. parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (anche se in un contesto in cui è poi stato ritenuto giustificato, ai sensi della disposizione citata, il sacrificio del principio di pubblicità dell'udienza) e così superato il "feticcio" dell'espressa previsione legislativa; ed è proprio questo il solco in cui si è posta la giurisprudenza successiva¹⁸, che ha confermato la diretta applicabilità alle giurisdizioni amministrative speciali della previsione dell'art. 6, 1° comma, ult. parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche in mancanza di una norma interna di recepimento

In sostanza, un processo evolutivo, per lunghi anni, contestato, ma che si è concluso con il riconoscimento della diretta applicabilità della previsione dell'art. 6, 1° comma ult. parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo anche ai giudizi amministrativi¹⁹ e con una rilettura complessiva del sistema che ha portato a considerare vere e proprie «*scories de la procedure applicable*²⁰» i sistemi normativi non prevedenti la pubblicità dell'udienza e la correlativa giurisprudenza polarizzata solo sull'applicazione della normativa di provenienza interna.

Ed è in questa ambientazione complessiva che deve essere calata la disciplina della pubblicità delle udienze prevista dal *code de justice administrative* che, non a caso, reca oggi una previsione nel «*titre préliminaire*» d'apertura, l'art. L6, che prevede che «*les débats ont lieu en audience publique*» ed eleva «*au rang législatif le principe de la publicité des audiences devant les juridictions administratives*²¹»; del resto, anche ove non vi fosse una simile previsione, l'applicabilità del principio sarebbe comunque assicurata dalla giurisprudenza

¹⁶ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif, cit.*, 771 citano CE 4 ottobre 1967, n° 69660, *Wattebled* (in *Lebon*, 351; www.legifrance.gouv.fr), ovviamente antecedente alla giurisprudenza *Dame David* e, a pag. 785, la più recente CE, sect. 27 ottobre 1978, n° 07103, *Debout* (in *Lebon*, 395; www.legifrance.gouv.fr) che ha affrontato la nuova problematica ed escluso l'applicabilità alla fattispecie della previsione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dando vita ad orientamento giurisprudenziale, successivamente confermato da decisioni del 1984, 1993 e 1994 (citare da M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif, cit.*, 112 e 785); sulla giurisprudenza *Debout*, si veda anche D. Bailleul, *Le procès administratif*, Paris, 2014, 142.

¹⁷ In *Lebon*, 34; www.legifrance.gouv.fr; la sentenza è citata anche da C. Barray-P. X. Boyer, *Contentieux administratif*, Paris, 2015, 318; D. Bailleul, *Le procès administratif, cit.*, 142, come esito finale dell'evoluzione giurisprudenziale.

¹⁸ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif, cit.*, 785 citano CE, 29 novembre 1999, n° 194721, *Sté Rivoli Exchange* (in *Lebon*, 367; www.legifrance.gouv.fr) relativa ai provvedimenti adottati dalla *Commission bancaire*.

¹⁹ Esito forse non scontato, vista la formulazione dell'art. 6 che risulta letteralmente riferita alle «controversie sui ... diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale».

²⁰ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif, cit.*, 112.

²¹ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif, cit.*, 880.

Maubleu e la presunta lacuna²² riempita dall'applicazione diretta dell'art. 6, 1° comma ult. parte della C.E.D.U.

Una possibile eccezione al principio di pubblicità delle udienze è poi prevista dall'art. L731-1 del *code de justice administrative* (che prevede il potere del presidente del collegio di decidere di tenere, a titolo eccezionale, l'udienza senza la presenza del pubblico «*si la sauvegarde de l'ordre public ou le respect de l'intimité des personnes ou de secrets protégés par la loi l'exige*»); analoga esclusione della presenza del pubblico è poi possibile, nel «*contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat*», ove il presidente ritenga d'«*ordonne(r) le huis-clos lorsque est en cause le secret de la défense nationale*» (art. L773-4 del *code*).

In sostanza, dei poteri discrezionali di limitazione che si presentano in linea con la formulazione dell'art. 6, 1° ult. parte della C.E.D.U. e con la possibilità ivi riconosciuta di vietare «alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia»; ed in effetti, anche il potere del «*président de la formation de jugement*» di decidere che l'udienza possa aver luogo «*hors la présence du public ou que le nombre de personnes admises à l'audience sera limité*» oggi previsto dall'art. 6 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020 può essere letto come una sostanziale riformulazione della previsione generale di cui all'art. L731-1 del *code de justice administrative*, in una prospettiva «allargata» all'emergenza sanitaria in atto (anche in questo caso, come per il ricorso alla videoconferenza, si tratterebbe pertanto, della semplice estensione di un potere già previsto dal *code de justice administrative* all'emergenza sanitaria).

Un secondo gruppo di eccezioni alla regola dell'udienza pubblica è poi radicato sulla «*préoccupation de célérité d'examen des demandes de référé*²³» e trova espressione nella già citata previsione dell'art. L. 522-3 del *code de justice administrative* (che prevede il potere del giudice di non tenere udienza, nelle procedure di *référé-suspension* o *référé-liberté* caratterizzate da istanze mancanti del requisito dell'urgenza, relative a materie non rientranti nelle giurisdizione amministrativa, irricevibili o «*mal fondée(s)*») ed in una serie di ulteriori esclusioni che riguardano le cd. *mesures de référé préparatoires* (*référé-constat*, e *référé-instruction*), e i cd. *référé-mesures utiles* e *référé-provision*²⁴; in buona

²² Ancora un riferimento a C. Perelman, *Logica giuridica-Nuova retorica*, cit. ed alla tecnica argomentativa costituita dal riempimento delle lacune, vere o presunte che siano.

²³ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 391.

²⁴ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 413, 489 (che cita, con riferimento al *référé-provision*, CE, 25 ottobre 2002, *CH Colson*) ed il prospetto ricostruttivo in chiusura del quarto capitolo; per l'approfondimento delle differenze e dei contenuti dei diversi *référés* (ovviamente, impossibile in questa sede), si rinvia a M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux*

sostanza, un sacrificio del principio dell'udienza pubblica che si radica sulle particolari esigenze di celerità dei provvedimenti cautelari, oltre che sulla particolare semplicità di alcune fattispecie (valutata in astratto dal legislatore per alcune fattispecie o, in concreto, dal giudice, nel caso della previsione di cui all'art. L. 522-3).

Anche in questo caso, risulta molto semplice rilevare come l'art. 9 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020 non si sia per nulla allontanato dal sistema, essendosi, in buona sostanza, limitato a generalizzare a tutte le istanze di *référé*²⁵, nell'ottica di limitare le occasioni di contagio, l'eccezione già prevista dall'art. L. 522-3 e da altre previsioni del *code de justice administrative*; una scelta forse eccessiva (anche in questo caso, poteva forse essere previsto il ricorso all'udienza in videoconferenza, che certo non "assorbe" poi chissà quanto tempo) e che probabilmente potrà trovare un correttivo in quanto già rilevato in ordine alla possibilità per il giudice del *référé* di fissare comunque un'udienza in videoconferenza o nel principio giurisprudenziale²⁶ che permette al giudice monocratico del *référé* di rinviare comunque ad una formazione collegiale la decisione (con conseguenziale applicabilità, oggi, della disciplina dell'udienza in videoconferenza sopra richiamata e temperamento dell'esclusione dei procedimenti cautelari dalla piena applicabilità del principio di pubblicità dell'udienza); in ogni caso, una deroga che risulta assistita dai due "contrappesi" previsti dall'art. 9 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020, costituiti dall'obbligo per il giudice di informare le parti dell'assenza d'udienza e fissare espressamente una data di chiusura dell'istruzione dell'affare e dalla previsione dell'appellabilità di tutte le decisioni in materia di *référé*, a condizione però che non si tratti di decisioni rientranti nella già citata previsione di cui all'art. L. 522-3 del *code de justice administrative*.

2437

Pur con qualche incertezza (soprattutto nella materia cautelare sopra richiamata), siamo pertanto in presenza di una disciplina emergenziale che si muove all'interno della sistematica stabilizzata del processo amministrativo francese e che conferma l'attribuzione all'udienza del ruolo essenziale di «*fenêtre de publicité dans le processus juridictionnel marqué, en amont, par le secret de*

administratif, cit., Cap. IV; D. Bailleul, *Le procès administratif*, cit., 81 e ss. e C. Barray-P. X. Boyer, *Contentieux administratif*, cit., 280 e ss.

²⁵ E quindi anche alle decisioni rese ai sensi dell'art. L521-2 del *code de justice administrative* (vale a dire, alle decisioni rientranti nell'istituto del cd. *référé-liberté* (come ampiamente noto, finalizzato alla tutela «*d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale*») particolarmente utilizzato in ambiti particolarmente "sensibili", anche durante l'emergenza da Covid-19; per la disciplina del cd. *référé-liberté*, e la relativa nozione, si rinvia a C. Barray-P. X. Boyer, *Contentieux administratif*, Paris, 2015, 295 e ss.; M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 467.

²⁶ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 391 che citano, al proposito, CE sect., 13 luglio 1956, *Cts Piéton-Guibout* (in Lebon, 338) e rilevano come, in caso di rinvio alla formazione collegiale, trovino applicazione i principi ordinari in materia di pubblicità dell'udienza e intervento del *rapporteur public*.

l'instruction et, en aval, par celui du délibéré²⁷»; soprattutto, un processo emergenziale che sembra essere stato concepito sulla base del dialogo già instaurato dalla giurisprudenza con la previsione dell'art. 6, 1° comma, ult. parte della C.E.D.U. e che, proprio per questo, tende a limitare all'indispensabile le deroghe al principio di pubblicità delle udienze, trovando, in questo difficile compito, un ausilio indispensabile nell'utilizzazione delle nuove tecnologie, in generale e della videoconferenza, in particolare.

Del resto, la previsione dell'udienza costituisce uno snodo importante del processo amministrativo francese anche con riferimento alla previsione dell'istituto del *rapporteur public* ed al rispetto del principio di parità delle armi²⁸; è, infatti, proprio all'udienza pubblica che le parti, messe al corrente solo del «sens» delle conclusioni del *rapporteur public* ai sensi degli artt. R711-3 e R712-1 del *code de justice administrative*, possono prendere conoscenza integrale delle conclusioni e presentare le proprie osservazioni durante la discussione orale (che oggi ha luogo dopo la relazione del *rapporteur public*) o in forma scritta, attraverso il ricorso ad una «note en délibéré²⁹».

Vale a dire, uno di quegli aspetti con riferimento ai quali il processo amministrativo francese ha dovuto adattarsi, secondo un processo non privo di resistenze, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e che vede nel contraddittorio tra le parti in udienza pubblica un momento di composizione fondamentale che sembra attualmente assicurare la compatibilità dell'antico istituto del *Commissaire du gouvernement* (poi divenuto *rapporteur public*) con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; non è pertanto un caso che l'esclusione dell'udienza pubblica prevista per alcuni procedimenti cautelari risulti accompagnata anche dalla dispensa dalle conclusioni del *rapporteur public*, né che l'art. 8 dell'*ordonnance* n° 2020-305 del 25 marzo 2020 (disposizione finora non esaminata) preveda il potere del presidente del collegio, nel nuovo regime d'emergenza (che comunque porta ad un contraddittorio in videoconferenza più "macchinoso" e meno efficace dell'udienza "ordinaria") di dispensare «le *rapporteur public*, sur sa proposition, d'exposer à l'audience des conclusions sur une requête».

Le tematiche del mantenimento dell'istituto del *rapporteur public* e del contraddittorio tra le parti in sede di udienza finiscono pertanto con l'essere strettamente legate e questa connessione costituisce ulteriore impedimento a soluzioni come quella seguita per un certo periodo dall'esperienza italiana,

²⁷ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 769.

²⁸ Per la relativa problematica e le condanne della C.E.D.U. intervenute nei confronti della Francia con riferimento all'istituto del *rapporteur public*, si rinvia a M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 865 e ss.; B. Stirn, *Les libertés en questions*, Paris, VII ed. 2010, 91; Id. *Vers un droit public européen*, Paris, 2012, 123; Id., *Les mots-clés du droit administratif*, voce *Rapporteur public* cit. (che rileva come l'istituzione del *Commissaire du gouvernement* e l'introduzione della pubblicità delle udienze avanti al *Conseil d'État* debbano essere riportate, non a caso, alla stessa *ordonnance* del 12 marzo 1831).

²⁹ M. Guyomar e B. Seiller, *Contentieux administratif*, cit., 766; C. Barray-P. X. Boyer, *Contentieux administratif*, cit., 319; D. Bailleul, *Le procès administratif*, cit., 142.

fondate sul completo abbandono del contraddittorio orale e la sua conversione in una versione “cartolare” (o meglio, digitale) che risulterebbe manifestamente “indigeribile” per il sistema francese, anche per effetto di quanto sopra rilevato con riferimento alla soluzione di compromesso che oggi permette il mantenimento del *rapporteur public*.

L'attuale importanza del contraddittorio orale nel processo amministrativo francese è poi testimoniata dall'episodio “storico” del 13 dicembre 2019 che ha visto, per la prima volta, un presidente del collegio (non a caso, lo stesso *Vice-Président* del *Conseil d'État*) chiedere all'avvocato di una delle parti un chiarimento sulla vicenda contenziosa³⁰; un piccolo episodio (considerato però storico nell'ambiente culturale francese) che certo testimonia dell'evoluzione del sistema verso una certa “dose” di contraddittorio orale e giustifica ulteriormente la scelta di non sacrificare, nell'ambito dell'emergenza Covid-19, la possibilità, per le parti e i loro difensori, di difendere oralmente le proprie ragioni.

3. E l'Italia?

Non rientra certo tra le finalità di questo breve scritto l'esame approfondito della diversa risposta italiana all'emergenza Covid-19 (ovviamente, per quello che riguarda il processo amministrativo); siano però solo consentite alcune brevi riflessioni, in contraltare a quanto sopra richiamato con riferimento alla vicenda francese.

Nell'esperienza italiana, la necessità di fornire una risposta all'emergenza Covid-19 ed il correlato tentativo di trovare forme di esercizio dell'attività giurisdizionale compatibili con la nuova categoria del distanziamento sociale³¹ hanno trovato espressione in convulse modificazioni normative che hanno portato una parte della dottrina a coniare la nuova categoria della «legislazione pandemica. Il legislatore, nel generalizzato distanziamento sociale, appare distante dalla realtà nell'emanare norme che dovrebbero risolvere problemi ma che, a causa della loro oscurità e della rapidità di novità continue e contraddittorie, ne creano altri, generando confusione nei soggetti deputati all'applicazione³²».

³⁰ Sull'episodio, si veda il documentatissimo J.B. Jacquin, *Le Conseil d'État se met à petit pas au débat oral*, in *Le Monde*, 4 gennaio 2020, 10 che cita, non a caso, i precedenti costituiti dal contraddittorio orale successivo alle conclusioni del *rapporteur public* e dal dibattito orale tipico di alcune procedure di *référé*.

³¹ Che non avrà probabilmente vita effimera e influenzerà profondamente il nostro modo di vivere: G. Agamben, *Distanziamento sociale*, in www.quodlibet.it/giorgio-agamben-distanziamento-sociale.

³² C. Volpe, *Il superamento del “processo cartolare coatto”. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, in www.GiustAmm.it, 2020, 5. Il susseguirsi di testi normativi dalla diversa impostazione ha poi portato anche ad una vera e propria “pandemia della dottrina a prima lettura” che ha prodotto una considerevolissima quantità di scritti; oltre gli scritti specificamente citati nelle note, si vedano almeno C. Volpe, *Pronti, partenza, via! Il nuovo processo amministrativo da remoto ai nastri di partenza*, in www.GiustAmm.it, 2020, 6; C.

In questa sostanziale pandemia della legislazione, la dottrina³³ ha ritenuto di poter individuare almeno quattro fasi (lo schema ricostruttivo è pertanto anche più complicato della scansione in “fasi” dell’intera legislazione emergenziale utilizzato dallo stesso governo e dalla stampa) scandite dai diversi interventi normativi che si sono susseguiti in un breve (se non brevissimo) periodo di tempo³⁴; sotto il profilo ricostruttivo, è però forse più utile riportare l’attenzione, piuttosto che sulla scansione temporale in “fasi”, sui due temi più “caldi” ed importanti, costituiti dalla disciplina emergenziale della tutela cautelare³⁵ (che definire contorta e problematica è forse poco) e dalla controversa e contrastata problematica dell’eliminazione, per un limitato periodo di tempo (praticamente dal 16 aprile al 30 maggio 2020), della discussione orale, con conseguente “cartolarizzazione” integrale e coatta del processo.

Lasciando da parte la problematica della tutela cautelare (fortemente influenzata da tematiche prettamente italiane, come la sostanziale diffidenza per una tutela cautelare monocratica che non trovano alcuna corrispondenza dell’esperienza francese), il processo amministrativo dell’emergenza italiano si presenta basato, per una parte importante, su un *mix* di previsioni, per una larga parte, non molto dissimili da quelle francesi; è sicuramente il caso del ricorso alla sospensione dei termini (accompagnata da un’articolata disciplina della

Cacciavillani, *Controcanto sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (con riferimento all’art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, in www.GiustAmm.it, 2020, 5; N. Paolantonio, Note minime sul contraddittorio orale nel processo amministrativo dell’emergenza (nessuno tocchi la discussione orale), *ivi*; F. Saitta, *Da Palazzo Spada un ragionevole no al “contraddittorio cartolare coatto” in sede cautelare. Ma il successivo intervento legislativo sembra configurare un’oralità... a discrezione del presidente del collegio*, in *Federalismi.it*, 2020, 5 maggio; G. Veltri, *Il processo amministrativo. L’oralità e le sue modalità in fase emergenziale: “tutto andrà bene”*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. Volpe, *Ancora sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo*, in www.LexItalia.it, 2020, 5; A. D’Urbano e R. Santi, *L’abolizione (temporanea?) della fase orale nel processo amministrativo per l’emergenza sanitaria. Il Consiglio di Stato (ordinanze nn. 2358 e 2539 del 2020) riapre alla possibilità di discussione*, in *Federalismi.it*, 2020, 29 aprile; M. Lipari, *L’art. 36, comma 3, del decreto legge n. 23/2020: la sospensione parziale dei termini processuali è giustificata? Verso una lettura ragionevole della norma*, *ivi*; M. Midiri, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020; S. Raimondi, *Sugli effetti della legge n. 17/2020 di conversione in legge del D.L. n. 18/2020 sulla proroga dei termini per impugnare disposta dall’art. 36 D.L. n. 23/2020*, in www.GiustAmm.it, 2020, 5; L. Viola, *C’è qualcosa di nuovo oggi nel processo amministrativo, anzi d’antico: brevi considerazioni sull’eliminazione dell’udienza di discussione*, in www.LexItalia.it, 2020, 5; C. Volpe, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in www.GiustAmm.it, 2020, 4; S. Tarullo, *L’udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un’occasione perduta*, *ivi*; G. Vercillo, *Giusto processo amministrativo e rito emergenziale istituito dall’art. 84 del D.L. n. 18/2020*, *ivi*.*

³³ C. Volpe, *Il superamento del “processo cartolare coatto”. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, *cit.*, § 1.

³⁴ Sei interventi normativi in appena due mesi; per un quadro ricostruttivo completo dei diversi interventi normativi (che non rientra tra gli obiettivi del presente scritto), si rinvia a C. Volpe, *Il superamento del “processo cartolare coatto”. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, *cit.*, § 2.

³⁵ Al proposito, si rinvia soprattutto a N. Durante, *Il procedimento cautelare ai tempi dell’emergenza*, in www.GiustAmm.it, 2020, 5 ed agli scritti *ivi* citati.

rimessione in termini delle parti che non abbiano potuto fruire appieno delle proprie facoltà difensive³⁶), ad alcune semplificazioni procedurali (come quelle relative alla cd. “copia di cortesia” previste dall’art. 84, 10° comma del d.l. 17 aprile 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27) o alla disciplina limitativa dell’accesso agli uffici giudiziari prevista dai commi 3-4 dell’art. 84 del d.l. 17 aprile 2020, n. 18 e rimessa ai capi degli uffici (sostanzialmente non dissimile da quella francese).

Al di là delle inevitabili differenziazioni e della maggiore chiarezza e funzionalità della soluzione d’oltralpe, si potrebbe sostanzialmente concludere, per quello che riguarda questi profili, per una sostanziale analogia tra la soluzione italiana e quella francese; non risulterebbe pertanto sbagliato richiamare quella conclusione che, in un precedente scritto³⁷ sulla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici nei due ordinamenti, è stata riportata alla prospettiva più generale della cd. «comparazione che unisce³⁸», ovvero della comparazione che tende ad evidenziare e favorire la tendenza ad una progressiva convergenza ed omogeneizzazione degli ordinamenti.

Il punto più problematico ai fini che ci occupano è di certo costituito dalla disciplina dell’udienza di discussione che ha seguito percorsi molto diversi nell’esperienza italiana e francese.

A questo proposito, l’iniziale apertura a processi a porte chiuse, ma aperti ai difensori delle parti³⁹ (anche tramite il ricorso a forme di videoconferenza) prevista dall’art. 3, 4-6° comma del d.l. 8 marzo 2020 n. 11 (poi definitivamente abrogato dall’art. 1, 2° comma della l. 24 aprile 2020, n. 27) ha lasciato progressivamente⁴⁰ il campo alla decisa opzione per il «processo cartolare

³⁶ Come ampiamente noto, una prima risposta normativa è stata data con l’art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27) che ha disposto una sospensione di «tutti i termini relativi al processo amministrativo ... secondo quanto previsto dalle disposizioni di cui all’articolo 54, commi 2 e 3, del codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104» relativamente al periodo dall’8 marzo al 15 aprile 2020, poi prorogata anche al periodo dal 16 aprile al 3 maggio 2020, ma limitatamente ai soli «termini per la notificazione dei ricorsi, fermo restando quanto previsto dall’articolo 54, comma 3» del c.p.a., dall’art. 36, 3° comma del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv. in l. 5 giugno 2020, n. 40.

³⁷ L. Viola, *Il contenzioso dei contratti pubblici in Italia e in Francia: una (prima) comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 2, 407 e ss.

³⁸ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, 46.

³⁹ Sia pure condizionatamente all’espressa richiesta di parte «da notificare alle altre parti costituite e da depositare almeno due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione» prevista dall’art. 3, 4° comma del d.l. 8 marzo 2020 n. 11 (come già detto, poi definitivamente abrogato dall’art. 1, 2° comma della l. 24 aprile 2020, n. 27).

⁴⁰ Decisamente meno problematica risulta, infatti, la disciplina dei ricorsi passati in decisione nella “prima fase” intercorrente tra il 6 e il 15 aprile 2020 prevista dal 2° comma dell’art. 84 del d.l. 17 aprile 2020, n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27); in questo caso, il passaggio in decisione senza discussione orale, è, infatti, condizionato alla richiesta congiunta di tutte le parti costituite ed è quindi riportabile alla scelta consapevole delle parti di rinunciare alla discussione orale.

coatto⁴¹» espressa con l'art. 84, 5-6° comma del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27); nella fase centrale del «processo cartolare coatto» (poi definitivamente ristretta al periodo intercorrente tra il 15 aprile ed il 30 maggio 2020 dall'art. 4, 1° comma del d.l. 30 aprile 2020, n. 28), il ricorso alla videoconferenza previsto dal 6° comma («il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge») è stato, infatti, accompagnato, a differenza della disciplina francese sopra richiamata, da un'ulteriore disciplina derogatoria che ha previsto il passaggio in decisione «senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omissis ogni avviso» con l'unico temperamento costituito dalla possibilità, per le parti, «di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione» (art. 84, 5° comma del d.l. 17 aprile 2020, n. 18).

Una disciplina fortemente derogatoria che ha pertanto completamente eliminato (anche se per un periodo limitato) la discussione orale e incontrato una decisa opposizione in dottrina⁴², oltre a dare vita ad una conflittualità decisamente inconsueta nell'ambito giurisdizionale amministrativo⁴³; ed in effetti, si tratta di una soluzione che lo stesso Presidente del Consiglio di Stato ha qualificato in termini di profondo «*vulnus* che, sebbene giustificato per il periodo di emergenza, dev'essere al più presto recuperato⁴⁴» e che, per di più, ha introdotto una profonda distonia tra la disciplina del processo amministrativo e tutti gli altri processi che contemporaneamente hanno cominciato a evolversi verso una disciplina della videoconferenza aperta alle parti e ai difensori⁴⁵.

Forse per effetto di tutte queste opposizioni e dell'emergere in

⁴¹ Al proposito, si rinvia ai già citati C. Volpe, *Il superamento del "processo cartolare coatto". Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, cit., § 4; S. Tarullo, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, cit.; G. Vercillo, *Giusto processo amministrativo e rito emergenziale istituito dall'art. 84 del D.L. n. 18/2020*, cit.

⁴² Per tutti, si richiamano i due scritti di S. Tarullo, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, cit. e G. Vercillo, *Giusto processo amministrativo e rito emergenziale istituito dall'art. 84 del D.L. n. 18/2020*, cit., molto argomentati e riportabili ad impostazione non molto diversa da quella proposta in queste pagine.

⁴³ Credo che sia la prima volta che la cronaca abbia registrato una richiesta di intervento del Presidente della Repubblica in materia di giustizia amministrativa: L. Ferrarella, *Gli avvocati a Mattarella: «Illegittime le udienze senza la nostra presenza»*, in *Corriere della Sera*, 26 aprile 2020, 4.

⁴⁴ Nella *Direttiva-secondi chiarimenti su alcuni profili relativi all'attività giurisdizionale nel periodo di emergenza Covid-19* (in www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/1869446/Nota+Prot+7400+20.4.2020_signed.pdf/7e0d11ce-250d-0d65-4cba-b9a28b01f0fb) che richiama anche una richiesta al Governo di modifiche normative atte a superare le difficoltà tecnologiche e normative ad estendere la videoconferenza agli avvocati.

⁴⁵ Al proposito, si rinvia alle considerazioni di S. Tarullo, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, cit. § 4.

giurisprudenza di interpretazioni finalizzate a “neutralizzare” l’innegabile *vulnus* alla previsione di cui all’art. 6, 1° comma, ult. parte della C.E.D.U.⁴⁶, anche il legislatore è poi (parzialmente) tornato indietro, restringendo l’operatività del «processo cartolare coatto» previsto dall’art. 84, 5-6° comma del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27) al 30 maggio 2020 e prevedendo, per il successivo periodo emergenziale (al momento, destinato a cessare al 31 luglio 2020), la nuova (ed ulteriore) disciplina di cui all’art. 4, 1° comma del d.l. 30 aprile 2020, n. 28⁴⁷ che risulta fondata su un nuovo *mix* tra richiesta di discussione orale da parte dei difensori interessati (da presentare «entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell’udienza in qualunque rito») ed il ricorso alla videoconferenza aperta anche ai difensori delle parti; il ricorso alla videoconferenza non è però assoluto, se non nell’ipotesi in cui l’istanza sia presentata «congiuntamente da tutte le parti costituite»; nelle altre ipotesi (e soprattutto ove siano state manifestate «eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto»), la decisione in ordine alla “necessità” della discussione da remoto è rimessa ad apposito decreto del presidente del collegio (che può anche decidere d’ufficio il ricorso all’udienza, ove se ne prospetti la necessità).

Un sistema molto complicato e lacunoso (manca, ad es., un termine per la presentazione dell’opposizione da parte di chi non voglia il contraddittorio orale) che ha richiesto una decisiva integrazione ad opera dell’art. 2 del d.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134 e di un «*Protocollo di intesa tra la Giustizia amministrativa, l’Avvocatura dello Stato, il Consiglio Nazionale Forense, il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Roma e le Associazioni specialistiche degli avvocati amministrativisti*» e l’ulteriore elaborazione di *Linee Guida del Presidente del Consiglio di Stato del 25 maggio 2020 sulle udienze da remoto con la partecipazione degli avvocati ex art. 4, d.l. n. 28 del 2020*⁴⁸, ma che continua a mantenere un punto problematico evidente, costituito dalla possibilità per le controparti di opporsi alla richiesta di discussione da remoto presentata da una delle parti; una facoltà che si presenta

⁴⁶Al proposito, si rinvia a Cons. Stato, sez. VI, ord. 21 aprile 2020, n. 2538 e 2539 in www.giustizia-amministrativa.it (per un primo commento all’orientamento giurisprudenziale, si veda G. Saporito, *Consiglio di Stato: no ai processi cartolari*, in *Il Sole-24 ore*, 23 aprile 2020, 26) che hanno rilevato come «l’imposizione dell’assenza forzata, non solo del pubblico, ma anche dei difensori, finirebbe per connotare il rito emergenziale in termini di giustizia “segreta”, refrattaria ad ogni forma di controllo pubblico».

⁴⁷ Particolarmente interessanti risultano anche i commi 2 e 3 della previsione che incidono in maniera permanente sulla disciplina del processo amministrativo telematico (cd. P.A.T.), sostituendo la competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri ad emanare il relativo regolamento di disciplina (come noto, esercitata con il d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40) con una nuova competenza del Presidente del Consiglio di Stato (già esercitata con il d.P.C.S. 22 maggio 2020, n. 134) caratterizzata da nuove ed evidenti problematichità.

⁴⁸ Sia Protocollo d’intesa che Linee Guida sono consultabili all’indirizzo: www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/udienze-da-remoto-art4dl282020; per la ricostruzione dei (problematici) meccanismi di funzionamento del sistema, si rinvia a C. Volpe, *Pronti, partenza, via! Il nuovo processo amministrativo da remoto ai nastri di partenza*, cit.

manifestamente in contrasto con la previsione dell'art. 6, 1° comma ult. parte C.E.D.U. e con pacifici principi del diritto processuale (non potendo una parte disporre dei diritti processuali di un'altra) e che, proprio per questo, ha già costituito oggetto di interpretazioni “neutralizzanti”⁴⁹.

Una sistematica che continua pertanto a rimanere molto distante dalla soluzione francese sopra esaminata; come per l'esempio francese sopra richiamato, le incertezze del legislatore italiano e la sostanziale riproposizione (anche se in forme, sempre più larvate) del tentativo di escludere la fase della discussione orale hanno sostanzialmente radici molto antiche e si pongono in una logica di sostanziale continuità con l'evoluzione storica del nostro sistema processuale amministrativo.

A differenza di quanto avvenuto nell'ordinamento francese (in cui la problematicità è risultata confinata alle giurisdizioni amministrative speciali), nell'ordinamento italiano la previsione dell'udienza pubblica di discussione è stata, infatti, oggetto, nel corso degli anni, di un certo numero di limitazioni normative.

Non bisogna, infatti, dimenticare come già nel 1903 (a pochi anni dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato), Cino Vitta rilevasse come risultasse «notevole questa tendenza delle leggi più recenti a togliere il pubblico dibattito nei ricorsi alla IV Sezione⁵⁰», riferendosi alla trattazione «sulle (sole) memorie scritte dalle parti» prevista dall'art. 34 del t.u. 2 giugno 1889 n. 6166, con riferimento ad alcuni ricorsi con competenza estesa al merito (in materia di autorizzazione a stare in giudizio degli enti morali soggetti a tutela della p.a., di autorizzazione degli enti locali ad accettare donazioni e lasciti e in materia di spese d'infermi indigenti in Roma).

Nel corso degli anni, questa tendenza ad una (solo) parziale applicazione del principio di pubblicità delle udienze ha trovato espressione nella sostanziale conferma dell'opzione per la trattazione in camera di consiglio degli incidenti cautelari e di alcuni procedimenti speciali espressa dalla l. 6 dicembre 1971, n. 1034 di istituzione dei tribunali amministrativi regionali e dalla successiva normativa; soluzione tradizionale che si è caricata di ulteriori problematicità quando è stata introdotta (dall'art. 9 della l. 21 luglio 2000, n. 205) la possibilità

⁴⁹ Come quella di G. Grasso, *Sull'opposizione alla discussione e allegazione documentale alternativa nel regime della oralità mediata eventuale*, in www.giustizia-amministrativa.it, tesa a riportare l'opposizione alla sola discussione da remoto (e non alla discussione orale *tout court*), con conseguenziale obbligo, per il giudice, di rinviare la trattazione del ricorso ad un periodo successivo alla cessazione dell'emergenza, fissando udienza da tenersi nelle “forme ordinarie”.

⁵⁰ C. Vitta, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1903, 269, nota 1; in parallelo, l'allora recente legge sulle Giunte Provinciali Amministrative (art. 10 l. 1° maggio 1890, n. 6837) non prevedeva alcuna limitazione della possibilità di discutere i ricorsi (C. Vitta, *Giustizia amministrativa, cit.*, 396). L'estrema attualità della rilevazione di Cino Vitta è già stata sottolineata in L. Viola, *C'è qualcosa di nuovo oggi nel processo amministrativo, anzi d'antico: brevi considerazioni sull'eliminazione dell'udienza di discussione, cit.*

di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata in camera di consiglio⁵¹.

Anche il nuovo codice del processo amministrativo approvato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 ha poi aggravato la problematica, “cancellando” anche la possibilità per le parti di richiedere comunque la discussione in pubblica udienza dei ricorsi da trattarsi in camera di consiglio, in precedenza, prevista dall’art. 27, 2° della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 ed aprendo così un nuovo “fronte” relativo alla possibilità di supplire alle conseguenze dell’innovazione normative attraverso una possibile interpretazione correttiva tutta articolata sulla mancanza di una sanzione processuale della trattazione in pubblica udienza dei procedimenti destinati ad essere trattati in camera di consiglio⁵².

Certo si è trattato di un’evoluzione normativa che, al di là dei precedenti normativi più risalenti citati da Cino Vitta, non ha mai escluso la discussione orale dei procedimenti da parte dei difensori delle parti; quello che è però innegabile è che il principio di pubblicità delle udienze ha seguito, nel diritto processuale amministrativo italiano, un percorso più tortuoso di quello del proprio corrispondente francese sopra richiamato; soprattutto, è mancata una piena riflessione sistematica sull’importanza del principio e sui contenuti della previsione dell’art. 6, 1° comma, ult. parte della C.E.D.U.

Non è pertanto un caso se, piuttosto che su problematiche interpretazioni correttive basate sulla stessa normativa emergenziale⁵³, la giurisprudenza relativa al «processo cartolare coatto» previsto dall’art. 84, 5-6° comma del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27) si sia orientata verso interpretazioni “neutralizzanti” dell’esclusione del contraddittorio orale che sostanzialmente recuperano alcuni contenuti dell’art. 6, 1° comma ult. parte della C.E.D.U. anche se in all’interno di un’«interpretazione convenzionalmente orientata⁵⁴» che punta principalmente sulle previsioni interne di cui agli artt. 24 e 111, 2° comma Cost. (comunque più “scialbe” e meno piene di contenuti in proposito della più netta previsione dell’art. 6 della C.E.D.U.); uno dei meriti (se di meriti è possibile parlare) dell’emergenza Covid-19 e delle “contorte” vicende della versione italiana del ricorso alla videoconferenza nel processo amministrativo è pertanto quello di aver fatto emergere la problematica del ruolo della previsione dell’art. 6, 1° comma ult. parte C.E.D.U. in un contesto che, in precedenza, era risultato “altamente refrattario” a tali problematiche.

Certo, all’interno di questa lettura, si intravede, “in filigrana”, anche un’ulteriore differenza tra l’ordinamento italiano e francese, costituita dal diverso sistema di controllo del rispetto della Convenzione europea dei diritti

⁵¹ Per la relativa problematica, si veda S. Tarullo, *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2008, II, tomo I, 377, § 8.

⁵² Al proposito, si rinvia a R. Chieppa, *Commento all’art. 87*, in R. Chieppa (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, 517.

⁵³ Come quella di S. Tarullo, *L’udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un’occasione perduta*, cit. § 3.

⁵⁴ Cons. Stato, sez. VI, ord. 21 aprile 2020, n. 2538 e 2539, cit.

dell'uomo⁵⁵; ma questo è altro (e sicuramente più ampio) discorso rispetto a quello di questo scritto.

In questa sede, interessa solo rilevare come, alla fine, anche il presente scritto, debba concludersi, in maniera non dissimile da precedenti scritti⁵⁶, con la rilevazione della (forte) presenza, nella comparazione tra il diritto processuale amministrativo francese e quello italiano, di aspetti riportabili, oltre che alla «comparazione che unisce... (anche alla cd.)...comparazione che divide, ovvero concepita per esaltare identità e dunque disunire⁵⁷»; per quello che riguarda la disciplina della videoconferenza e la necessità di aprirla o meno agli avvocati ed alle parti, gli ordinamenti italiano e francese continuano, infatti, a seguire logiche divergenti che sono espressione di storie differenti e che, per di più, vengono ad integrare, alla fine, due diversi modi di guardare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed in definitiva, al ruolo che assume, nella società, il giudice amministrativo.

Luigi Viola
TAR Toscana (FI)
luigi.viola@tiscali.it

⁵⁵ Sul controllo di *conventionnalité* da parte del giudice nell'ordinamento francese, si rinvia a L. Bourgogne-Larsen, *Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in C. Teitgen-Colly, *Perspectives contentieuses des réformes de la justice administrative*, Paris, 2011, 109 e ss.

⁵⁶ Si rinvia al già citato L. Viola, *Il contenzioso dei contratti pubblici in Italia e in Francia: una (prima) comparazione*.

⁵⁷ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 46, che rileva come si tratti di una «comparazione giuridica postmoderna (che) mira a richiamare l'attenzione dello studioso sui molteplici nessi tra le costruzioni tecnico-giuridiche e il contesto in cui sono maturate.....un contesto che è (certamente) storico».