

22 MARZO 2017

Origine e sviluppo del procedimento
amministrativo in Uruguay: tra cultura
italiana e modernità

di Vinicio Brigante

Dottorando di ricerca in diritto dell'economia
Università degli studi di Napoli Federico II



Origine e sviluppo del procedimento amministrativo in Uruguay: tra cultura italiana e modernità*

di Vinicio Brigante

Dottorando di ricerca in diritto dell'economia
Università degli studi di Napoli Federico II

Sommario: **1.** Evoluzione e sviluppo del diritto amministrativo in Uruguay e primi tentativi di codificazione. **2.** Disposizioni regolamentari e legislative in tema di procedimento amministrativo nella prima metà del XX secolo, durante la vigenza della Costituzione del 1934. **3.** La modernità della Costituzione del 1952 e la legislazione durante la dittatura militare. **4.** La vigente legge sul procedimento amministrativo e relativi sviluppi dottrinali. **5.** Modelli procedimentali e tentativi di classificazione. **5.1** Tre generazioni di procedimenti amministrativi e relativa applicazione dei principi. **5.1.1** I procedimenti di prima e seconda generazione. **5.1.2** I procedimenti di terza generazione: perseguimento dell'interesse pubblico mediante modelli consensuali. **5.2** Tre gruppi di principi caratterizzanti. **5.2.1.** I principi dei procedimenti di prima generazione. **5.2.2.** I principi dei procedimenti di seconda generazione. **5.2.3** I principi dei procedimenti di terza generazione: il procedimento come strumento di indirizzo delle politiche pubbliche. **5.3** Tendenza alla positivizzazione dei principi. **6.** Il precedente amministrativo quale fonte di diritto. **7.** Il procedimento amministrativo quale sede elettiva per lo sviluppo della “*buena administración*” e riflessioni conclusive.

1. Evoluzione e sviluppo del diritto amministrativo in Uruguay e primi tentativi di codificazione

Il diritto amministrativo uruguayo ha sempre oscillato tra una devozione alla dottrina italiana¹ e uno spiccato senso di modernità².

Per un verso si registrava una tensione intensa, rivolta agli istituti giuridici del diritto amministrativo italiano, come testimoniato dagli studi sulle posizioni giuridiche soggettive o dall'importanza che riveste nel diritto uruguayo la separazione tra funzione di governo e funzione amministrativa, ripresa integralmente e tradotta da un autorevole trattato di uno studioso italiano³.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Tra gli studiosi che hanno maggiormente influenzato la dottrina amministrativa in America Latina, e quella uruguayo nello specifico, è opportuno segnalare S. ROMANO, M. S. GIANNINI e S. CASSESE.

² Il carattere di modernità si lega indissolubilmente a una forte identità nazionale che ha influenzato le prospettive ordinanti del paese.

³ Si fa riferimento a V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939.

Di converso, la dottrina ha sempre mantenuto una propria identità, segnata spesso dall'avanguardia nella ricerca dell'equilibrio dell'azione amministrativa, da indagare attraverso lo sviluppo degli istituti partecipativi.

La ricerca di un punto di equilibrio, di un baricentro stabile tra questi due punti cardinali, consente di indagare gli attuali sviluppi in materia di procedimento amministrativo in Uruguay⁴, attraverso una ricognizione storico-normativa degli istituti e soprattutto attraverso l'approfondimento di categorie e di principi estranei al diritto italiano ed europeo⁵.

Lo sviluppo della scienza del diritto amministrativo in America Latina⁶ è stato equivoco, ambiguo e poco lineare.

I modelli costituzionali originari, in piena epoca coloniale, prevedevano un potere esecutivo dotato di un'autorità particolarmente ampia, che si rivelava essere terreno fertile per fenomeni di autoritarismo.

Il tramonto di tale modello di Stato assoluto e l'affermazione dello Stato di diritto quale stato di diritto amministrativo completo⁷ coincidevano con la dichiarazione dell'indipendenza⁸ stessa della *República Oriental del Uruguay* e traevano origine dalla promulgazione della Costituzione del 1830.

La Carta Costituzionale del 1830 adottava la forma di governo repubblicana⁹ e delegava l'esercizio della sovranità ai tre alti poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario; inoltre l'articolo 9 prevedeva che "ogni cittadino è membro della sovranità della Nazione¹⁰".

⁴ Per uno studio dei fondamenti costituzionali del diritto amministrativo uruguayo, Cfr. D.H. MARTINS, *Bases constitucionales de la administración pública y del derecho administrativo uruguayos*, Punta del Este, 2012; A. DURÁN MARTÍNEZ, *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*, Montevideo, 2012.

⁵ Per un approccio storico-normativo sull'evoluzione del concetto stesso di procedimento amministrativo, Cfr. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, pp. 201-203.

⁶ La ricerca si focalizza sul diritto amministrativo uruguayo, che condivide una matrice comune con il diritto amministrativo argentino.

Per una visione complessiva del diritto amministrativo attuale in America Latina, Cfr. J. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ (a cura di), *Derecho administrativo iberoamericano*, Buenos Aires, 2011; A. R. BREWER-CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo en America Latina*, Bogotá, 2003.

Per un approccio sistematico con il diritto amministrativo *rioplatense*, Cfr. F.C. BALBÍN, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 2013; J. SARMIENTO GARCÍA, *Derecho público : teoría del Estado y de la constitución, derecho constitucional, derecho administrativo*, Buenos Aires, 1998; F. ROTONDO TORNARÍA, *Manual de derecho administrativo*, Montevideo, 2015.

⁷ E. SCHIMDT-ASSMAN, *La teoría del derecho administrativo como sistema, Objecto y fundamentos de la construcción sistematica*, Madrid, 2003.

⁸ Per un'analisi completa, dal punto di vista storico-sociale, dell'indipendenza dell'Uruguay, Cfr. A. FREGA, *Historia regional e independencia del Uruguay. Proceso histórico y revisión crítica de sus relatos*, Montevideo, 2009.

⁹ Cfr. H. GROS ESPIELL, *Evolución constitucional del Uruguay*, Montevideo, 2003.

¹⁰ La sovranità popolare era considerata ragione e fonte di tutta l'organizzazione politica, già in relazione alla Costituzione del 1830, Cfr. D. PEDRO BUSTAMANTE, *El derecho de libre discusión*, in *Anales del Ateneo del Uruguay: publicación mensual*, 1882.

Una delle ragioni sottese al fecondo sviluppo del diritto pubblico in Uruguay risiede principalmente nella conservazione costante della forma repubblicana, dal 1830 al 1973, anno in cui s'insediava, con un colpo di stato, la giunta militare.

In tale arco temporale si registra un fervido interesse rivolto nei confronti del diritto e degli studi dottrinali europei e italiani, come testimoniato dalla costruzione di un sistema di doppia giurisdizione, fondato sulla distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, integralmente mutuato dalla legislazione italiana.

Tale contesto costituzionale era particolarmente fecondo per lo sviluppo di un diritto amministrativo inteso quale personificazione più emblematica del pubblico potere, la razionalizzazione della amministrazione risultava la pietra angolare per la configurazione dello Stato di diritto.

Il diritto amministrativo assumeva un ruolo decisivo nell'origine e nello sviluppo stesso dei regimi democratici, anche se si registrava, e per certi versi si registra, la mancanza di una visione continentale della materia in America Latina, che si manifesta nel progresso asimmetrico che la stessa scienza del diritto amministrativo ha assunto nelle singole nazioni¹¹.

In Uruguay, la nascita del diritto amministrativo, inteso quale autonomo campo d'indagine, risale agli studi sviluppati da Carlos María Ramírez presso la cattedra di diritto costituzionale della *Universidad de la República* nel 1861, mentre il primo insegnamento autonomo appariva nel 1887 con la cattedra del professor Carlos Maria de Pena, laddove il primo trattato organico di diritto amministrativo era pubblicato nel 1895, da Luis Varela.

Nel 1906, lo stesso Luis Varela aveva pubblicato il secondo tomo di *Estudios de derecho administrativo*, che racchiudeva un progetto di codice del contenzioso amministrativo, nelle more del quale era presente, seppur in via embrionale, una disciplina del procedimento amministrativo.

Questi studi non rispondevano a esigenze di superamento del particolarismo giuridico, come avveniva contemporaneamente in Europa¹², ma erano espressione di una corrente dottrinale incline alla ricerca della cd. razionalità giuridica.

¹¹ Sul tema, Cfr. T. HUTCHINSON, *La posibilidad de unificación del procedimiento administrativo en America Latina*, Buenos Aires, 2012.

¹² L'idea moderna di codificazione, maturata in Europa, si poneva come reazione al particolarismo giuridico, che generava la frammentazione dei testi di legge.

Tuttavia si tendeva a considerare il diritto amministrativo insuscettibile di razionalizzazione ed emergeva una pretesa indipendenza della materia nei confronti delle fonti scritte del diritto.

In questo frangente storico, l'unica opera favorevole alla razionalizzazione in un testo unico della materia è G.L. BROCCOLI, *La codificazione del diritto amministrativo. Giustificazione teorica e delimitazione concreta*, Napoli, 1933.

Secondo tale autore, il complesso delle norme che costituiva la base di qualsiasi attività della pubblica amministrazione formava un "tutto organico" perfettamente codificabile.

Sul tema, Cfr. M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* n. 2/2016.

Inoltre, questa tendenza alla razionalizzazione del diritto amministrativo tracciava una linea di demarcazione netta con i relativi sviluppi dottrinali in Italia, che considerava, quasi unanimemente, tale branca ordinamentale insuscettibile di codificazione e razionalizzazione¹³. Secondo tale corrente, la pubblica amministrazione doveva mantenere un grado minimo di autonomia dal potere legislativo al fine di preservare l'elasticità della cd. zona grigia del potere amministrativo.

Al diritto amministrativo iberoamericano non è mancata la prospettiva codificatoria, poiché il riconoscimento dell'opportunità di ricercare un ordine integrale nella branca ordinamentale pubblicistica rispondeva, oltre che a esigenze di razionalità, al desiderio di recidere qualsiasi legame con il diritto coloniale spagnolo.

Il progetto redatto da Varela si limitava a disciplinare il procedimento per l'adozione di provvedimenti, emessi d'ufficio dall'amministrazione, che comportassero una lesione illegittima di un interesse, attraverso l'adozione della legislazione italiana dell'epoca, in relazione alla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo.

L'autore rilevava che la dottrina uruguayana dell'epoca negava la possibilità di assoggettare l'azione amministrativa a un procedimento regolare prestabilito, mentre per Varela non solo ciò era possibile, ma era soprattutto necessario.

“Se ammettessimo che gli atti dell'amministrazione siano arbitrari o di pura grazia, potremmo e dovremmo ammettere per ragioni di logica che sia arbitrario il modo di procedere della stessa pubblica amministrazione¹⁴”.

Tuttavia, già in relazione al diritto dell'inizio del 1900, Varela riteneva che la pubblica amministrazione dovesse procedere al compimento del proprio dovere, disciplinato in maniera rigorosa in alcuni casi e in maniera più o meno ampia in altri, ma sempre nel limite della cd. formula *romagnosiana*¹⁵, applicabile a tutti gli atti amministrativi.

¹³ “L'indole dei rapporti di diritto pubblico non si presta, non che a una codificazione, spesso nemmeno a una dichiarazione legislativa.”

V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Diritto Pubblico Generale. Scritti vari coordinati in sistema*, Milano, 1940.

¹⁴ L. VARELA, *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo, 1906.

¹⁵ Secondo tale formula è opportuno far prevalere la cosa pubblica con il minimo sacrificio degli interessi privati, Cfr. S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906; la formula ideata da G.D. ROMAGNOSI è ripresa da F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, secondo cui l'equità è ammissibile per regolare l'esercizio delle facoltà discrezionali dell'amministrazione.

La formula dell'equità è la traduzione in termini moderni di una delle basi direttrici alle quali doveva attenersi la pubblica amministrazione in mancanza di norme legislative, ossia la ragione pubblica naturale, equivalente a ciò che la “naturale equità” rappresenta per il diritto civile.

Secondo G.D. ROMAGNOSI la ragione naturale amministrativa si realizza “ottenendo la maggiore prosperità e sicurezza pubblica interna ed esterna, salvo l'inviolato esercizio della privata proprietà e libertà”.

L'accostamento all'equità è operato da ROMAGNOSI per indicare il procedimento di identificazione di principi generali non scritti.

Tale formula, teorizzata dallo studioso italiano Gian Domenico Romagnosi, prevedeva che l'amministrazione dovesse perseguire il bene comune, pregiudicando il meno possibile gli interessi dei singoli; si trattava di una formula applicabile a qualsiasi atto adottato dall'amministrazione.

Anche secondo altri autori, tra i quali Posadas, l'esigenza di disciplinare il procedimento si manifestava quale conseguenza diretta dello stesso Stato di diritto¹⁶; si trattava di uniformare l'azione autoritativa dello Stato agli atti che ne derivavano, attraverso l'imposizione di esigenze formali.

Secondo Posadas, in base a un dettagliato studio dei ricorsi proposti contro i provvedimenti amministrativi dell'epoca, era avvertita dai cittadini la necessità di disciplinare il procedimento in maniera organica, quantomeno attraverso determinati principi di diritto, la cui osservanza si traduceva in una tutela diretta degli individui.

Il progetto di legge sviluppato da Varela si limitava alla disciplina del cd. procedimento amministrativo comune e regolava in maniera analitica tutti gli aspetti tra cui l'istruttoria, la decisione sul ricorso e i relativi effetti, nonché la revoca dell'atto da parte dell'amministrazione, il ricorso gerarchico e l'annullamento dell'atto.

Il disegno di legge in esame si proponeva l'obiettivo di suddividere il procedimento in diverse fasi ed ogni singola disposizione era commentata e comparata con la legislazione italiana, francese e spagnola dell'epoca e con la dottrina maggiormente recepita.

L'autore non pretendeva di presentare una disciplina valida per tutti i tipi di procedimenti amministrativi ma era intenzionato ad analizzare alcuni aspetti fondamentali della materia.

Varela rilevava che “è impossibile immaginare una disciplina dettagliata e generale in materia di procedimento amministrativo, ragion per cui non esiste ancora alcuna legge che ha realizzato tale obiettivo. L'analisi operata prescinde dalle disposizioni meramente interne e organizzative dell'attività della pubblica amministrazione e si limita a indicazioni sulla procedura e sulle forme con le quali l'amministrazione si relaziona con i cittadini, nell'esercizio della sua funzione autoritativa¹⁷.”

Come il giudice, in assenza di leggi positive, deve rifarsi all'equità, così l'amministrazione deve ricorrere alla ragion pubblica naturale.

In tal senso, Cfr. F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, pp. 359-371.

¹⁶ Cfr. J. BARNES VAZQUEZ, *El procedimiento administrativo en el tiempo y en el espacio: una perspectiva histórica y comparada*, in *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 2012; il primo tentativo di codificazione del procedimento amministrativo risale alla legge spagnola del 19 ottobre 1889, nota anche come Legge *Azcarate*.

Tale legge prevedeva come minimo comune denominatore una razionalizzazione del procedimento da operare attraverso i principi di celerità ed efficacia dell'azione amministrativa.

La dottrina la definiva legge di snellimento, finalizzata a disciplinare e razionalizzare l'azione della pubblica amministrazione, più che per tutelare i diritti dei cittadini.

Il procedimento costituiva “un canale concreto e obbligato de seguire in qualsiasi caso”.

¹⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, *Procedimiento administrativo: concepto, regulación y tipos*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 10/2014.

Tale progetto costituiva un vero e proprio trattato sul procedimento amministrativo¹⁸ ed era preceduto da uno studio teorico sul contenzioso amministrativo, pubblicato come tomo autonomo nel 1901, con il titolo di “*Doctrina General*”¹⁹.

Ulteriori aspetti di rilievo affrontati nella bozza di legge redatta da Varela riguardavano lo studio della differenza concettuale tra abuso ed eccesso di potere, tra incompetenza e vizi formali e tra legittimità e merito degli atti amministrativi.

L'intero progetto appariva estremamente chiaro e preciso nella esposizione dei concetti ed avanzato in tema di ricerca di equilibrio tra l'azione dell'amministrazione e la tutela dei cittadini.

Inoltre, era un progetto evoluto e progredito da un punto di vista giuridico, soprattutto in relazione all'anno di pubblicazione, come si può rilevare da taluni indici sintomatici.

In tal senso, appariva esemplificativo l'articolo 353, che legittimava la revoca unilaterale del provvedimento, *sine die*, per ragioni di convenienza, operata dalla stessa amministrazione, nel caso in cui, dal provvedimento di primo grado non fossero originati diritti fondamentali; nel caso contrario la revoca conferiva al privato leso dalla stessa il diritto di chiedere un giusto indennizzo per i pregiudizi subiti *medio tempore*²⁰.

Il progetto di codice elaborato da Varela era sottoposto a un'analisi da parte di una apposita Commissione che, dopo aver modificato e revisionato alcuni aspetti, seppur marginali, lo aveva presentato al potere esecutivo, congiuntamente a una esposizione dei motivi che rendevano necessaria l'approvazione del testo, elaborata da Carlos Maria de Pena.

Il progetto predisposto da Luis Varela era così sottoposto allo studio e all'analisi del potere esecutivo nel 1910, che lo respingeva in toto, impedendo l'entrata in vigore della prima legge sul procedimento, esito che risultava del tutto coerente con le derive del diritto pubblico dell'epoca. Infatti, era inimmaginabile per il diritto amministrativo dell'inizio del 1900, dallo spiccato carattere autoritativo, poter accettare un mutamento così radicale, così evoluto in tema di tutela del cittadino.

Il substrato giuridico, ma ancora prima culturale, non era predisposto e preparato ad accogliere un testo legislativo che avrebbe messo in crisi il sistema gerarchico e di conseguenza i privilegi stessi dell'amministrazione.

¹⁸ Cfr. D.H. MARTINS, *Historia de la regulacion del procedimiento administrativo en el Uruguay*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 10/2014.

¹⁹ In tale trattato era affrontata la portata della separazione dei poteri, i distinti sistemi di contenzioso amministrativo e si operava una distinzione tra gli atti amministrativi emessi nell'esercizio del potere discrezionale e quelli emessi nell'esercizio del potere vincolato (*potestad reglada*), Cfr. D.H. MARTINS, *op. cit.*, p. 35.

²⁰ Cfr. G. OHANIAN HAGOPIAN, *Revocación de oficio de un acto administrativo creador de derechos*, in *Estudios jurídicos* n. 11/2013.

La concezione di un'amministrazione gerarchicamente sovraordinata non era compatibile con un testo legislativo che proponeva profili di ponderazione tra il pubblico interesse e l'interesse dei singoli cittadini.

Nonostante il naufragio di un'opera così illuminata da un punto di vista giuridico, era avvertita la necessità di disciplinare in maniera organica e puntuale le diverse fasi del procedimento amministrativo, per ottemperare all'esigenza di certezza del diritto che era divenuta presupposto stesso dell'azione amministrativa.

2. Disposizioni regolamentari e legislative in tema di procedimento amministrativo nella prima metà del XX secolo, durante la vigenza della Costituzione del 1934

In seguito al tramonto del progetto redatto da Varela, durante la vigenza della Costituzione del 1830²¹ il potere legislativo e il potere esecutivo avevano promulgato diverse disposizioni in relazione all'attività della pubblica amministrazione, ma si trattava di norme settoriali, in quanto mancava una visione più ampia del tema, anche da un punto di vista scientifico.

In questo frangente storico non si registrava la presenza di alcun progetto di legge o studio specifico sull'attività amministrativa, ma appare opportuno operare una rassegna essenziale dei testi normativi più rilevanti, per conferire continuità storico-normativa alla trattazione.

Tra le norme promulgate, assumeva rilievo nodale la legge 28 marzo 1912, n. 3958 e relativo decreto attuativo che disciplinavano il procedimento di espropriazione dei beni immobili da parte della pubblica amministrazione²².

Nel 1934 era promulgata una nuova Costituzione, che non operava alcun richiamo espresso all'attività procedimentale dell'amministrazione, ma introduceva interessanti spunti in tema di giurisdizione amministrativa e di modalità risarcitorie conseguenti all'esercizio illegittimo del potere²³.

L'articolo 263 della Costituzione del 1934 adottava, per la prima volta, la garanzia della riserva di legge per i ricorsi dei cittadini avverso le risoluzioni dei Governi Dipartimentali, in relazione alle istanze risarcitorie per lesione di posizioni giuridiche soggettive.

In attuazione di detta disposizione, nella legge organica municipale 28 ottobre 1935, n. 9515, era prevista una sezione che disciplinava le modalità di impugnazione dei decreti, risoluzioni e regolamenti

²¹ Cfr. M. BAUDEAN, *Autonomía administrativa y control democrático en la construcción del Estado uruguayo (1919-1933)*, in *Cuadernos del CLAEH*, n. 100/2002.

²² Sul tema, Cfr. R. FLORES DAPKEVICIUS, *Algunas consideraciones sobre el procedimiento expropiatorio en Uruguay*, in *Revista CADE : doctrina y jurisprudencia* n.33/2015; R. FIGUEREDO SIMONETTI, *Expropiación en beneficio de zonas francas : cuestionamientos sobre su constitucionalidad*, in *Estudios jurídicos* n. 11/2013.

²³ Cfr. J. SALGADO, *La Constitución uruguayo de 1934*, Montevideo, 1936.

adottati dagli organi municipali, e, un titolo di tale sezione che disciplinava le modalità di impugnazione dinanzi al Sindaco o alla Giunta Dipartimentale.

L'impugnazione era realizzata con il solo fine risarcitorio, in quanto si disponeva che “se gli individui, gli enti privati o gli impiegati municipali ritengono di aver subito una lesione dei propri diritti, a causa di un decreto o risoluzione del Sindaco o delle Giunte Locali Autonome, possono presentare ricorso con lo scopo di ottenere il risarcimento civile”.

Le novità più rilevanti di tale periodo storico, che decorre dal 1918 al 1952, non erano precettive ma erano di carattere programmatico.

La Costituzione del 1934 regolava, nella sezione XIII, la giurisdizione della Corte dei Conti e nella sezione XVII la giurisdizione del Tribunale del Contenzioso Amministrativo.

Quest'ultimo era dotato di giurisdizione, “in relazione alle istanze avverso le determinazioni illegali dell'Amministrazione, adottate nell'esercizio delle sue funzioni. Nella giurisdizione del Tribunale sono compresi gli atti delle autorità municipali e degli enti autonomi”.

In base all'art. 274 della Costituzione le determinazioni illegittime erano quelle *contra legem*, lesive sia della forma che della sostanza, e quelle che non perseguivano le finalità proprie del pubblico interesse, configurando abuso o deviazione di potere.

Il Tribunale si limitava ad apprezzare l'atto in sé, poteva confermarlo o revocarlo, senza modificarlo, perché era un giudizio interamente chino sul provvedimento unilaterale adottato e non si estendeva al rapporto tra il privato e l'amministrazione.

Come rilevato da autorevole dottrina²⁴, fino al 1952, in Uruguay mancava una disciplina, e più in generale una visione, complessiva e unitaria del procedimento amministrativo, nonostante fossero vigenti molteplici disposizioni legislative e regolamentari, che tuttavia erano limitate e specifiche per determinate materie.

3. La modernità della Costituzione del 1952 e la legislazione durante la dittatura militare

Il diritto positivo uruguayo contemplava una disciplina dettagliata del contenzioso amministrativo nel testo costituzionale emanato nel 1952, caratteristica che lo rendeva un *unicum* dal panorama continentale dell'epoca.

²⁴ E. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1959; nonostante siano trascorsi più di 50 anni dalla pubblicazione di questo trattato, lo stesso risulta attuale, come si rileva dai repertori giurisprudenziali che riprendono, ancora oggi, le opinioni dell'autore.

Come evidenzia D.H. MARTINS, *Actualidad y permanencia del "Tratado de Derecho Administrativo" de Enrique Sayagués Laso*, in *Revista de la Facultad de Derecho* n. 30/2011, il segreto dell'attualità dell'opera risiede nello studio operato dall'autore, caratterizzato da un'analisi approfondita della dottrina e della giurisprudenza europea dell'epoca (italiana, francese e tedesca).

I principi di diritto contenuti nel testo costituzionale e il sistema di riparto di giurisdizione erano emblematici di una redazione della Costituzione stessa in una chiave moderna, quasi attuale per alcuni aspetti.

L'art. 317 della Costituzione del 1952 prevedeva un sistema unico di ricorsi amministrativi rispetto agli atti adottati da qualsiasi organo dello Stato, Ente Autonomo o Governo Dipartimentale²⁵.

La Costituzione consacrava un sistema di contenzioso amministrativo a “doppia giurisdizione” perché l'esercizio della funzione giurisdizionale spettava al potere giudiziario, salvo diversa disposizione costituzionale espressa²⁶.

In materia di procedimento amministrativo, il 12 maggio 1964, il Consiglio Nazionale di Governo emanava un decreto che consolidava per la prima volta una serie di garanzie a tutela dei cittadini ed erano la miglior espressione, a livello precettivo, della modernità della legislazione uruguayana²⁷.

L'art. 13 di tale decreto prevedeva l'obbligo di contraddittorio per i provvedimenti afflittivi della sfera giuridica del privato, si prevedeva l'obbligo di notificazione agli interessati e l'obbligo di pubblicazione sul *Diario Oficial* che costituiva l'inizio del decorso del termine per l'impugnazione dell'atto.

L'art. 6 regolava l'intervento dei controinteressati e il relativo regime di notificazioni, mentre l'art. 7 prevedeva un termine perentorio di novanta giorni per portare a termine la fase istruttoria.

L'art. 8 assumeva particolare rilievo, in quanto consacrava il principio del giusto procedimento, attraverso il corollario di un istituto che si avvicinava all'attuale diritto di accesso.

Le disposizioni contenute nel decreto del 1964 in esame presentavano aspetti di assoluto rilievo e moderni dal punto di vista giuridico, anche in relazione al contemporaneo sviluppo della legislazione in Europa in materia di procedimento amministrativo.

Le disposizioni contenute nel decreto del 1964 costituivano la fonte originaria, quasi un testo unico, delle garanzie procedurali, e sono attualmente riprodotte attraverso tre ulteriori testi di legge, tra cui il vigente decreto del 1991.

Successivamente, il decreto 23 novembre 1966, n. 575, raccoglieva e sistematizzava le norme costituzionali, legali e regolamentari vigenti all'epoca, in materia di procedimento amministrativo²⁸.

²⁵ Cfr. D.H. MARTINS, *La Constitución de 1952 consagró la obligación de toda autoridad de decidir sobre las peticiones y los recursos administrativos y el Decreto de 12 de mayo de 1964 lo reglamentó :se cumplen cincuenta años de la consolidación de nuestro procedimiento administrativo*, in *La justicia uruguayana* n. 149/2014.

²⁶ Cfr. J.P. CAJARVILLE PELUFFO, *Breve presentación de la jurisdicción contencioso administrativa uruguayana*, Montevideo, 2008; una di queste eccezioni era contemplata allorché si attribuisse giurisdizione per l'annullamento di un atto illegittimo a un organo di creazione costituzionale.

²⁷ Lo sviluppo del dibattito in tema di diritto pubblico nei paesi dell'America Latina non ha risentito degli effetti che le due guerre mondiali hanno causato sulla rispettiva situazione in Europa.

²⁸ A. DURÁN MARTÍNEZ, *op.ult.cit.*; il decreto in questione era elaborato nell'ambito dei lavori del Ministero per la istruzione pubblica, coordinato dal professor E. Pivel Devoto.

Tale decreto era sviluppato attraverso 316 articoli, suddivisi in tre libri; il primo libro regolava il procedimento avviato d'ufficio e su istanza del privato, il secondo si riferiva ad alcuni procedimenti speciali, tra cui il procedimento disciplinare e il procedimento espropriativo, mentre il terzo libro era riservato all'abrogazione sistematica delle norme precedenti. La tecnica redazionale adottata riprendeva una tendenza alla razionalizzazione del diritto attraverso la adozione di codici, sviluppatasi in seno all'esperienza giuridica europea nella seconda metà del 1700²⁹, con l'obiettivo di ideare un sistema giuridico unitario, con una fonte unica e intellegibile.

L'importanza rivestita da tale decreto, qualificabile in termini di codificazione³⁰, consisteva nell'aver regolato tutti i procedimenti amministrativi suscettibili di maggior applicazione. Si individuava una prospettiva codificatoria, un'esigenza di armonizzare gli istituti vigenti, attraverso un processo di attualizzazione degli stessi, che era estranea ai sistemi giuridici europei.

Il decreto del 1966 rappresentava un vero e proprio testo unico, che ricompilava in forma sistematica le disposizioni vigenti, un vero e proprio codice del procedimento amministrativo³¹, il primo emanato in America Latina³².

Nel solco tracciato dal decreto del 1966, il decreto 8 agosto 1973, n. 640 perfezionava il sistema di garanzie procedimentali, attraverso l'opera di una commissione appositamente nominata.

Le novità più rilevanti riguardavano l'introduzione, in via legislativa, dei principi di economia, celerità ed efficacia dell'azione amministrativa ed inoltre si riconosceva, in via generale, l'accessibilità totale agli atti dell'amministrazione, senza operare alcuna distinzione tra provvedimento finale e risultanza istruttoria.

Inoltre, *ex art.* 65 del decreto 640 del 1966, era previsto l'obbligo di conclusione del procedimento attraverso un provvedimento espresso, anche nell'ipotesi in cui fossero scaduti i termini per l'emanazione dello stesso.

²⁹ Cfr. P. CARONI, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, Milano, 1998; le prime manifestazioni di tale tecnica redazionale sono da rintracciare nel Codice civile generale austriaco del 1811 e nel *Code Civil* francese del 1804.

³⁰ “La codificazione è prodotto e mezzo dell'assolutismo giuridico, primo anello della mistica legislativa.”

P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002.

³¹ Per uno studio contestuale della legislazione argentina in tema di procedimento amministrativo, con riferimento al periodo dal 1960 al 1970, Cfr. A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo: El acto administrativo*, Buenos Aires, 1966.

³² Merita autonoma segnalazione la *Ley General de la Administración Pública* della Costa Rica, legge 2 maggio 1978, n. 6227.

L'intero libro II, intitolato “*Del procedimiento administrativo*”, si proponeva l'obiettivo di evitare la dispersione delle norme in materia, al fine di introdurre un grado di certezza, omogeneità e uniformità, nel “panorama legislativo asimmetrico di formalità e procedimenti” che imperava all'epoca.

Cfr. E.J. LOBO, *Tratado de derecho administrativo*, San José, 2009; E.R. FRANCO, *Derecho administrativo de Costa Rica*, s.l., 2006.

Il decreto 640 del 1966 modificava le disposizioni in tema di procedimento amministrativo comune e disciplinare, mentre i procedimenti in materia di espropriazione e di valutazione delle offerte per l'affidamento di lavori erano disciplinati ancora dal decreto 575/1966.

Tuttavia è opportuno precisare che il decreto del 1973 era espressione di una volontà solo del Governo, il quale, nel giugno dello stesso anno, aveva sciolto il Parlamento e limitato la libertà di espressione, dando inizio alla dittatura militare³³.

In tale contesto storico e politico, il 6 luglio 1977 era emanato l'atto istituzionale n. 8 che modificava la Sezione XV e XVII della Costituzione, in tema di contenzioso amministrativo e giustizia amministrativa, di chiara matrice militare in quanto attentava all'indipendenza stessa del potere giurisdizionale³⁴.

Tale atto sopprimeva la giurisdizione del Tribunale del contenzioso amministrativo (TCA) in relazione agli atti discrezionali o adottati per ragioni di pubblica sicurezza dal potere governativo, *id est* dalla giunta militare.

L'atto istituzionale del 1977 era così aberrante da un punto di vista giuridico, da essere abrogato dalla stessa dittatura militare, mediante il decreto costituzionale numero 12 del 1979.

Il 9 gennaio 1984 era promulgata la legge numero 15524, la cd. Legge organica del Tribunale del contenzioso amministrativo, che includeva un capitolo in tema di procedimento amministrativo, che ristabiliva le garanzie e le procedure introdotte prima dell'insediamento della giunta militare ed indirizzava il paese al ripristino totale del regime democratico, avvenuto nel 1985.

4. La vigente legge sul procedimento amministrativo e relativi sviluppi dottrinali

La vigente Costituzione, promulgata nel 1967 e resa inefficace dalla dittatura militare fino al 1985³⁵, non contiene alcun richiamo espresso ai principi dell'attività amministrativa, ma realizza un richiamo espresso al concetto di *buena administración* nella sezione dedicata al contenzioso amministrativo.

³³ Nel 1973 fu rovesciato il regime liberale, colpito dalla crisi economica e dalla guerriglia urbana scatenata dai *tupamaros*, un movimento di ispirazione socialista.

Cfr. A. RICO, *Uruguay: cuentas pendientes: dictadura, memorias y desmemorias*, Montevideo, 1995.

³⁴ D.H. MARTINS, *Historia de la regulacion del procedimiento administrativo en el Uruguay*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 10/2014; durante la vigenza di tale decreto, il potere governativo poteva sollevare dalle proprie funzioni un giudice in qualsiasi momento, senza necessità di allegare una causa espressa.

³⁵ La Costituzione vigente, promulgata nell'agosto del 1966, era entrata in vigore nel febbraio del 1967.

I suoi effetti erano stati sospesi durante il periodo della dittatura militare, dal 1973 al 1985, durante il quale il paese era governato dai cd. *Actos Institucionales* o *Decretos Constitucionales*, emanati dal Governo *de facto*, in virtù dei poteri conferiti dall'istituzionalizzazione del "processo rivoluzionario".

Questi atti avevano, seppur temporaneamente, modificato l'ordine istituzionale.

Con tali atti si modificava la cd. parte organica della Costituzione, attraverso la creazione del Consiglio della Nazione, organo supremo composto da militari e civili, incaricato della nomina dei Magistrati della Corte Suprema e del Tribunale del Contenzioso Amministrativo.

L'aggiornamento e la sistematizzazione dei principi consacrati nel decreto del 1973 avviene con il vigente decreto 27 settembre 1991, n. 500 e successive modificazioni.

Tale disposizione rappresenta un'importante evoluzione nel solco tracciato dalle disposizioni del 1973, in tema di garanzie per il privato e per lo sviluppo del principio di buona amministrazione.

La disposizione è quasi coeva della legge italiana 7 agosto 1990, n. 241³⁶, che si poneva in controtendenza con lo spirito profondamente antisistemico affermatosi nella dottrina amministrativa italiana nella seconda metà del 1900.

Tuttavia i due testi sono profondamente diversi, sia nella struttura, sia negli obiettivi perseguiti. La legge italiana si poneva il preciso intento di offrire una base di diritto positivo alle tendenze pretorie, già protese verso un aumento delle garanzie dei singoli, mediante la promulgazione di un vero e proprio statuto dei rapporti tra cittadini e amministrazione³⁷.

Il decreto 500 del 1991 è informato da uno spirito e una *ratio* legislativa diversa, anche se riprende la divisione in fasi del procedimento ed alcuni principi generali contenuti nella legge italiana; tuttavia, rispetto a quest'ultima, è costituito da 239 articoli ed è, nel complesso, molto più articolata e dettagliata. Dopo una prima parte dedicata ai principi generali, il testo uruguayo contiene norme sulle modalità di impugnazione degli atti o di modalità di risoluzione dei conflitti che mancano nella legge italiana del 1990.

Il considerando numero 1, del decreto 500 del 1991, riconosce l'apporto di dottrina e giurisprudenza del TCA, che "hanno avuto il merito di porre particolare enfasi sui principi generali, in conformità dei quali l'amministrazione deve perseguire il pubblico interesse, nel rispetto pieno della legge e per tutelare al meglio i diritti e gli interessi legittimi dei cittadini".

L'articolo 2³⁸ del decreto 500 del 1991 enuncia i principi generali che devono orientare l'azione della pubblica amministrazione e che fungono altresì da criterio risolutivo per risolvere le questioni interpretative.

Inoltre era istituito il Consiglio di Stato incaricato della funzione legislativa in sostituzione del Parlamento.

Infine, con gli Atti Costituzionali n. 8 del 1977 e n. 12 del 1981, la giustizia ordinaria e la giustizia amministrativa confluivano direttamente nel potere esecutivo.

Cfr. A. BUCCI, *Comparazione e rapporti tra Comunità Europea e Mercosur*, s.l., 2005.

³⁶ "La dottrina italiana ha trasformato la legge 241 del 1990 in un mito e non ha esercitato su di essa un sufficiente magistero critico."

G. PASTORI, *Considerazioni conclusive*, in G. ARENA – C. MARZUOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, 2001.

³⁷ A parere di R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, la legge 241 del 1990 non è riuscita neppure a soddisfare una basilare esigenza di certezza della disciplina vigente.

³⁸ L'articolo 2 enuncia "La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho y debe actuar de acuerdo a los siguientes principios generales: a) imparcialidad; b) legalidad objetiva; c) impulso de oficio; d) verdad material; e) economía, celeridad y eficacia; f) informalismo en favor del administrado; g) flexibilidad, materialidad y ausencia

Il testo riprende la formula adottata dall'art. 103 della Costituzione spagnola³⁹ del 1978, da un punto di vista sistematico, che deve essere integrato con la disposizione contenuta nell'art. 5 del decreto, che estende ai soggetti coinvolti in un procedimento amministrativo le stesse garanzie previste per il giusto processo, con un riferimento specifico, e non casuale, alla ragionevole durata del procedimento amministrativo.

Altro principio cardine è quello previsto dall'art. 7, che impone alla pubblica amministrazione e ai privati il rispetto dei principi di lealtà e buona fede reciproca.

Il procedimento amministrativo, così come prevede la disciplina del 1991, deve ispirarsi ai principi di celerità⁴⁰ e semplicità, al fine di evitare formalismi o incertezza nello sviluppo stesso dell'attività amministrativa.

Una novità di particolare rilievo è prevista dall'art. 14, che inaugura l'applicazione dell'informatica a supporto dell'azione amministrativa⁴¹, nella declinazione della costante cooperazione tra pubbliche amministrazioni; è previsto che l'intercambio di informazioni tra tutte le unità della pubblica amministrazione sia di interesse pubblico e debba avvenire tramite l'accesso diretto ed elettronico alle banche dati⁴².

Il decreto del 1991 disciplina espressamente il *libre flujo de información* tra le pubbliche amministrazioni, che corrisponde a quello che nel diritto italiano è un corollario del più ampio principio di leale collaborazione tra soggetti pubblici.

Infine, è da segnalare il principio di *informalismo a favor del administrado*, previsto dall'art. 9, che esenta il cittadino dal rispetto del regime delle forme, se ciò non si traduca in una violazione degli aspetti sostanziali del procedimento.

de ritualismos; h) delegacion material; i) debido procedimiento; j) contradiccion; k) buena fe, lealtad y presuncion de verdad, salvo prueba en contrario; l) motivacion de la decision; m) gratuidad”.

³⁹ L'articolo 103 della Costituzione spagnola recita: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.*”

⁴⁰ Cfr. S. BARÓN KNOLL, *El principio de celeridad y el tiempo razonable : como derecho del administrativo*, in *Estudios de derecho administrativo* n. 11/2015; A. DURÁN MARTÍNEZ, *Derecho a trato imparcial y equitativo y en plazo razonable en el procedimiento administrativo*, in *Estudios de derecho administrativo* n. 11/2015.

⁴¹ Cfr. F. ROTONDO TORNARÍA, *Las nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo :con especial referencia al régimen uruguayo*, in *Estudios de derecho administrativo* n. 11/2015; M.J. VIEGA, *Procedimiento administrativo electrónico : decreto No. 276/013*, in *Revista CADE : doctrina y jurisprudencia* n. 30/2015.

⁴² Cfr. D.H. MARTINS, *op.ult.cit.*; l'art. 14 del decreto 500/1991 è integrato dal decreto 10 marzo 1998, n. 65, che consacra l'informatizzazione dell'azione amministrativa e rende il procedimento amministrativo elettronico obbligatorio per lo Stato e gli Enti Autonomi e facoltativo per i Governi Dipartimentali.

Il decreto del 1991, a differenza di altre esperienze legislative continentali⁴³, che disciplinano espressamente il procedimento amministrativo, definisce il concetto stesso di procedimento come “l’insieme di procedure e formalità che l’amministrazione deve seguire nell’esercizio dei suoi poteri, per adottare o rendere esecutivo un atto amministrativo”.

Nonostante la presenza di una precisazione legislativa, la dottrina ha proposto numerose e successive definizioni, che forniscono un quadro dello sviluppo del dibattito dottrinale in materia.

Un’accreditata corrente dottrinale uruguayana definisce il procedimento come la funzione stessa dell’atto amministrativo, ossia una sequenza di atti e misure tecniche, compiuti da un’entità statale o territoriale, strumentali all’adozione di una decisione finale, con natura esclusivamente amministrativa⁴⁴.

Tuttavia, la dottrina uruguayana non è rimasta immune dall’influenza della dottrina dei paesi confinanti, soprattutto in relazione alle posizioni degli studiosi brasiliani e argentini.

Con riferimento alla dottrina brasiliana è opportuno riportare la definizione di un celebre studioso⁴⁵, secondo cui il procedimento è “una successione itinerante e concatenata di atti amministrativi che tendono tutti a un unico risultato finale; ogni atto realizza una funzione specifica, ma sono tutti rivolti nella stessa direzione”.

La dottrina argentina, che ha notevolmente influenzato il diritto uruguayano, nelle parole di uno dei suoi massimi esponenti⁴⁶, definisce il procedimento come l’unica strada, l’unico cammino che la pubblica amministrazione deve seguire per raggiungere il fine prefissato, ossia l’emanazione dell’atto.

Le definizioni riportate, valide per molti anni, risultano superate per il modo stesso di intendere l’azione amministrativa, che deve essere ripensato, anche in considerazione dell’enorme spazio applicativo guadagnato dal cd. perseguimento consensuale o negoziato dell’interesse pubblico.

Si è rilevato⁴⁷ che la vecchia idea del procedimento quale sequenza formalizzata e scritta, destinata all’adozione di un atto, non è più attuale.

A tal proposito, è rivalutata una definizione, cronologicamente antecedente a quelle citate, ma capace di definire in maniera completa ed esaustiva, sia i procedimenti tradizionali sia i cd. procedimenti di ultima generazione (che saranno analizzati nel seguito della trattazione), che si sofferma sullo sviluppo

⁴³ Con riferimento alla legge colombiana sul procedimento amministrativo, Cfr. D.H. MARTINS, *La jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo Código de Procedimientos Administrativos de Colombia*, in *Estudios de derecho administrativo* n. 5/2012.

⁴⁴ J.P. CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre Procedimiento Administrativo*, Montevideo, 2012.

⁴⁵ Cfr. C.A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de derecho administrativo*, São Paulo, 2013.

⁴⁶ T. HUTCHINSON, *Regimen de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 2012; “*el procedimiento administrativo consiste en la serie de actuaciones que ha de llevar a cabo la Administración pública, en el conjunto de formalidades y tramites que esta tiene que observar para emitir su decretos, disposiciones o resoluciones. El procedimiento es la vía, el camino que ha de seguir la Administración para llegar a un fin: el acto administrativo*”.

⁴⁷ Cfr. J. BARNES VAZQUEZ, *El procedimiento administrativo en el tiempo y en el espacio: una perspectiva histórica y ampliada*, Buenos Aires, 2012.

dell'attività amministrativa e su una visione della stessa intesa in senso più ampio e non focalizzato solo sull'atto finale: "il procedimento amministrativo costituisce la forma e il canale formale della funzione amministrativa; tutta l'attività di tipo amministrativo si manifesta attraverso il procedimento e a tal fine esiste una coincidenza tra il concetto di funzione amministrativa e il procedimento stesso"⁴⁸.

Tale definizione fornisce una visione più estesa della nozione di perseguimento dell'interesse pubblico, perché pone enfasi sull'attività e sulla funzione amministrativa, che contengono in sé l'adozione dell'atto finale, ma non si esauriscono in ciò⁴⁹.

Infine, è opportuno sottolineare che la legislazione uruguayana di aggiornamento e modifica della legge sul procedimento amministrativo è rimasta estranea alla tecnica redazionale, definita codificazione a diritto costante, adottata recentemente anche nella legislazione italiana.

Tale tecnica legislativa produce micro-sistemi legislativi di tipo principalmente tematico (codice dell'ambiente, codice dei beni culturali), che si collocano agli antipodi dell'idea sottesa alla codificazione classica. In Italia è stata adottata come filosofia di fondo nella legge 124 del 2015 (cd. Riforma Madia), che prevede la revisione, la correzione e il miglioramento della disciplina esistente, senza una pretesa idea riformistica di tipo classico.

La struttura portante del decreto 500 del 1991, che prevede una disciplina di dettaglio particolarmente ampia, specifica e precettiva, mal si concilia con una tecnica legislativa siffatta, sagomata sui testi di legge di tipo programmatico.

Sottoporre un testo così esteso come il decreto 500 del 1991 a una modifica attraverso la tecnica della codificazione a diritto costante significherebbe scomporre il testo stesso in numerosi sottosistemi, organici, ma che farebbero smarrire al testo stesso l'unità di cui è portatore.

Il decreto 27 settembre 1991, n. 500 contiene, tra gli altri, la disciplina completa e dettagliata del procedimento disciplinare, cui è dedicato l'intero libro II. Se tale decreto fosse modificato con la tecnica suesposta, sarebbe opportuno incorporare tale disciplina dal corpo della legge per renderla una normativa autonoma, contribuendo al particolarismo giuridico che mina il principio di certezza giuridica, perseguito dal diritto amministrativo uruguayano.

5. Modelli procedimentali e tentativi di classificazione

Negli anni sono state proposte diverse classificazioni dei procedimenti amministrativi, sviluppate attraverso la valorizzazione di indici sintomatici comuni o attraverso costruzioni sistematiche dottrinali.

⁴⁸ E. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*

⁴⁹ La legge italiana 2248 del 1865 individuava come punto di partenza l'atto amministrativo e non i diritti dei privati.

Sulle conseguenze delle scelte della legislazione del 1865, Cfr. L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, 2001.

Dal punto di vista del supporto fisico impiegato, il procedimento può essere tradizionale o cartaceo *ex* art. 34 e ss. del decreto 500 del 1991, sviluppato attraverso formulari *ex* art. 39 e ss. del decreto 500/1991 o elettronico.

Ulteriore classificazione, operata in via legislativa dall'art. 1 del decreto del 1991, è quella che distingue i procedimenti comuni da quelli speciali, ossia quei procedimenti che sono oggetto di una disciplina specifica legata alla natura dell'interesse perseguito o che sono tali in ragione della specialità della materia, *ex* art. 232 del decreto in esame.

In Spagna, è proposta una distinzione simile, utilizzando gli stessi termini ma non nella stessa accezione; il procedimento amministrativo comune è un procedimento flessibile, mentre i procedimenti speciali sono definiti formalizzati o rigidi⁵⁰.

Ulteriore distinzione è quella operata tra i procedimenti esterni, che esplicano effetti nei confronti dei cittadini e i procedimenti interni, carenti di tale caratteristica, chiamati anche procedimenti di semplice gestione interna.

Da un altro punto di vista, autorevole dottrina⁵¹ distingue i procedimenti in dichiarativi ed esecutivi.

I primi hanno per oggetto l'adozione di una decisione finale e si distinguono a loro volta in disciplinari, di revisione e di controllo.

I procedimenti esecutivi sono invece quelli che realizzano o rendono esecutivo un atto amministrativo concreto, adottato da un'altra amministrazione.

Tuttavia, la classificazione più interessante, che richiede un autonomo approfondimento, è quella che realizza una distinzione tra i procedimenti amministrativi di prima, di seconda e di terza generazione, di matrice spagnola⁵², ma mutuata integralmente dalla dottrina uruguayana⁵³.

5.1 Tre generazioni di procedimenti amministrativi e relativa applicazione dei principi

La classificazione proposta associa ad ogni generazione di procedimento amministrativo una modalità peculiare di perseguimento del pubblico interesse.

E' opportuno premettere che la numerazione crescente non indica un'evoluzione nell'attività amministrativa, poiché i tre modelli convivono e rispondono ad esigenze pubbliche diverse.

⁵⁰ Cfr. L.P. ALFONSO, *Transformación y reforma? del procedimiento Administrativo en España*, Sevilla, 2012.

⁵¹ J.C. CASSAGNE, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 2011.

⁵² J. BARNES, *La transformación del procedimiento administrativo*, in *Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública* n. 2/2010.

⁵³ Sul tema, riguardo al diritto dell'America Latina, Cfr. J. RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ (a cura di), *Derecho administrativo iberoamericano*, Buenos Aires, 2016.

I procedimenti di prima generazione costituiscono uno strumento per la corretta applicazione del diritto da parte della pubblica amministrazione, di matrice unicamente imperativa, forgiati per l'adozione di un atto amministrativo, in genere svantaggioso o lesivo della sfera giuridica del singolo⁵⁴.

Tale carattere afflittivo giustifica il plesso di garanzie poste a tutela del privato, sia durante la fase procedimentale, sia dopo l'adozione stessa dell'atto.

Tali tipi di procedimenti svolgono una funzione accessoria e subordinata rispetto al diritto materiale, poiché la decisione deve essere non solo legittima, ma anche corretta in termini giuridici.

I procedimenti di seconda generazione appaiono con l'avvento di Internet e hanno ad oggetto l'adozione di regolamenti e atti amministrativi generali, e sono regolati congiuntamente da regole proprie dell'attività legislativa e dai principi inerenti all'attività amministrativa decisoria.

L'adozione di tali atti, di matrice principalmente simil-legislativa, recupera la legittimazione democratica a valle, dopo l'adozione dell'atto, attraverso la partecipazione dei cittadini.

La terza generazione di procedimenti amministrativi corrisponde alla cd. *governanza*, che rappresenta, per il diritto italiano, in senso ampio, il perseguimento del pubblico interesse attraverso modelli consensuali e non imperativi.

I procedimenti di terza generazione sono espressione di una modalità d'azione dell'amministrazione alternativa o complementare a quella imperativa, che si caratterizza per il ricorso alla collaborazione inter amministrativa e alla partecipazione pubblico-privata⁵⁵.

La *governanza* si pone in maniera antitetica rispetto alla modalità autoritativa di perseguimento del pubblico interesse, il cd. *governo*, che si caratterizza per la struttura gerarchica dell'azione e per il ricorso a decisioni coattive e unilaterali.

La *governanza* rappresenta un profilo dell'attività pubblicistica rispetto al quale l'amministrazione ha bisogno dell'apporto del settore privato per la realizzazione di determinate politiche pubbliche; in altri termini, si tratta di un dialogo e confronto costante tra privati e amministrazione.

⁵⁴ Particolare attenzione merita la disciplina del procedimento disciplinare, che involge anche aspetti gius-lavoristici.

Il procedimento disciplinare, oltre che dai principi classici, è retto da alcuni principi caratteristici, la cui presenza è giustificata dal carattere afflittivo della decisione finale.

Tra questi, è opportuno menzionare il principio di verità materiale, il principio della natura amministrativa dell'infrazione e il diritto di difesa del funzionario che si concretizza attraverso il diritto a produrre prove.

Sul tema, Cfr. R. FLORES DAPKEVICIUS, *Derecho penal administrativo : el procedimiento disciplinario*, Montevideo, 2016; R. FLORES DAPKEVICIUS, *El nuevo procedimiento disciplinario : según el decreto 222/014*, in *Revista CADE : doctrina y jurisprudencia* n. 32/2015; A. GUTIÉRREZ, *Acceso y control de las actuaciones en el procedimiento administrativo disciplinario : cambio de rumbo jurisprudencial del TCA*, in *La justicia uruguaya* n. 148/2013.

⁵⁵ Sul tema, Cfr. K. MARTÍNEZ CABALLERO, *Los contratos de participación público privada y sus actualizaciones normativas*, in *Estudios de derecho administrativo* n. 13/2016; I. ARAGONE, *Desarrollo de proyectos de participación público-privada : contexto latinoamericano y mejores prácticas internacionales*, in *Estudios de derecho administrativo* n. 6/2012.

Appare opportuna un'analisi approfondita di tale classificazione, dopo aver operato necessaria premessa: le diverse generazioni di procedimenti amministrativi susseguite non si sostituiscono le une alle altre, ma coesistono nello spazio e nel tempo.

Per definire il procedimento amministrativo, molti autori argentini e uruguayani hanno fatto ricorso a un linguaggio metaforico, utilizzando spesso il termine *ruta*⁵⁶ o *camino*⁵⁷.

Nel dispiegarsi dei procedimenti di prima e seconda generazione, questo *camino* è pre-tracciato dalle fasi procedurali, mentre per i procedimenti di terza generazione il *camino* è tratteggiato durante lo sviluppo stesso dell'azione amministrativa.

5.1.1 I procedimenti di prima e seconda generazione

I procedimenti di prima generazione sono pensati e plasmati per l'emanazione di un atto autoritativo, potenzialmente restrittivo di posizioni giuridiche soggettive.

Proprio in relazione a tale caratteristica afflittiva, tali procedimenti sono corredati da garanzie partecipative e difensive nei confronti del privato, durante ogni singola fase procedimentale.

Il procedimento di prima generazione è permeato da una visione processuale che lo caratterizza e trova espressione nelle fasi in cui si articola, nella decisione unilaterale e nella fase istruttoria.

L'appartenenza a questa generazione di procedimenti non è determinata in base alla natura o all'interesse perseguito, perché tali procedimenti sono utilizzati per provvedimenti eterogenei tra loro, tra i quali l'adozione di atti amministrativi, l'approvazione di norme, la celebrazione di partenariati pubblico-privati.

Gli indici sintomatici dei procedimenti di prima generazione sono il carattere decisorio degli stessi e l'azione imperativa e unilaterale della pubblica amministrazione.

I procedimenti di seconda generazione sorgono nella seconda metà del XX secolo e hanno ad oggetto l'approvazione di norme amministrative infra legali, come regolamenti esecutivi o indipendenti, piani territoriali o urbanistici, ordinanze locali.

Tali procedimenti dovrebbero essere permeati dalle regole del procedimento legislativo, anche se si tratta di processi caratterizzati anche da uno spiccato carattere decisorio.

Si contraddistinguono per una partecipazione procedimentale dei cittadini che ha luogo in una fase tardiva, quando il procedimento stesso sta per concludersi.

Sono afferenti a tale generazione i procedimenti di elaborazione di disposizioni regolamentari e i procedimenti che hanno ad oggetto la gestione della pianificazione urbanistica e territoriale⁵⁸.

⁵⁶ H. SCHIAVONE FRUGONE, *Principios del procedimiento administrativo*, Montevideo, 1991.

⁵⁷ T. HUTCHINSON, *Regimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, 2006.

5.1.2 I procedimenti di terza generazione: perseguimento dell'interesse pubblico mediante modelli consensuali

La genesi dei procedimenti di terza generazione ha influito sulle altre due, nel solco di un processo di democratizzazione della funzione amministrativa.

Questi procedimenti, come rilevato, sono espressione della *governanza*, una modalità di perseguimento dell'interesse pubblico alternativo al tipico modello autoritativo, nel quale predomina il dialogo tra amministrazione e privati.

Secondo una ricostruzione dottrinale⁵⁹, la *governanza* non si rivela solo nei procedimenti di terza generazione, ma diluisce e stempera il carattere autoritario dei procedimenti di prima e seconda generazione.

La legge sul procedimento amministrativo dell'Uruguay del 1991, così come la legge argentina e la maggior parte delle leggi dell'America Latina regolano espressamente solo i procedimenti di prima generazione; al contrario, la legge 6 agosto 2013, n. 107 della Repubblica Dominicana si rivolge a tutte le generazioni di procedimenti amministrativi⁶⁰.

In Uruguay non è in vigore una normativa generale che possa riferirsi ai procedimenti di terza generazione, ma esistono indici legislativi che contemplano alcuni aspetti riferibili a tali tipi di procedimenti, tra i quali, ad esempio, quello per ottenere l'autorizzazione ambientale (*Autorización Ambiental Previa*), nella misura in cui è prevista un'audizione pubblica, per permettere la più ampia partecipazione dei privati⁶¹.

Rispetto a tali procedimenti, nei quali sono in gioco interessi sensibili, quali lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente, non è immaginabile un'attività interamente amministrativa, ma è necessario un dialogo con il privato, dialogo che caratterizza ed è elemento strutturale proprio della cd. *governanza*.

Appare opportuno tracciare le ragioni che hanno condotto alla necessità di plasmare una modalità dell'azione amministrativa alternativa al tipico modello autoritario e unilaterale.

⁵⁸ Per una trattazione completa del tema, Cfr. A. RICHINO, *Bases constitucionales del ordenamiento territorial :una primera aproximación*, in *Anuario de derecho administrativo*, n. 17/2012.

⁵⁹ A.D. MARTINEZ, *Procedimiento administrativo: concepto, regulación y tipos*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 10/2014.

⁶⁰ Cfr. O.A. RODRIGUEZ HUERTAS, *Derecho Administrativo Dominicano y principios generales*, in *Revista de derecho*; la legge dominicana risulta, anche per motivi anagrafici, la più avanzata del continente in quanto regola aspetti tradizionali e riserva un capitolo intero alla regolazione dei procedimenti diretti all'adozione di regolamenti, piani e programmi.

La legge dominicana si segnala altresì per una relazione dei principi che ispirano l'azione amministrativa, quali certezza giuridica, certezza normativa, legittimo affidamento e buona amministrazione.

⁶¹ Cfr. C. ROSELLÓ MEYER, *La autorización ambiental previa en los contratos de minería de gran porte*, in *Tribuna del abogado* n. 189/2014; J. J. REINA, *El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios*, in R. F. BACELLAR FILHO – D. WUNDER HACHEM (a cura di), *Direito público no Mercosul*, Belo Horizonte, 2013.

Il sistema di produzione normativa ereditato dal modello dello Stato liberale del XIX secolo si caratterizzava per una legislazione che promanava da un unico centro e da un'amministrazione, quasi sempre statale, che eseguiva il precetto normativo, attraverso l'uso di tecniche coercitive.

La regolazione si articolava in due fasi distinte, la creazione della norma e la sua applicazione concreta; la prima fase era riservata all'organo legislativo e la seconda all'amministrazione.

Questa forma di legiferare e amministrare ha smarrito il suo monopolio in conseguenza delle profonde trasformazioni che hanno interessato lo Stato e le amministrazioni contemporanee, trasformazioni che possono essere spiegate attraverso tre ragioni differenti.

La prima è il superamento del muro che divide il piano nazionale da quello sovranazionale e la crescita esponenziale di attività amministrative che esplicano i propri effetti oltre i confini nazionali⁶².

La seconda è la permeabilità tra il settore pubblico e quello privato, che non costituiscono compartimenti isolati come in passato, ma attuano congiuntamente la *co-regulación*, attraverso un contributo significativo, e non solo simbolico, dei soggetti privati⁶³.

La terza ragione risiede nella portata recessiva della legislazione, che traccia solo le linee guida all'interno delle quali deve muoversi l'azione amministrativa, che guadagna maggiore spazio e una crescente autonomia.

Il processo legislativo diviene dinamico, l'amministrazione concorre dal basso alla creazione di norme, regole e soluzioni tecniche che coadiuvano il lavoro del legislatore⁶⁴.

In tal modo, si transita da un diritto amministrativo tradizionale a un diritto amministrativo non più nazionale ma globale, che ha bisogno dell'ausilio del settore privato, che guida la creazione di norme, regole e soluzioni e, in senso più ampio, partecipa in maniera attiva all'attuazione delle politiche pubbliche.

⁶² J. BARNES, *Un estatuto de autonomia y una Constitucion del siglo XX*, in *Revista de Administracion Publica*, n. 173/2007; sulla crisi del monopolio del diritto e sulla crisi delle fonti a causa della globalizzazione, Cfr. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

⁶³ Per un'illustrazione degli attuali intrecci tra il settore pubblico e privato nel diritto italiano, Cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

⁶⁴ J. BARNES, *Una reflexion sobre los principios generales del procedimiento administrativo*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 5/2012; l'autore esemplifica la portata del mutamento di prospettiva con uno specifico riferimento alla legislazione che stabilisce i limiti tecnici per poter considerare pericolosa una sostanza chimica.

In tali casi il legislatore stabilisce solo i principi che devono dirigere l'amministrazione nella ricerca della soluzione più adeguata.

L'amministrazione con un processo continuo e ciclico, stabilisce la regola, la applica e la proietta nella pratica, vigila e supervisiona i risultati ed eventualmente la modifica in funzione del risultato richiesto a monte dalla norme di indirizzo.

L'autore definisce tale modalità legislativa quale ciclo costante, in permanente movimento.

In questo rinnovato modo di intendere il diritto amministrativo, il procedimento riveste un ruolo specifico, da protagonista, svolge una finalità di direzione, di creazione e innovazione giuridica, di ricerca di soluzioni.

Il procedimento non è più concepito quale mero strumento per la corretta applicazione del diritto materiale *ex post*, come accadeva in relazione ai procedimenti di prima generazione, ma l'istruzione del procedimento compie una finalità di creazione e innovazione giuridica, una funzione di guida e direzione di carattere positivo, perché può condizionare *ex ante* l'azione amministrativa.

Questo nuovo modo di intendere la potestà pubblica, che confluisce nei cd. procedimenti di terza generazione, si qualifica per il costante scambio di informazioni tra privato e amministrazione, per una valutazione concertata delle soluzioni possibili.

I procedimenti di terza generazione non si concretizzano necessariamente in procedimenti lineari, sequenziali che conducono a una decisione, come accade per i procedimenti di prima generazione.

I procedimenti di terza generazione sono eterogenei, perché possono essere procedimenti completi in cui interviene l'azione di una sola amministrazione o procedimenti compositi, nei quali intervengono diverse amministrazioni nazionali o sovranazionali, o nei quali si palesa la necessità di un apporto di soggetti privati.

Sono procedimenti in cui si tratta di trovare una soluzione, di stabilire una nuova regola, e non di applicare il dato legislativo già tracciato in precedenza, in modo asettico.

Gli attori di questi procedimenti sono le amministrazioni territoriali e centrali, gli organismi regolatori del mercato, organizzazioni non governative ma anche i soggetti privati affidatari di servizi pubblici.

In sintesi, gli attori di tale categoria di procedimenti sono le amministrazioni pubbliche quando operano attraverso moduli consensuali e i soggetti privati quando sono affidatari di servizi pubblici, in senso ampio⁶⁵.

In definitiva, il procedimento di terza generazione coinvolge sia soggetti pubblici che i soggetti privati ed è la sede di raccordo tra tutti i principi strutturali che reggono l'azione amministrativa, tra cui il principio democratico, il principio di efficacia e di trasparenza dell'agire amministrativo.

⁶⁵ Cfr. C. DELPIAZZO, *Derecho administrativo general*, Montevideo, 2015; quando la cura del pubblico interesse è rimessa a una pubblica amministrazione, il procedimento risolve i problemi di scambio di informazioni tra le pubbliche amministrazioni coinvolte o si pone come strumento per l'acquisizione di un parere da parte di un esperto.

Quando il perseguimento pubblico interesse è rimesso a un soggetto privato, il procedimento assicura la trasparenza delle decisioni e la pubblicità di tutte le attività.

5.2 Tre gruppi di principi caratterizzanti

La classificazione suesposta deve essere necessariamente corredata da un'analisi dei principi strutturali che definiscono ciascuna generazione di procedimenti amministrativi, caratteristiche che intercettano la natura stessa di ciascuna categoria di procedimento.

Le tre generazioni di procedimenti amministrativi rispondono a logiche e modalità differenti; le prime due generazioni plasmate sul modello classico della amministrazione autoritativa, mentre la terza risponde alle mutate esigenze di un esercizio consensuale della potestà amministrativa.

La terza generazione di procedimenti amministrativi riprende uno schema di azione amministrativa differente dalle altre due e si presenta come occasione per colmare le lacune e porre dei correttivi ai deficit dell'azione amministrativa.

Le distinte generazioni di procedimenti possono convivere nel medesimo ambito e, pertanto, tale considerazione si riferisce parallelamente anche ai principi che caratterizzano le singole categorie.

Tuttavia è possibile scorporare in maniera organica i principi strutturali minimi di ogni generazione di procedimento, con la premessa che non si tratta di principi immutabili e assoluti, né tantomeno di un elenco tassativo.

5.2.1. I principi dei procedimenti di prima generazione

Tra i principi cardine dei procedimenti di prima generazione rientra il principio *antiformalista*, in forza del quale il procedimento assume solo valore strumentale e funzionale rispetto all'interesse perseguito.

Sulla base di tale premessa, tutte le violazioni di forma o meramente procedurali, che non ledano la posizione giuridica del privato, non comportano l'obbligo di ripetizione dell'intero procedimento⁶⁶.

Corollari di tale principio sono quelli di economia procedimentale e di conservazione dell'atto amministrativo.

Ulteriore carattere di tale categoria è il principio di *analogia procesual* in forza del quale, in via analogica, sono estensibili al procedimento amministrativo le caratteristiche e le tutele del processo, seppur in forma attenuata e semplificata.

Da tale principio strutturale derivano i principi di imparzialità soggettiva, di contraddittorio procedimentale e di parità delle armi, una serie di principi che gravitano nell'orbita dell'attività giurisdizionale.

⁶⁶ Tale principio è legato indissolubilmente a quello dei vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo, legata, in questa sede, alla previsione della legge spagnola 26 novembre 1992, n. 30, il cui art. 63 prevede che il difetto di forma determina l'annullabilità solo quando l'atto sia sprovvisto degli elementi minimi per il raggiungimento del fine o quando determini una lesione del diritto di difesa degli interessati.

Particolare rilievo assume il principio di *aplicación normativa*, secondo cui il procedimento costituisce un meccanismo di applicazione della legge, strumento per rendere esecutivo il precetto legislativo.

Infine, il principio di *tipificaciones*, poiché la pluralità di procedimenti esistenti impedisce qualsiasi tentativo di individuare tratti comuni, validi in maniera universale, che pertanto devono essere ricercati nelle singole leggi di riferimento.

5.2.2. I principi dei procedimenti di seconda generazione

Nell'ambito dei procedimenti di seconda generazione rientrano le attività più apprezzabili svolte dalla pubblica amministrazione, tra le quali l'approvazione di regolamenti ⁶⁷o di atti di pianificazione territoriale.

In linea puramente concettuale, tale categoria di procedimenti è assimilata, per lo sviluppo procedurale, ai procedimenti legislativi, sia che si tratti di amministrazione statale, retta dal principio gerarchico, sia che si tratti di amministrazioni locali, rette dal principio di collegialità.

Sono procedimenti che non sono assistiti da stringenti regole formali in virtù del principio di *simplicidad procedimental*, tipico dei procedimenti di elaborazione di disposizioni generali⁶⁸.

Corollario di tale impostazione è il principio di *sencillez*, semplicità, in quanto sono procedimenti che non sono soggetti a formalità imperative, in relazione a modalità e termini.

Da un punto di vista procedimentale, è più lineare elaborare un regolamento esecutivo che istruire un procedimento sanzionatorio.

I procedimenti diretti all'elaborazione di regolamenti iniziano “dall'alto”, in forza del principio *jerárquico o descendente*, dall'impulso di un centro gerarchicamente superiore.

La partecipazione degli interessati è ridotta al minimo ed è confinata a una fase in cui il provvedimento si è già perfezionato.

Il criterio principale che informa questo tipo di provvedimenti è il principio di *ponderación*, perché la soluzione non si trova predeterminata nella legge, ma lo stesso provvedimento finale ha carattere innovativo e, in quanto tale, deve operare un bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti.

In tale contesto, la ponderazione degli interessi in gioco, dei beni e dei diritti implicati si pone come fattore ineludibile e necessario, di cui è titolare la stessa pubblica amministrazione, che la ricerca attraverso la valutazione e la proiezione dell'impatto dell'atto sulle situazioni giuridiche coinvolte.

⁶⁷ J.P. CAJARVILLE PELUFFO, *Sobre derecho administrativo*, Montevideo, 2012.

⁶⁸ La dottrina argentina utilizza il concetto di *simplicidad* come sinonimo di economia procedimentale, Cfr. S.J. LLAPUR, *Ley de procedimientos administrativo*, Buenos Aires, 2005.

5.2.3 I principi dei procedimenti di terza generazione: il procedimento come strumento di indirizzo delle politiche pubbliche

Come osservato in precedenza, i procedimenti di terza generazione rappresentano una categoria estremamente eterogenea, in cui il tratto comune è rappresentato da una natura collaborativa tra l'amministrazione e il destinatario dell'attività della stessa.

Assume pertanto valore essenziale il principio di *cooperación*, inteso sia nell'accezione di leale collaborazione tra amministrazioni, che nell'accezione classica di partecipazione del privato all'azione amministrativa.

Il principio di cooperazione deve essere apprezzato, non in relazione all'intero rapporto tra pubblica amministrazione e destinatario, ma deve essere valutato in relazione a ogni singolo elemento.

La cooperazione deve evocare l'idea di una decisione concertata, di una co-responsabilità, di una partecipazione attiva del soggetto destinatario.

Altro principio costitutivo è il principio di *dirección e regulación*, in forza del quale l'azione amministrativa si pone come attività di gestione di un indirizzo politico a monte.

Ulteriormente è da rilevare il principio di *flexibilidad formal*, giacché il procedimento non assume necessariamente uno svolgimento processuale ma può essere reticolare, ad esempio come accade in relazione all'interscambio di informazioni tra pubbliche amministrazioni.

Infine, sussiste il principio di *universalidad del procedimiento*, che caratterizza in maniera peculiare i procedimenti di terza generazione, che rispetto alle altre categorie, sono di ampia portata.

Infatti, possono essere espressione di qualsiasi politica pubblica⁶⁹, in quanto consentono alla amministrazione di fissare l'ordine di priorità, di rendere effettiva la partecipazione del privato e di adottare la misura adatta, fino alla sua eventuale revisione e implementazione; accompagnano la filiera della decisione pubblica in ogni singola fase.

Al di là della trattazione dei principi che caratterizzano ciascuna categoria di procedimento amministrativo, è opportuno concludere l'analisi dei principi del procedimento amministrativo con alcune considerazioni di carattere generale.

⁶⁹ Per una visione ampia e aggiornata delle politiche pubbliche in Uruguay, Cfr. N. BENTACUR, *El decenio progresista : las políticas públicas de Vázquez a Mujica*, Montevideo, 2016; M. BERGARA, *Las nuevas reglas de juego en Uruguay : incentivos e instituciones en una década de reformas*, Montevideo, 2016.

5.3 Tendenza alla positivizzazione dei principi

I principi rappresentano le pietre miliari di un ordinamento giuridico⁷⁰, sono la causa e la base di ogni sistema⁷¹, detengono una prevalenza ontologica in quanto supporti centrali dell'intero assetto istituzionale.

La caratteristica dei principi è sempre stata la dematerializzazione degli stessi, in quanto esistono e valgono senza la necessità di un testo scritto che li consacri, come considerato anche dalla dottrina francese⁷².

Tuttavia, in America Latina, si registra una corrente diretta a codificare i principi del diritto amministrativo, soprattutto in tema di contenzioso e di procedimento.

L'Uruguay non è rimasto immune da questa tendenza, ma a differenza di altri paesi che hanno optato per la redazione di un vero e proprio Codice del Procedimento, con valore e forza di legge, nel diritto uruguayo i principi del procedimento sono codificati attraverso regolamenti⁷³.

Il recepimento dei principi del procedimento amministrativo in un testo con valore di regolamento presenta il vantaggio di rendere gli stessi duttili, agevolmente adattabili alle esigenze delle correnti più moderne, tramite processi legislativi di modifica molto snelli.

Tale codificazione non rivela un'elencazione rigida diretta a determinare i doveri dell'amministrazione, ma, al contrario, i principi sono formulati partendo dai diritti della persona.

L'esplicitazione dei principi svela la natura servente dell'amministrazione e di converso la primazia della persona umana; questa formula presuppone il riconoscimento di quei diritti fondamentali che sono il nucleo degli interessi generali, ma dalla prospettiva del cittadino e non dell'amministrazione.

Si registra l'abbandono di un sistema sbilanciato a favore del potere pubblico e l'avvento di un sistema alla costante ricerca di equilibrio tra i poteri dell'amministrazione e i diritti degli amministrati.

Questa nuova prospettiva deve essere supportata da una serie di principi, anche relativi all'organizzazione, che devono guidare la condotta del potere pubblico.

Tuttavia, per quanto possa essere completa una ricognizione dei principi residua sempre un margine di indeterminatezza e astrattezza degli stessi⁷⁴, che deve essere colmato attraverso un lavoro di

⁷⁰ M. BRITO, *Los principios en el Derecho administrativo uruguayo*, Montevideo, 2009.

⁷¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 2006.

⁷² M. HAURIUO, *Principios de Derecho público y Constitucional*, Madrid, 2003; "lo característico de los principios es existir y valer sin texto".

⁷³ G. RUOCCO, *Principios generales de derecho administrativo*, in *Estudios de derecho administrativo*, n. 11/2015

⁷⁴ Tale margine deriva dal dinamismo dei principi stessi, che non sono immutabili e impermeabili al trascorrere del tempo.

Il diritto amministrativo rappresenta una branca dinamica, in continuo e incessante movimento.

Sul punto Cfr. J.C. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, 2009.

interpretazione, anche in una chiave innovativa fornita dall'apprezzamento dei diritti umani in sede amministrativa.

Questa indeterminatezza non impedisce di scorporare i principi permanenti, indispensabili, che definiscono il carattere istituzionale del procedimento amministrativo.

Il corpo centrale di tali principi è individuato dalla Carta del CLAD ⁷⁵(

blica), una convenzione stipulata a Caracas nel 2013, con mero valore ricognitivo, cui l'Uruguay ha aderito.

Tra i principi sanciti dal CLAD assume particolare il principio di certezza delle situazioni giuridiche, che è riconosciuto anche a livello costituzionale dall'Uruguay; da tale principio derivano direttamente i principi di prevedibilità, di celerità e certezza normativa.

Tale principio si manifesta nella protezione dell'affidamento reciproco tra amministrazione e privato e nella buona fede pubblica, nell'accezione di elemento della cd. etica pubblica, come previsto dall'articolo 12 del CLAD.

La dottrina percepisce il rapporto tra buona fede pubblica e legittimo affidamento ⁷⁶come un rapporto di genere a specie.

Entrambi i principi condividono il dovere di lealtà, ma il tratto che li distingue è la trasparenza, che è elemento costitutivo della buona fede e non del legittimo affidamento.

La buona fede pubblica governa i rapporti tra amministrazioni e cittadini, come fondamento stesso dell'ordinamento giuridico, orienta l'esercizio della potestà discrezionale ed è uno strumento per l'integrazione del sistema di fonti.

In relazione al sistema delle fonti è opportuno registrare che ogni attuazione amministrativa induce un legittimo affidamento nel privato, che la dottrina qualifica in termini di aspettativa plausibile ⁷⁷o di certezza giuridica (nell'accezione soggettiva di *certidumbre* e non di certezza normativa, ossia di *seguridad*).

Tale attuazione amministrativa è definita in termini di precedente amministrativo, che nel diritto uruguayo rappresenta a tutti gli effetti una fonte di diritto, e sarà oggetto di adeguata analisi nel prosieguo della esposizione.

⁷⁵ Per un'analisi della Carta Cfr. X. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Sobre la carta iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la administración pública*, in *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2014.

⁷⁶ Sulla nozione di legittimo affidamento Cfr. J.P. COVIELLO, *La confianza legítima*, in *Estudios jurídicos* n. 11/2013.

⁷⁷ L'aspettativa plausibile (*expectativa plausibile*) ricorre in relazione a un soggetto che presume di ricevere un vantaggio o un beneficio rispetto a un altro.

L'aggettivo plausibile allude all'esistenza di una serie di presunzioni che spingono il soggetto a ritenere di essere il destinatario del provvedimento favorevole.

V. H. RONDON DE SANSON, *El principio de confianza legítima*, in A. DURAN MARTINEZ (a cura di), *Casos de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2007.

A partire dal principio di buona fede e di legittimo affidamento è possibile sviluppare il precedente amministrativo quale fonte del diritto.

Il rispetto del principio di certezza normativa, della protezione del legittimo affidamento nel suo significato più ampio, consentono di configurare il rispetto del precedente amministrativo e dei relativi diritti acquisiti, in termini di fonte del diritto.

In tale prospettiva il precedente amministrativo, al ricorrere di determinati presupposti, costituisce diritto vivente a tutti gli effetti e la possibilità che la stessa amministrazione possa discostarsi da una precedente decisione genera, o può generare, un'instabilità giuridica e una sensazione generalizzata d'ingiustizia.

6. Il precedente amministrativo quale fonte di diritto

Lo studio del precedente amministrativo⁷⁸ come fonte del diritto ha attraversato varie fasi ed è sempre stato accompagnato dal contestuale studio della consuetudine e della *práctica administrativa*.

Il primo tratto che differenzia, a monte, la consuetudine dal precedente amministrativo è l'origine, in quanto la prima proviene dalla società mentre il secondo è opera di un'attività dell'amministrazione.

Inoltre, la consuetudine, per essere accettata come tale, deve essere reiterata nel tempo, perché la *diuturnitas* è un elemento costitutivo-oggettivo della stessa, mentre non è necessaria l'esistenza di una pluralità di decisioni per stabilire l'esistenza di un precedente amministrativo⁷⁹.

Il precedente amministrativo può essere definito come una condotta precedentemente adottata dall'amministrazione, confluita in una decisione, che può essere assunta come tale anche successivamente, in un procedimento analogo, senza necessità di una ulteriore e autonoma istruttoria.

La *práctica administrativa* è una reiterazione di precedenti amministrativi⁸⁰, una riconferma nell'applicazione di un determinato criterio.

Storicamente, la dottrina non ricomprendeva il precedente amministrativo tra le fonti del diritto⁸¹, perché si riteneva, che più che alla creazione del diritto, si dovesse far riferimento a una modalità di interpretazione di norme già esistenti.

⁷⁸ In una prospettiva comparata con il diritto amministrativo colombiano, Cfr. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*, in *Revista de derecho* n. 20/2011.

⁷⁹ Per configurare un precedente amministrativo è sufficiente una sola decisione, anche se una quantità maggiore di decisioni nel tempo conferiscono all'interessato una maggiore *vis* argomentativa; in ogni caso non è necessaria una condotta reiterata nel tempo.

Sul punto Cfr. R.C. Barra, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1998, p. 666.

⁸⁰ R. PARADA, *Derecho administrativo*, Madrid, 1997.

⁸¹ Nella ricognizione delle fonti del diritto, il precedente amministrativo non è menzionato, Cfr. E. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo, 1953.

Per differente ricostruzione⁸² si attribuisce al precedente amministrativo valore di fonte del diritto, attraverso la valorizzazione del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte al potere amministrativo.

Tale teoria prevede che il precedente sia vincolante per l'amministrazione nel caso in cui ricorrano due situazioni uguali e nel caso in cui la prima determinazione amministrativa non sia viziata.

Secondo un'altra teoria⁸³, la possibile obbligatorietà delle cd. pratiche amministrative reiterate deve essere valutata in base al tipo di attività posta in essere nella seconda determinazione.

Nell'ipotesi in cui sia un'attività vincolata, la pubblica amministrazione può discostarsi da una precedente determinazione se, in questa, rileva una scorretta interpretazione del dato legislativo.

Nell'ipotesi in cui si tratti di un'attività discrezionale, la pubblica amministrazione che ravvisa un'errata applicazione di un determinato criterio in una precedente determinazione, deve realizzare un correttivo, valido sia per il caso concreto, sia i per i casi simili successivi⁸⁴.

In tale prospettiva, l'amministrazione può sconfessare una precedente condotta reiterata nel tempo attraverso una motivazione rafforzata, non solo da un punto di vista formale, ma attraverso un'esposizione precisa delle ragioni che spiegano e giustificano il cambio di condotta.

Questa teoria, avanzata da uno studioso galiziano⁸⁵, muove le premesse da una legge spagnola⁸⁶ che espressamente prevede una motivazione più dettagliata per gli atti che si discostano dal criterio seguito per le precedenti determinazioni.

Parte della dottrina argentina⁸⁷ ritiene che assegnare carattere di fonte formale del diritto al precedente amministrativo contribuisca al perseguimento della certezza normativa nel tempo ed eviti ogni deriva arbitraria nei comportamenti della pubblica amministrazione.

Tuttavia, l'impostazione che risulta più coerente con il sistema giuridico uruguayo è quella che nega che il precedente amministrativo abbia valore di fonte del diritto, ed è mutuata direttamente dalla dottrina spagnola⁸⁸.

Secondo tale ricostruzione, l'amministrazione deve valutare il pubblico interesse in concreto, perché il rispetto pedissequo del precedente può essere inadeguato per un diritto ontologicamente mutevole come quello amministrativo⁸⁹.

⁸² Cfr. J.C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 2006.

⁸³ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1985.

⁸⁴ “*El cambio de criterio deberá realizarse con caracter general para el futuro, y no como derogación del criterio anterior para resolver un caso concreto*”, F. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 395.

⁸⁵ R. PARADA, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁶ Articolo 54, lettera c, legge spagnola 26 novembre 1992, n. 30.

⁸⁷ J. C. CASSAGNE, *op. cit.*, p. 209.

⁸⁸ Cfr. A. GUISANDE, *El valor del precedente administrativo*, in *Anuario de derecho administrativo*, 1994, p. 313.

⁸⁹ “*L'ordinamento plastico del magma sociale*”, P. GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* n.32/2009.

Se da un lato il rispetto del precedente amministrativo risponde a un'esigenza di certezza normativa e uguaglianza formale, dall'altro si corre il rischio di rendere statica una branca ordinamentale, dinamica per natura, che deve adattarsi alle mutevoli esigenze della società.

Quando la pubblica amministrazione, per opportunità o convenienza, rileva l'esigenza di discostarsi da una pratica amministrativa, per quanto sedimentata, non solo può farlo perché è soggetta solo alla legge, ma è obbligata a modificare la sua condotta.

Inoltre, tale teoria è suffragata dal dato letterale, perché non esiste alcuna norma, né di rango primario, né di rango secondario, che impone all'amministrazione di essere soggetta alle pratiche reiterate nel tempo, come d'altronde sottolineato dalla giurisprudenza maggioritaria⁹⁰.

Pertanto, il mancato rispetto di una serie di precedenti amministrativi non costituisce di per sé un elemento determinante per l'annullamento del provvedimento, ma impone all'amministrazione procedente di motivare e palesare la ragioni di questo cambio di condotta, attraverso un corredo argomentativo particolarmente ampio.

7. Il procedimento amministrativo quale sede elettiva per lo sviluppo della “buena administración” e riflessioni conclusive

Le considerazioni sin qui svolte, gli sviluppi normativi e dottrinali, disvelano la necessità di recuperare l'idea stessa di procedimento amministrativo quale sede naturale per attuare la cd. *buena administración*, in considerazione della difficoltà di recuperare il ruolo del procedimento quale protagonista dell'attività amministrativa, funzione rivestita oggi dai contratti della pubblica amministrazione.

Il diritto amministrativo in Uruguay, nel periodo successivo alla dittatura militare, ha svolto il ruolo che la stessa branca ordinamentale ha svolto nell'Italia post-unitaria, ossia fornire un apporto al processo di modernizzazione istituzionale.

Riprendendo l'impostazione di un celebre saggio⁹¹, le vicende del diritto amministrativo possono essere esaminate da tre angolazioni, che rappresentano tre campi di indagine distinti: dal punto di vista del legislatore, da quello dell'amministrazione e da quello della scienza giuridica. L'analisi condotta in tale sede si è concentrata sulla terza prospettiva, sulla teorizzazione della nozione e più in generale sulla scienza del diritto amministrativo.

I due processi di riforma individuati, quello italiano post-unitario e quello uruguayo post-dittatura, caratterizzati entrambi dal fattore dell'urgenza, sono ispirati da esigenze diverse, anche perché sono cronologicamente distanti più di un secolo.

⁹⁰ *Ex multis*, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sentenza 8 dicembre 2004, n. 749.

⁹¹ Cfr. A. SANDULLI, *Il diritto amministrativo nei primi anni dello stato unitario*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, p. 1300.

In Uruguay, inteso quale Stato libero e non soggetto a regimi dittatoriali, l'assetto dell'organizzazione amministrativa ha determinato, sin da dalla genesi, un'ibridazione tra sfera pubblica e sfera privata che si riflette in tutto l'agire dell'amministrazione.

In tale direzione, la nozione di *gobernanza*, di amministrazione di tipo consensuale, si associa al concetto di buona amministrazione perché pone al centro del sistema la persona e i suoi diritti fondamentali.

Questo capovolgimento di prospettiva, che rilega l'attività autoritativa a essere quasi l'eccezione nell'ambito delle modalità di perseguimento del pubblico interesse, non tiene conto di alcuni fattori.

Solo l'attività di tipo autoritativo dell'amministrazione è capace di rimuovere gli ostacoli all'esercizio pieno dei diritti fondamentali della persona, attuando politiche pubbliche finalizzate a favorire la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, sociale ed economica.

La dottrina uruguayana ha plasmato il cd. diritto alla buona amministrazione⁹² come principio stesso di tale branca ordinamentale, valutando la condotta del potere pubblico in un'ottica di legittimità e non di merito.

Al diritto alla buona amministrazione corrisponde un dovere dei poteri pubblici, che devono collocare al centro del sistema la persona e i suoi diritti sostanziali.

Questa rinnovata concezione dell'azione amministrativa si deduce dalle posizioni dottrinali sviluppatesi in seno al cd. neocostituzionalismo⁹⁴, che eleva lo sviluppo della dignità umana a ragion d'essere del potere pubblico.

Il procedimento amministrativo, nel recuperare la veste di espressione tipica del pubblico potere, assume così carattere servente e in questa nuova prospettiva è retto da criteri rinnovati, che non si pongono in contrapposizione o in rapporto di alterità con i principi classici, ma li integrano o li affiancano.

Tra questi principi il *mandato de optimización* merita un approfondimento, in quanto sintetizza e sviluppa i principi classici di efficacia e trasparenza⁹⁵ e si articola attraverso tre livelli differenti.

⁹² La *Ley de la buena administración y el Buen Gobierno de las Islas Baleares*, del 27 agosto 2010, rappresenta un esempio di legge che riconosce il diritto alla buona amministrazione.

Il titolo della legge dedicato alla buona amministrazione contiene tre capitoli dedicati all'accesso e alla semplificazione, alla trasparenza nella gestione e al sistema di gestione e qualità dei servizi pubblici.

Gli obblighi a carico dell'amministrazione sono formulati a partire dai diritti degli amministrati.

Cfr. G. RUOCCO, *Proyecciones del concepto de "buena administración"*, in C. DELPIAZZO (a cura di), *Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo. En homenaje al profesor Enrique Sayagués Laso en el centenario de su nacimiento*, Montevideo, 2012.

⁹³ Cfr. A. DURÁN MARTÍNEZ, *La buena administración*, in *Estudios de derecho administrativo* n. 1/2010.

⁹⁴ Cfr. A. DURÁN MARTÍNEZ, *En torno al Neoconstitucionalismo*, in *Estudios Jurídicos* n. 7/2009.

⁹⁵ Il concetto di trasparenza nel diritto uruguayano corrisponde al controllo sociale operato sugli atti e sui contratti della pubblica amministrazione, Cfr. G. RUOCCO, *op. cit.*, p. 323.

Un primo livello è quello interno e riguarda la determinazione del regime giuridico applicabile ai funzionari pubblici e impone una riforma complessiva del pubblico impiego al fine di garantire la professionalità degli impiegati pubblici.

In secondo luogo, la buona amministrazione si realizza attraverso l'imposizione di un comportamento eticamente corretto ai pubblici agenti, in un senso che trascende il solo fenomeno corruttivo o le patologiche classiche dell'azione amministrativa.

Infine, la buona amministrazione s'identifica con un'organizzazione trasparente, affinché il cittadino possa apprezzare il funzionamento interno dell'apparato pubblico e conoscere in tempo reale tutta la filiera della decisione pubblica.

Per recuperare il ruolo del procedimento amministrativo è opportuno che tali criteri siano interpretati come principi generali che reggono l'azione amministrativa e non come diritti con contenuto direttamente precettivo, in una sfumatura sempre dinamica e cangiante⁹⁶.

Infatti, è necessario che la duttilità diventi presupposto stesso dell'azione amministrativa, "il futuro del procedimento amministrativo passa necessariamente attraverso la sua capacità di adattarsi alle esigenze, capacità che diviene una condizione essenziale per la sua sopravvivenza".

La crisi e il paventato tramonto dell'unilateralità del diritto amministrativo, e di conseguenza del procedimento, che ne rappresenta la miglior espressione, sono testimoniati dai continui processi riformatori⁹⁷. Questi ultimi spesso mirano solo alla manutenzione del diritto positivo, e non alla creazione dello stesso.

La decadenza della sistematica tradizionale è testimoniata dall'abbandono della costruzione di una parte generale del diritto amministrativo, di cui già Giannini era testimone.

Preso atto di ciò, si deve recuperare il "diritto amministrativo"⁹⁸ così come concepito da Benvenuti, un sistema di teorie e di principi, di istituti e di concetti, filtrati attraverso l'emersione dei cd. valori istituzionalizzati. Si ottiene così un modello ottimale, una "proiezione verso il futuro, proposta dai precetti costituzionali, nell'ambito di una visione realistica dell'amministrazione propria di uno Stato sociale"⁹⁹.

⁹⁶ Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los desafíos del procedimiento administrativo en el siglo XXI*, in C. CANOSA - F. JUAN LIMA (a cura di) *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 2012.

⁹⁷ In senso contrario, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, che, a supporto di tale tesi, testimonia lo scarso utilizzo degli strumenti consensuali, tra i quali gli accordi.

⁹⁸ Si deve operare una distinzione con il "diritto dell'amministrazione" che si occupa dell'amministrazione "con i suoi presupposti e le sue esigenze, con i suoi scopi e i suoi risultati."

Cfr. F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione*, Padova, 1950.

⁹⁹ La citazione di F. BENVENUTI è ripresa da M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2010.

Il diritto amministrativo iberoamericano, e uruguayo nello specifico, a differenza di ciò che accade in Italia non opera una depurazione delle categorie dogmatiche ereditate dal passato, perché i ponti con il passato, spagnolo e coloniale, sono stati recisi con fermezza. La forma che imperava nei rapporti tra amministrazione e cittadini all'epoca è stata surrogata con la sostanza, in un'ulteriore conferma della negazione diffusa dell'astratto metodo dogmatico in quanto formalistico.

Non si avverte nel diritto amministrativo continentale quella carica di decostruzione e destrutturazione del diritto che si è avvertita in Europa, proprio perché si tratta di un modo già deformalizzato di intendere il rapporto tra amministrazione e privato.

La tendenza del diritto pubblico dell'America Latina alla codificazione dei principi, mediante testi integralmente focalizzati sulle pietre miliari dell'ordinamento, palesa una sorta di ritorno verso "l'architettura del diritto amministrativo"¹⁰⁰, in un processo esattamente inverso a quello che si è sviluppato in Europa negli ultimi cinquanta anni. Tuttavia, la fuga dal sistema, fenomeno che in Europa non interessa solo il diritto amministrativo, non può essere visto in termini antitetici a ciò che accade in America Latina, perché la storia del diritto dei due continenti, negli ultimi due secoli, è troppo eterogenea per permettere una comparazione diretta tra i due sistemi.

Tuttavia l'innegabile ed evidente ascendente del diritto amministrativo italiano sul diritto uruguayo consente di pervenire a una conclusione comune.

Per arginare il palese e inarrestabile processo di abbandono e svilimento dell'azione amministrativa imperativa, si potrebbe recuperare quella sintesi di modernità e avanguardia che il diritto uruguayo ha dimostrato, soprattutto nella prima metà del 1900, attraverso il recupero dell'insegnamento degli studiosi italiani che ne hanno influenzato le basi, in un ideale volo di ritorno sull'oceano Atlantico.

¹⁰⁰ S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003.