



9 APRILE 2025

# La disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici

di Federico Gaffuri

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano



# La disciplina del conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici\*

**di Federico Gaffuri**

Professore ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano

**Abstract [It]:** Nel contributo si analizza la nuova disciplina del conflitto di interessi, contenuta nell'art. 16, d.lgs. n. 36/2023; in particolare ci si sofferma sullo speciale regime dell'onere prova dettato dal comma 2 della predetta norma e si indicano le ragioni di ordine logico-sistematico che inducono a ritenere tale regime irragionevole e contrario agli stessi principi (il principio del risultato e della fiducia) espressamente richiamati nella disposizione.

**Title:** The regulation of conflict of interest in the public procurement code

**Abstract [En]:** In the article he analyzes the new regulation of conflict of interest, contained in the art. 16, Legislative Decree n. 36/2023; in particular, we focus on the special burden of proof regime dictated by paragraph 2 of the aforementioned law and indicate the logical-systematic reasons that lead us to consider this regime unreasonable and contrary to the same principles (the principle of result and trust) expressly referred to in the examined provision.

**Parole chiave:** contratti pubblici, conflitto di interessi, principi applicabili agli appalti pubblici, procedimento amministrativo, misure anticorruzione

**Keywords:** public contracts, conflict of interest, principles applicable to public procurement, administrative procedure, anti-corruption measures

**Sommario:** **1.** Esame della nozione di conflitto di interessi accolta nell'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 36/2023. **2.** Analisi dello speciale regime probatorio stabilito dall'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023. **3.** Osservazioni critiche in merito alla disciplina dettata dall'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

## **1. Esame della nozione di conflitto di interessi accolta nell'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 36/2023**

La definizione di conflitto di interessi contenuta nel primo comma dell'art. 16, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, non si discosta, nella sostanza, dalla medesima nozione espressa dall'art. 42 del precedente Codice dei

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)<sup>1</sup> e si uniforma, altresì, alle direttive, ricostruzioni e linee interpretative elaborate dalla giurisprudenza, dall'Anac e dall'ordinamento europeo<sup>2</sup>.

L'istituto regolato dal Codice degli appalti attualmente vigente rimane, pertanto, un presidio a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'apparato amministrativo<sup>3</sup> contro i fenomeni di malaffare e corruzione nella gestione della cosa pubblica<sup>4</sup> ed assolve a una funzione essenzialmente di cautela e precauzione, giacché è finalizzato a prevenire situazioni di rischio, potenzialmente idonee a compromettere il corretto esercizio del potere. Il precetto in questione - come, del resto, tutte le altre disposizioni che disciplinano il conflitto di interessi in ambito pubblicistico - costituisce, in sostanza, una norma "di pericolo"<sup>5</sup>, in quanto le misure di protezione *in* previste (obbligo di segnalazione e astensione)

---

<sup>1</sup> La nuova norma inserita nel Codice vigente stabilisce esattamente che *"Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione"*. Rispetto alla formulazione dell'art. 42, d.lgs. n. 50/2016, la nozione accolta dall'art. 16, d.lgs. n. 36/2023, è stata semplificata, *"al fine di evitare inutili ridondanze"*. In particolare, la nuova disposizione *"non riduce il presidio anticorruzione (che anzi resta invariato e viene anche esteso con più chiarezza alla fase della esecuzione e ai soggetti non dipendenti della p.a.); si limita a eliminare norme presenti in altra parte dell'ordinamento (ad esempio, nel piano anticorruzione, o nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici - d.p.r. n. 62 del 2013) evitando confusioni e sovrapposizioni"*: così si sottolinea (a pag. 34) nella Relazione allo Schema definitivo del Codice dei contratti pubblici attualmente in vigore, resa dal Consiglio di Stato, con delibera 7.12.2022, n. 34, e consultabile sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>2</sup> La norma in commento è conforme, infatti, al principio enunciato dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici in virtù del quale le discipline nazionali sul conflitto di interessi nelle gare pubbliche devono imporre l'obbligo di astensione *"almeno nei casi in cui il personale di una amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore che interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione della concessione e può influenzare il risultato di tale procedura, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità o indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione della concessione"*: così prescrive l'art. 35, par. 2, direttiva UE 2014/23; in modo sostanzialmente identico dispongono anche gli artt. 24, par. 1, direttiva UE 2014/24 e 42, par. 1, direttiva UE 2014/25.

<sup>3</sup> Osserva al riguardo il Consiglio di Stato, Sez. cons. per atti norm., nel parere 5 marzo 2019, n. 667, formulato sullo schema di Linee Guida ANAC in materia di conflitti di interesse nell'affidamento dei contratti pubblici, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che la regolamentazione del conflitto *"è espressione del principio generale di imparzialità previsto dall'art. 97 Cost."*, il quale impone che *"le scelte adottate dall'organo devono essere compiute nel rispetto della regola dell'equidistanza da tutti coloro che vengano a contatto con il potere pubblico"*.

<sup>4</sup> La disposizione in esame è chiaramente finalizzata a dare attuazione al principio, di matrice eurounitaria - espresso, in modo quasi identico, dai già menzionati artt. 35, par. 1, direttiva UE 2014/23, 24, par. 1, direttiva UE 2014/24, e 42, par. 1, direttiva UE 2014/25 - secondo il quale gli Stati membri sono tenuti a prevedere nella normativa interna sul conflitto di interessi *"che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori adottino misure adeguate per combattere le frodi, il clientelismo e la corruzione e per prevenire, individuare e risolvere in modo efficace i conflitti di interesse insorti nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione della concessione, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti"* (così recita, nello specifico, l'art. 35, par. 1, direttiva UE 2014/23).

<sup>5</sup> Cfr., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2020, n. 3048, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si rileva che *"in materia di gare pubbliche, il conflitto di interessi non è solo quello realmente accertato, ma anche quello potenzialmente esistente; la disciplina, insomma, è latu sensu una 'norma di pericolo', nel senso che essa tende ad anticipare la frontiera del contrasto a fenomeni corruttivi e comunque del rischio di possibili vizi e condizionamenti della procedura"*. Le norme che regolano il conflitto di interessi devono, dunque, essere interpretate *"nel senso di considerare rilevanti situazioni che possano suscitare il dubbio che la sequenza selettiva possa essere stata influenzata da comportamenti inappropriati, tenuto conto che il vantaggio competitivo dell'aggiudicatario, potrebbe essere determinato anche solo dalla 'anticipata conoscenza degli atti di gara o di possibili acquisizioni di informazioni qualificate (afferenti al"*

“operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare”<sup>6</sup>; l’applicazione degli strumenti di tutela “anticipata” all’uopo predisposti, dunque, non presuppone né richiede che siano state poste in essere dal dipendente pubblico concrete condotte improprie e che si siano realizzati “danni” effettivi per l’autorità procedente e indebiti vantaggi per lo stesso dipendente in posizione conflittuale, a discapito della concorrenza, della trasparenza e del buon funzionamento dell’amministrazione<sup>7</sup>.

La giurisprudenza ha giustamente rilevato che “*Il conflitto di interessi non consiste in comportamenti dannosi per l’interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno. L’essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione sono due aspetti distinti.*”<sup>8</sup>. Ontologicamente, quindi, il conflitto di interessi è ascrivibile al paradigma tassonomico della “potenzialità”<sup>9</sup>. Occorre sottolineare, inoltre, che la rilevanza delle situazioni di incompatibilità anche

---

*progetto e al capitolato), riservate e di specifico orientamento sulle aspettative e sui gradimenti della stazione appaltante*”: così Cons. Stato, Sez. III, 20 agosto 2020, n. 5151, in *Foro amm.*, n. 7-8, 2020, p. 1411.

<sup>6</sup> In tal senso Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355, in *www.lamministrativista.it*.

<sup>7</sup> La giurisprudenza è concorde nell’affermare che “*Quanto all’interesse rilevante per l’insorgenza del conflitto, la norma ... va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio*”: cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, in *Foro amm.*, n. 7-8, 2017, p. 1555; ID., Sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853, *ivi*, n. 5, 2018, p. 827; ID., Sez. III, 2 aprile 2014, n. 1577, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>8</sup> Così Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 5 marzo 2019, n. 667, *cit.*; nei medesimi termini si sono espressi, *ex plurimis*, anche Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2020, n. 3048, *cit.*; Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355, in *www.federalismi.it*. Le stesse considerazioni sono riportate, altresì, nella già richiamata Relazione allo Schema definitivo del Codice dei contratti pubblici licenziato nel 2023, redatta dal Consiglio di Stato, Sez. cons. atti norm., (p. 34).

<sup>9</sup> Sul punto si rinvia alla “Guida pratica OLAF”, elaborata dall’Ufficio europeo antifrode, avente ad oggetto l’«*Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d’appalto nel quadro delle azioni strutturali*» (che si può leggere in *www.affarieturopei.gov.it*): *ivi* si sottolinea che “*Un conflitto di interessi implica un conflitto tra la missione pubblica e gli interessi privati di un funzionario pubblico, in cui quest’ultimo possiede a titolo privato interessi che potrebbero influire indebitamente sull’assolvimento dei suoi obblighi e delle sue responsabilità pubbliche..... Un conflitto di interessi sorge quando una persona potrebbe avere l’opportunità di anteporre i propri interessi privati ai propri obblighi professionali.*”. Nel medesimo senso si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 16 novembre 2023, n. 9850, in *Foro amm.*, n. 11, 2023, II, p. 1465. Si rinvia, inoltre, alla delibera ANAC n. 494 del 5 giugno 2019, contenenti le Linee Guida n. 15, concernenti l’«*Individuazione e gestione dei conflitti di interessi nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*», in *www.anticorruzione.it*: all’art. 2, punto 2.1, di tale atto, il conflitto di interessi viene definito come “*la situazione in cui la sussistenza di un interesse personale in capo ad un soggetto operante in nome e per conto della stazione appaltante che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l’esito è potenzialmente idonea a minare l’imparzialità e l’indipendenza della stazione appaltante nella procedura di gara. In altre parole, l’interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico si ha quando le decisioni che richiedono l’imparzialità di giudizio, siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l’interesse pubblico*”.

In merito poi al concetto, alquanto sfuggente ed ambiguo, di “conflitto di interessi potenziale”, il Consiglio di Stato, nel già richiamato parere n. 667/2019, reso sullo schema di Linee Guida ANAC in materia di conflitti di interesse nell’affidamento dei contratti pubblici, ha chiarito che “*le situazioni di ‘potenziale conflitto’ sono, in primo luogo, quelle che, per loro natura, pur non costituendo allo stato una delle situazioni tipizzate, siano destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato (ad es. un fidanzamento che si risolve in un matrimonio determinante la affinità con un concorrente). Ciò, con riferimento alle previsioni esplicite riguardanti sia il rapporto di coniugio, parentela, affinità e convivenza, sia alla possibile insorgenza di una frequentazione abituale, sia al verificarsi delle altre situazioni contemplate nel detto art. 7 (pendenza di cause, rapporti di debito o credito significativi, ruolo di curatore, procuratore o agente, ovvero di amministratore o gerente o dirigente di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti). Si devono inoltre aggiungere quelle situazioni le quali possano per sé favorire l’insorgere di un rapporto di favore o comunque di non indipendenza e imparzialità in relazione a rapporti pregressi, solo però se inquadrabili per sé nelle categorie dei conflitti tipizzati. Si pensi a una situazione di pregressa frequentazione abituale (un vecchio compagno di studi) che ben potrebbe risorgere (dove la potenzialità) o comunque ingenerare dubbi di parzialità (dunque le gravi ragioni di convenienza) ..... La qualificazione “potenziale” e le “gravi ragioni di convenienza” sono espressioni equivalenti perché teleologicamente preordinate a contemplare i tipi di rapporto destinati, secondo l’id quod plerumque accidit, a risolversi (potenzialmente) nel conflitto per la loro identità o prossimità alle situazioni tipizzate*”.

solo virtuali discende, altresì, dal fatto che i rimedi contro i conflitti di interessi sono diretti a preservare non solo la *par condicio* e l'efficacia dell'azione amministrativa, ma anche il prestigio e l'integrità dell'organizzazione pubblica e delle sue articolazioni<sup>10</sup>; in attuazione degli artt. 54 e 98 Cost., la regolamentazione dell'istituto mira a evitare che il semplice sospetto di possibili condizionamenti sull'operato di un funzionario causati da interessi personali di quest'ultimo determini un nocumento all'immagine e alla credibilità dell'apparato agente, con conseguenti, inevitabili effetti negativi sulla fiducia e sull'affidamento dell'amministrato sul comportamento imparziale e corretto dei pubblici poteri<sup>11</sup>.

Come si è ricordato, le suesposte caratteristiche generali della figura in esame sono confermate dall'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 36/2023: *ivi* si statuisce infatti, che “*Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione*”<sup>12</sup>.

La disposizione ora riportata - al pari dell'art. 42 del Codice degli appalti del 2016 - accoglie una nozione aperta e atipica di conflitto di interessi, in conformità alle raccomandazioni e alle direttive provenienti dall'ordinamento internazionale ed europeo, alla disciplina generale dell'istituto dettata dalla legge n.

---

<sup>10</sup> L'istituto ha, quindi, una *ratio* “*plurima*”: per approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 10-17.

<sup>11</sup> Si veda Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2014, n. 5465, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui si rileva che “*l'astensione è espressione del principio generale di imparzialità e di trasparenza al quale ogni P.A. deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione*”; ID., 11 luglio 2017, n. 3415, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), in cui si osserva che “*... ogni P.A. deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost., tanto che le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della P.A., ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o non un risultato illegittimo*”. In epoca antecedente all'entrata in vigore della legge n. 190/2012, anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 13 giugno 1958, n. 6, in *Cons. Stato*, 1958, I, p. 536, aveva affermato che le norme in materia di incompatibilità, previste dall'ordinamento pubblicistico, sono dettate primariamente e specificamente a tutela dell'amministrazione, che deve rispettare il principio di imparzialità.

Occorre aggiungere che la regolamentazione del conflitto di interessi è finalizzata a promuovere e valorizzare anche l'integrità del pubblico funzionario, in applicazione degli artt. 54 e 98 Cost.: tale ultimo obiettivo fondamentale è previsto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione o legge Severino), contenente “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*” e dal d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 (recante il “*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*”): l'art. 3, comma 2, di quest'ultimo provvedimento normativo dispone, in particolare, che “*Il dipendente rispetta altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione d'indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi*”.

<sup>12</sup> Giova rammentare che nel testo originario della disposizione riportata nel testo si precisava che “*la minaccia*” alla imparzialità e indipendenza, determinata dall'interesse privato del dipendente agente, doveva essere “*concreta ed effettiva*”. Significativamente tale ultima specificazione è stata espunta dal testo della norma per effetto dell'art. 15-*quater*, comma 1, lett. a), d.l. 29 settembre 2023, n. 132, convertito dalla legge 27 novembre 2023, n. 170. Con tale ultima modifica è stata implicitamente, ma inequivocabilmente estesa l'operatività del regime dettato dalla norma riformata agli interessi individuali del funzionario pubblico costituenti una minaccia anche solo potenziale all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione.

241/1990 (art. 6-bis)<sup>13</sup> e alle indicazioni fornite al riguardo dall'Anac<sup>14</sup> e dalla giurisprudenza nazionale più diffusa<sup>15</sup>.

Il nuovo regime introdotto dal Codice del 2023 ripropone, dunque, gli stessi problemi esegetici ed applicativi già emersi in costanza della precedente regolamentazione dettata dall'art. 42, d.lgs. n. 50/2016, la quale non contemplava - al pari di quella vigente - un *numerus clausus* di situazioni di incompatibilità. In proposito è stato osservato<sup>16</sup> che la vaghezza definitoria rinvenibile nelle norme pubblicistiche emanate in materia non facilita l'opera dell'interprete, giacché rende oltremodo difficile l'identificazione dei singoli

---

<sup>13</sup> In argomento si rinvia, tra gli altri, a A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2018, spec. pp. 113-160; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*, spec. p. 33 ss.; F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6-bis, L. n. 241/1990*, Giuffrè, Milano, 2018, *passim*, spec. p. 34 ss.; A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2016, p. 155 ss.; E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto di interessi*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2017, p. 287 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, *ivi*, n. 4, 2013, p. 671 ss.; G. D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio delle funzioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*; I. PIAZZA, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. Note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, in *P.a., Persone e Pubblica amministrazione*, n. 1, 2019, p. 63 ss.. In argomento sia, inoltre, consentito rinviare a F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi...*, *cit.*, *passim*, spec. pp. 1-65 e 109 ss.. In particolare, riguardo al rapporto intercorrente tra l'art. 6-bis della legge n. 241/1990 e l'art. 16, d.lgs. n. 36/2023, ha osservato H. SIMONETTI, *La disciplina del conflitto di interessi nella prospettiva del nuovo codice dei contratti*, in G. FONDERICO (a cura di), *Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Edizioni Ca' Foscari, Venezia, 2024, pp. 70-71, che la regolamentazione del conflitto di interessi contemplata dal vigente Codice dei contratti pubblici, "è ... all'apparenza non del tutto in linea neppure con quella generale di cui all'art. 6 bis della legge n. 241/1990, che pure si applica in relazione ai procedimenti di gara sulla base del rinvio esterno operato dall'art. 12 del codice. A ben vedere il comma 1 dell'art. 16 è compatibile con l'art. 6 bis nella parte in cui disciplina il presupposto dell'obbligo di segnalazione e di astensione. Dove, invece, potrebbe non essere compatibile è relativamente al regime delle conseguenze, che peraltro l'art. 16 contempla e sul quale l'art. 6 bis, come si è visto, tace del tutto".

<sup>14</sup> Nelle Linee Guida n. 15/2019, in precedenza già richiamate, si chiarisce (art. 2, punto 3.6) che le ipotesi di conflitto di interessi, rilevanti in materia di contratti pubblici "non sono individuate dalla norma in modo tassativo, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'articolo 97 della Costituzione, quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, tra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite".

<sup>15</sup> In piena aderenza con quanto affermato dall'ANAC (si veda in proposito la nota precedente), la giurisprudenza è solita affermare che "le situazioni di conflitto di interessi, nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico, non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto e incompatibilità anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite": così Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, in *Foro amm.*, n. 7-8, 2017, p. 1555; nel medesimo senso si vedano, tra gli altri, Cons. Stato, Sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5239, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); ID., Sez. IV, 24 aprile 2023, n. 4129, *ivi*.

<sup>16</sup> Le difficoltà applicative della disciplina relativa al conflitto di interessi, discendenti dalla mancata individuazione di ipotesi tassative e tipiche di incompatibilità, sono sottolineate, tra gli altri, da S. CASSESE, *Conflitti di interessi: il fiume di Eraclito*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2004, p. 239 ss., e, più di recente, da S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione...*, *cit.*, p. 683-684; F. SICILIANO, *Conflitto di interessi...*, *cit.*, p. 90; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi...*, *cit.*, p. 39. Anche la giurisprudenza non ha mancato di far notare che le norme che regolano il conflitto di interessi nell'ordinamento pubblicistico "sono, di tutta evidenza, meramente descrittive e non sostanziali e per altro di contenuto alquanto generico": così osserva il Consiglio di Stato nel parere, già più volte menzionato, n. 667/2019, sullo schema di Linee Guida ANAC in materia di conflitti di interesse nell'affidamento dei contratti pubblici. In particolare in tale parere si osserva che la definizione di conflitto di interessi (cui si ispira la più recente legislazione italiana in materia), contenuta nell'art 57, par. 2, del regolamento finanziario applicabile al bilancio generale dell'Unione europea (regolamento n. 966/2012) "è talmente generale e generica da ricomprendere, praticamente, qualsiasi rapporto umano che non sia puramente occasionale, e dunque si pone fuori dalla nostra tradizione giuridica che richiede una precisa individuazione dei casi di conflitto. A questa ultima quindi, è opportuno riferirsi per meglio comprendere la natura del conflitto".

casi di conflitto; si è fatto, altresì, notare<sup>17</sup> che detta indeterminatezza del disposto legislativo finisce, di fatto, per attribuire al personale delle stazioni appaltanti e, in ultima istanza, al giudice, qualora sorgano controversie, un ruolo suppletivo particolarmente gravoso, in quanto connotato da una ampia discrezionalità; quest'ultima autonomia valutativa, lasciata dai precetti, di cui si discute, è ritenuta poi da molti - non senza ragione - eccessiva e, come tale, pregiudizievole per la certezza del diritto e per la *par condicio* che deve essere garantita a tutti gli operatori economici<sup>18</sup>.

Le difficoltà pratiche ora segnalate potrebbero essere considerate addirittura accentuate dall'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, posto che in siffatto enunciato normativo è stato espunto il riferimento all'art. 7, d.p.r. n. 62/2013<sup>19</sup>, prima contenuto nell'art. 42, d.lgs. n. 50/2016. Non sembra, tuttavia, che la mancanza, nella vigente disciplina, di un rinvio espresso al regolamento recante il “*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*” costituisca una innovazione rilevante, poiché la giurisprudenza ha, in più occasioni, avuto modo di chiarire che il richiamo, operato nell'art. 42, d.lgs. n. 50/2016, al predetto regolamento aveva una funzione meramente esemplificativa<sup>20</sup>; inoltre, nella Relazione allo Schema definitivo dell'attuale Codice di contratti pubblici (pag. 34) si sottolinea che l'eliminazione nel nuovo testo contenuto nel menzionato art. 16, comma 1, del Codice del 2023, di ogni riferimento a “*norme presenti in altra parte dell'ordinamento (ad esempio, nel piano anticorruzione, o nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici - D.P.R. n. 62 del 2013)*” risponde essenzialmente a “*finalità di semplificazione*”, dettate dall'esigenza di “*evitare inutili ridondanze .... confusioni e sovrapposizioni*”<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Al riguardo si rinvia ancora alla dottrina e ai luoghi indicati nella nota precedente.

<sup>18</sup> Sul punto, con specifico riferimento alla nozione di conflitto di interessi nella materia dei contratti pubblici, si veda A. BERRETTINI, *Conflitto di interessi e contratti pubblici: un difficile equilibrio tra (in)certezze del diritto e tassatività delle situazioni conflittuali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), luglio 2020.

<sup>19</sup> Si ricorda che la norma di rango secondario citata nel testo, contenuta nel già menzionato regolamento recante il “*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*”, prescrive che “*Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero, di enti, associazioni, anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente*”. La disposizione riportata contiene poi, nel penultimo periodo, una clausola di chiusura: ivi si stabilisce che “*Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza*”. Nell'ultimo periodo della norma, si specifica, altresì, che “*Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza*”.

<sup>20</sup> A tal proposito, l'ANAC rileva, al paragrafo 2.6 delle già menzionate Linee Guida n. 15/2019, che: “*Le situazioni di conflitto di interesse di cui all'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62, sono richiamate dall'articolo 42 del codice dei contratti pubblici a titolo meramente esemplificativo e rappresentano ipotesi predeterminate per le quali la valutazione della possibile sussistenza del rischio di interferenza dell'interesse privato nelle scelte pubbliche è operato a monte dal legislatore*”. In senso conforme Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, cit.; ID., Sez. IV, 24 aprile 2023, n. 4129, cit.; *contra* Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 5 marzo 2019, n. 667, cit.; ID., Sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2023, p. 377.

<sup>21</sup> In argomento si rinvia a A. BERRETTINI, *Art. 16. Conflitto di interessi*, in R. VILLATA - M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Pacini Giuridica, Pisa, 2024, p. 87 ss.; H. SIMONETTI, *La disciplina del conflitto di interessi...*, cit., p. 57 ss..

Occorre aggiungere poi che, nella “nozione riformulata e semplificata ... di conflitto di interessi”<sup>22</sup>, recepita nella disposizione qui analizzata, è incluso, in via residuale, ogni “... altro interesse personale che può essere percepito come minaccia alla ...imparzialità ...”<sup>23</sup>; tale prescrizione generica, avente valore di clausola di chiusura<sup>24</sup>, consente certamente di utilizzare ancora il citato art. 7, d.p.r. n. 62/2013, come parametro di riferimento per l’individuazione delle specifiche ipotesi di interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario agente.

L’art. 16, comma 4, del Codice del 2023, stabilisce, altresì - in analogia con quanto sancito dell’art. 42 del Codice del 2016 - che le stazioni appaltanti sono tenute ad adottare misure adeguate per prevenire, gestire e risolvere, in modo efficace, ogni ipotesi di conflitto che può verificarsi nello svolgimento delle gare pubbliche e a vigilare affinché siano rispettati dai suoi dipendenti gli obblighi di segnalazione e di astensione imposti dal comma 3 della medesima disposizione.

Nel vigente regime è stato, inoltre, esteso, rispetto alle previsioni dell’art. 42, d.lgs. n. 50/2016, il perimetro soggettivo di operatività dell’obbligo di astensione, giacché, al comma 1 dell’art. 16, d.lgs. n. 36/2023, è stato sostituito il termine “personale” con il più ampio ed omnicomprensivo termine di “soggetto”; in tal modo sono stati ricompresi nell’ambito di applicazione della norma non solo i dipendenti, i funzionari e gli impiegati della stazione appaltante, ma anche ogni altro “soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti e delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato”. Sul punto, peraltro, è stato opportunamente osservato nella Relazione allo Schema definitivo del Codice del 2023 (pag. 34) che la modifica testuale sopra ricordata non rappresenta, in realtà, una novità assoluta, dato che, con essa, il legislatore si è semplicemente limitato a recepire i rilievi espressi dall’Anac e gli orientamenti consolidati della giurisprudenza amministrativa<sup>25</sup>. In ultimo, si deve segnalare che nell’art. 16, d.lgs. n. 36/2023 non è più indicato, tra le finalità fondamentali dell’istituto, il contrasto alle frodi e alla corruzione, come, invece, espressamente previsto nell’art. 42, comma 1, del Codice del 2016<sup>26</sup>. Sebbene nella già evocata Relazione allo Schema definitivo

<sup>22</sup> Cfr. ancora la Relazione allo schema definitivo del Codice del 2023, p. 34.

<sup>23</sup> Dunque, ancor oggi, l’interesse privato che potrebbe porsi in conflitto con l’interesse pubblico può essere diretto od indiretto, avere natura finanziaria, economica o derivare ancora da particolari legami di parentela, affinità, convivenza o frequentazione abituale con i soggetti destinatari dell’azione amministrativa.

<sup>24</sup> Secondo H. SIMONETTI, *La disciplina del conflitto di interessi...*, op. cit., p. 70, l’espressione ora riportata nel testo ha la stessa valenza e funzione rivestite dalla “formula di chiusura delle ‘gravi ragioni di convenienza’” contenuta nell’art. 7, comma 1, d.p.r. n. 62/2013.

<sup>25</sup> Per eventuali approfondimenti sull’orientamento giurisprudenziale ora richiamato si rinvia a R. DE. NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2014*, Zanichelli, Bologna, 2021, pp. 632-639; G.A. GIUFFRÈ - P. PROVENZANO - S. TRANQUILLI, *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 493-499; C. MARCHESE - A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Art. 16 - Conflitto di interessi*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2023, pp. 126-138.

<sup>26</sup> Sul punto si veda, tra gli altri, R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2020, *passim*; E. CARLONI, *L’anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023, *passim*; F. PATRONI GRIFFI, *Il contrasto alla corruzione a dieci anni dalla legge 190/2012 (cd. legge Severino)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023; F. MERLONI,



del Codice di contratti da ultimo varato (p. 34) si evidenzia che l'eliminazione dal corpo della disposizione di qualsiasi riferimento alle "frodi" e alla "corruzione" "non riduce il presidio anticorruzione (che anzi resta invariato e viene anche esteso con più chiarezza alla fase della esecuzione e ai soggetti non dipendenti della p.a.)" non pare, tuttavia, che tale omesso richiamo sia privo di significato. In effetti, nella regolamentazione del conflitto di interessi contenuta dal Codice del 2023, la lotta al malaffare e all'illegalità nella pubblica amministrazione non sembra più l'obiettivo prioritario perseguito, se si considera che i criteri ispiratori del nuovo regime predisposto (e di tutto il testo normativo in cui si inserisce) sono mutati e individuati, più esattamente, nei principi di fiducia e del risultato, enunciati negli artt. 1 e 2, dello stesso Codice. La primazia riconosciuta a siffatti principi-guida ha determinato conseguenze non trascurabili, poiché ha comportato l'introduzione di una speciale regola relativa all'onere della prova (su cui ci si soffermerà nella successiva trattazione) che, in sostanza, limita notevolmente la contestabilità delle situazioni conflittuali da parte degli operatori economici partecipanti ad una gara pubblica che si ritengono lesi da tali situazioni di fatto o di diritto, incidenti sull'equidistanza e sulla serenità di giudizio degli organi coinvolti nell'esercizio del potere: nell'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, si statuisce, infatti, che "In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro".

## 2. Analisi dello speciale regime probatorio stabilito dall'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023

La disposizione dettata dall'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, ha una indubbia portata innovativa<sup>27</sup> non tanto per il richiamo *ivi* contenuto ai principi del risultato e della fiducia, di nuova codificazione ma già immanenti nel sistema dei contratti pubblici ed operanti come criteri regolatori della materia<sup>28</sup>, quanto

---

*La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli, Santarcangelo, 2013, p. 17 ss.; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2, 2013, p. 124 ss.; ID., *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007, *passim*; B.G. MATTARELLA - M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, Giappichelli, Torino 2013, *passim*; spec. 124 ss.; E. CARLONI, *Corruzione (prevenzione della) (voce)*, in *Enc. dir., I tematici*, Milano, 2022, p. 319 ss.; M. DELSIGNORE - M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2019, I, p. 61 ss..

<sup>27</sup> In tal senso, H. SIMONETTI, *La disciplina del conflitto di interessi*, *op. cit.*, p. 70; C. MARCHESE - A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Art. 16 ...*, *cit.*, p. 134; A. BERRETTINI, *Art. 16 ...*, *cit.*, pp. 89-90.

<sup>28</sup> Sul punto ha rilevato il Consiglio di Stato, Sez. VI, nella sentenza 4 giugno 2024, n. 4996, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che "anche se il 'principio del risultato' è stato reso solo di recente esplicito dal nuovo codice dei contratti pubblici, tale principio era già 'immanente' al sistema della c.d. amministrazione di risultato (ricondotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa già prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023)"; nel medesimo senso si sono espressi anche Cons. Stato Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); ID., Sez. III, 9 gennaio 2024, n. 286, in *Foro amm.*, n. 1, 2024, II, p. 37; ID., 15 novembre 2023, n. 9812, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). E' stato, inoltre, osservato che "Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinati inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo": così Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, *cit.*; in tal senso si veda pure Cons. Stato,

piuttosto perché in essa non è stabilita una regola di comportamento per i soggetti di cui si avvale l'amministrazione o per gli operatori economici che partecipano alla gara - come sarebbe stato lecito e ragionevole attendersi e come è stato sempre fatto in tutte le norme afferenti al conflitto di interessi, precedentemente emanate - bensì una peculiare regola istruttoria <sup>29</sup>, riguardante l'onere della prova (e, ancor prima, l'onere di allegazione), valevole sia nell'ambito del procedimento, nel caso in cui sia segnalata alla stazione appaltante, da parte di un concorrente, una situazione comportante l'obbligo di astensione, sia nell'ambito dei giudizi in cui è denunciata la violazione del predetto obbligo. La disposizione speciale ora richiamata ha, quindi, valenza sia sostanziale sia processuale.

Detta norma è chiaramente finalizzata a garantire un punto di equilibrio tra imparzialità e buon andamento e, più precisamente, a evitare che l'emersione di eventuali interferenze tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico rallenti l'azione amministrativa e impedisca la sollecita aggiudicazione ed esecuzione di appalti o concessioni.

Come si è detto, nell'ultimo Codice dei contratti pubblici il legislatore ha ritenuto di perseguire i suindicati obiettivi, non attraverso la predisposizione di una disciplina più specifica e dettagliata delle ipotesi che determinano l'obbligo di astensione (si è già in precedenza evidenziato che, sotto il profilo sostanziale, la regolamentazione del fenomeno qui considerato è rimasta invariata), ma attraverso un inedito quanto criticabile intervento volto a circoscrivere surrettiziamente la possibilità, per i partecipanti alla gara, di sollevare questioni relative alla compatibilità tra l'interesse funzionalizzato e l'interesse personale del decisore pubblico. A tale scopo, è stato imposto strumentalmente - con l'evidente intento di ridurre al minimo le segnalazioni <sup>30</sup> e il contenzioso in materia - un onere della prova molto gravoso e rigoroso in capo a chi, avvalendosi dei rimedi amministrativi o giurisdizionali, contesta il conflitto di interessi; in questo modo, è stato reso, di fatto, oltremodo difficile ottenere, in via di autotutela, la sostituzione del funzionario ritenuto *inhabilis* o l'esclusione del concorrente dalla procedura *ex art. 95, comma 1, lett. b)*, d. lgs. n. 36/2023, oppure una sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, per violazione del regime configurato dall'art. 16, d.lgs. n. 36/2023.

In particolare, al fine di circoscrivere, il più possibile, l'impatto negativo sull'esito e i tempi delle gare pubbliche derivante dall'applicazione degli strumenti per la prevenzione e/o risoluzione dei conflitti di

---

Sez. V, 27 novembre 2024, n. 9510, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it). Per le suesposte ragioni, “*il principio del risultato e il principio della fiducia, sebbene codificati solo dal d.lgs. n. 36 del 2023, svolgendo una funzione regolatoria, devono guidare l'interprete nella lettura e nell'applicazione della disciplina di gara, anche in relazione a procedure di gara soggette al d.lgs. n. 50 del 2016, rendendosi funzionali a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, all'esito di un realizzato contesto partecipativo ispirato all'attuazione della massima concorrenzialità, altrimenti precluso dall'interpretazione formalistica ed escludente delle disposizioni della lex specialis*”: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre 2024, n. 7875, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>29</sup> In tal senso H. SIMONETTI, *La disciplina del conflitto di interessi*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>30</sup> Giustamente fa notare A. BERRETTINI, *Art. 16, op. cit.*, p. 90, che la nuova norma in commento è finalizzata precipuamente a evitare “*segnalazioni evanescenti*” che possono ritardare la conclusione della gara avviata.

interessi, è stato stabilito dalla norma da ultimo richiamata un “doppio” onere della prova: in primo luogo, il comma 2 di tale norma dispone che “*la percepita minaccia all'imparzialità e all'indipendenza*”, generata dalla posizione individuale dell'organo agente, debba “*essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati*”. Con quest'ultima prescrizione, si richiede, in sostanza, che lo *status de iure vel de facto* del dipendente dia luogo a una situazione di pericolo certa e concreta per il corretto esercizio del potere amministrativo<sup>31</sup>. Giova sottolineare che detta previsione non ha, in realtà, carattere innovativo, dal momento che, con essa, legislatore ha semplicemente provveduto a recepire e positivizzare l'indirizzo interpretativo più diffuso in epoca antecedente all'entrata del codice del 2023; si rammenta al riguardo che, per opinione giurisprudenziale comune e consolidata, nel settore dei contratti “*l'ipotesi di conflitto di interessi non può essere ... predicata in astratto*”<sup>32</sup>, ma “*deve essere supportata da elementi concreti, specifici ed attuali*”<sup>33</sup>.

Il legislatore, tuttavia, non si è limitato a sancire che non è sufficiente, per l'accoglimento di una istanza o un ricorso in cui si lamenta la violazione dell'obbligo di astensione, l'esistenza di un fondato “sospetto” di indebiti condizionamenti, distorsioni e sviamenti del potere amministrativo dai fini suoi propri, in quanto ha inserito nello stesso testo del citato art. 16, comma 2, una ulteriore e ben più pregnante regola relativa all'onere della prova, questa sì di portata certamente innovativa: nella seconda parte della norma si statuisce, infatti, che “*la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza ..... deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro*”. Sebbene l'enunciato testé riportato non si distingua per chiarezza, dal suo contenuto letterale è comunque possibile arguire che chi vuole denunciare un conflitto di interessi è tenuto a dimostrare, oltre alla sussistenza di una situazione di pericolo concreto e specifico, che si sono, altresì, prodotti “*effettivi*” pregiudizi per l'interesse funzionalizzato e, correlativamente, ingiustificati vantaggi per il soggetto titolare della posizione ritenuta incompatibile, a discapito della concorrenza, dell'imparzialità, della trasparenza e del buon andamento dell'azione pubblica.

In definitiva, con il peculiare regime innanzi descritto sono state, di fatto, private di ogni tutela le ipotesi di conflitto meramente potenziali, ovvero le fattispecie più comuni e frequenti di incompatibilità tra la sfera personale del dipendente pubblico e i compiti istituzionali a questo affidati. Tali ultime fattispecie rimangono, peraltro, ancora rilevanti sul piano sostanziale, ai sensi dell'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 36/2023. Quindi, dal combinato disposto dei commi 1 e 2 del precetto in questione si evince che l'interesse soggettivo potenzialmente pregiudizievole per la concorrenza e l'imparzialità determina ancora l'obbligo

<sup>31</sup> Sul punto si rinvia ancora a H. SIMONETTI, *La disciplina del conflitto di interessi*, op. cit., 71.

<sup>32</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2020, n. 2863, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); in senso conforme Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile, 2019, n. 2511, *ivi*.

<sup>33</sup> Così Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); nei medesimi termini Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2020, n. 5370, *ivi*; ID., Sez. II, 31 luglio 2023, n. 12917, *ivi*.

di astensione per il funzionario, cui è riferibile detta posizione individuale (comma 1); tuttavia, se il funzionario direttamente coinvolto non si astiene *motu proprio*, il suo comportamento omissivo, anche se non rispettoso dei dettami stabiliti dal comma 1, non è contestabile, in via amministrativa, dai partecipanti alla gara e non è sindacabile da parte del giudice, (comma 2).

D'altro canto, con la medesima disposizione è stata, altresì, notevolmente ridimensionata la rilevanza (*rectius* l'incidenza sulle sorti del contratto) dei casi di pericolo attuale e concreto per l'interesse perseguito dalla stazione appaltante, dato che il soggetto che intende segnalare o contestare l'esistenza di una causa di incompatibilità deve dimostrare - in virtù del più volte evocato art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 - non solo che l'interesse privato ritenuto inconciliabile con la missione pubblica assegnata al suo titolare è "effettivo", ma anche che detto *status* personale ha avuto una concreta e specifica influenza sulle decisioni assunte dall'ente aggiudicatore. In base alla norma pocanzi menzionata, infatti, chi denuncia la violazione dell'obbligo di astensione è tenuto a provare che la posizione individuale contrastante con la funzione pubblica esercitata può essere soddisfatta solo "aumentando i costi o diminuendo i benefici" conseguibili dall'amministrazione procedente<sup>34</sup>.

La scelta del legislatore di regolare nei termini innanzi descritti il fenomeno in esame appare discutibile dal punto di vista sia logico sia giuridico: innanzitutto il regime delineato nel Codice del 2023 risulta intrinsecamente contraddittorio, giacché - come si è pocanzi evidenziato - prescrive un diverso trattamento dell'istituto regolato sul piano sostanziale e processuale. Giova rammentare ancora che, in base alla disciplina differenziata predisposta dalla vigente normativa, le ipotesi più comuni e diffuse di incompatibilità del funzionario agente sono lasciate, di fatto, alla "libera" valutazione dell'amministrazione, in quanto sono sottratte, seppur indirettamente e surrettiziamente - attraverso, cioè, l'imposizione di un onere della prova particolarmente complesso e gravoso in capo a chi vuol far valere tali situazioni conflittuali - al sindacato del giudice.

Una simile regime pone seri dubbi di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 24, 103 e 113 Cost., poiché riduce notevolmente ed artificiosamente - in nome dei (malintesi) principi del risultato e della fiducia codificati nel d.lgs. n. 36/2023<sup>35</sup> - i diritti di difesa del cittadino contro le determinazioni e le condotte scorrette, non trasparenti e lesive della *par condicio* tenute dalla pubblica amministrazione e dal

---

<sup>34</sup> In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, nella più volte evocata Relazione illustrativa del Codice del 2023: *ivi* si rileva (p. 34), infatti, che, per disposto dell'art. 16, comma 2, del predetto testo normativo, "un conflitto di interessi si determina le volte in cui a un soggetto sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui (così detto interesse funzionalizzato) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (de iure vel de facto) di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'interesse funzionalizzato."

<sup>35</sup> Per approfondimenti *infra* il prossimo paragrafo. Sul punto giova comunque sottolineare sinora che, in base all'art. 1 del nuovo codice dei contratti, "L'interesse pubblico al risultato è divenuto prioritario, non tiranno: ne avrebbe potuto essere altrimenti, attesa la pluralità di interessi interconnessi e il rango super-primario di alcuni": così R. VILLATA - L. BERTONAZZI, *Art. 1, Principio del risultato*, in R. VILLATA - M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, cit., p. 4.

suo personale. La speciale regola istruttoria dettata dall'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, inoltre, limitando fortemente la “giustiziabilità” dei comportamenti dei dipendenti pubblici contrari agli obblighi previsti dai commi 1 e 3 della disposizione da ultimo richiamata, rende, in definitiva, il conflitto di interessi un istituto, se non del tutto inutile o di carattere solo “ornamentale”, certamente marginale nell'ambito del settore dei contratti pubblici; in tal modo, però, è contraddetta la funzione stessa del diritto amministrativo, ossia la sua “*funzione eminentemente garantistica .. come argine del potere pubblico (autorità) a difesa degli amministrati (libertà)*”<sup>36</sup>.

Occorre infine sottolineare che (purtroppo) lo scopo pratico perseguito dal legislatore con la peculiare disciplina più sopra illustrata - consistente, come si è detto, nel drastico contenimento dell'impatto che l'applicazione dei rimedi previsti in caso di conflitto di interessi ha sull'aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici - appare comunque essere stato raggiunto, giacché, a distanza di più di un anno e mezzo dall'entrata in vigore del Codice del 2023, i pronunciamenti giurisprudenziali che hanno riconosciuto, ai sensi del succitato art. 16, comma 2, l'esistenza di situazioni conflittuali sono quasi del tutto assenti.

### **3. Osservazioni critiche in merito alla disciplina dettata dall'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023**

Si è avuto modo di sottolineare nelle precedenti osservazioni che la regola di giudizio, afferente all'onere della prova, definita dall'art. 16, comma 2, del Codice del 2023, non è condivisibile per diverse ragioni di ordine sistematico.

In merito alla *ratio* di siffatta regola di giudizio, si è già rammentato che nella norma disciplinatrice il fondamento del regime istruttorio in questione è rinvenuto espressamente nei principi del risultato e della fiducia, enunciati, rispettivamente, dagli artt. 1 e 2, d.lgs. n. 36/2023. Tuttavia, nonostante il predetto richiamo testuale, non pare, in realtà, che i limiti alla contestabilità delle situazioni di conflitto, posti dal precetto di cui si discetta, trovino un sicuro sostegno ed una adeguata giustificazione nei principi-guida innanzi indicati.

Innanzitutto, riguardo al principio della fiducia<sup>37</sup>, nella Relazione allo Schema definitivo del vigente Codice dei contratti pubblici (pag. 14) si precisa che tale principio non impone una “*fiducia unilaterale e*

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>37</sup> In argomento si veda A. POLICE, *Art. 2. Principio della fiducia*, in R. VILLATA - M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, cit., p. 9 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2023, p. 287 ss.; M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 45 ss.; D. IARIA, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in G.F. CARTEI - D. IARIA (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 18 ss.; B. N. ROMANO, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove Autonomie*, n. 2, 2023, p. 765 ss.; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'art. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2023; ID., *Il principio di fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 54 ss.; C. PAGLIARIN, *Brevi osservazioni sul principio di fiducia*, in F.

*incondizionata*” nelle valutazioni e nelle scelte compiute dall’amministrazione. Nella medesima Relazione (sempre a pag. 14) si osserva conseguentemente che la regola generale recepita nell’art 2 del Codice non è finalizzata a ridurre il controllo giurisdizionale sull’operato dell’amministrazione e i diritti di difesa e azione degli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche, in quanto “*la fiducia è legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell’azione amministrativa. Non si tratta, allora, di “regalare la fiducia” a funzionari che non la meritano, né tanto meno di incidere sull’intensità del sindacato giurisdizionale. Si tratta, al contrario, di dettare una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un’opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività*”<sup>38</sup>.

Così concepito e declinato, il principio sopra indicato non può certo assurgere a criterio ispiratore di una fattispecie normativa - come quella in esame - orientata chiaramente, se non a precludere, a rendere quantomeno difficile, sul piano pratico, l’annullamento di una aggiudicazione o l’esclusione dalla gara di una impresa concorrente per violazione degli obblighi di segnalazione e astensione previsti in caso di conflitto di interessi.

D’altro canto, il sistema delineato dal comma 2 dell’art. 16, d.lgs. n. 36/2023, non è neppure conforme al principio di risultato<sup>39</sup>, parimenti richiamato, ancorché implicitamente, nella stessa disposizione. Sempre nella Relazione allo Schema definitivo del Codice del 2023 si sottolinea che anche quest’ultima clausola generale “*si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza*”<sup>40</sup>. Con la sua codificazione non è stato, dunque, spostato il confine tra risultato e legalità<sup>41</sup> e pertanto il perimetro dell’efficacia e dell’efficienza rimane ancor oggi delimitato dai canoni di imparzialità, ragionevolezza, trasparenza e buona fede<sup>42</sup>; ed infatti, in coerenza con tale impostazione, nell’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, si prescrive che le stazioni appaltanti devono perseguire “*il risultato ... nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*”.

---

MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, Messina University press, Messina, 2024, p. 13 ss..

<sup>38</sup> Sul punto si veda Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2024, n. 9510, in *www.lexitalia.it*; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 4 giugno 2024, n. 2096, in *Guida al dir.*, n. 1, 2024, p. 27; T.a.r. Campania, Napoli, Sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738, in *Guida al dir.*, n. 1, 2024, p. 3.

<sup>39</sup> In argomento si rinvia a R. VILLATA - L. BERTONAZZI, *Art. 1, op. cit.*, p. 1 ss.; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio della concorrenza nello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici*, in G CORSO - M. IMMORDINO (a cura di), *Studi in onore di Filippo Salvia. Atti del Convegno “Quale piano per il futuro dell’urbanistica?”*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 517 ss.; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; H. SIMONE’TTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti*, in *Judicium.it*, 2023; V. ITALIA, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, n. 3, 2023, p. 1183 ss.; M. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA. VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 11 ss.; R. CARANTA, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici, art. 1-2*, in *Giur. it.*, n. 8-9, 2023, p. 1950 ss..

<sup>40</sup> Così si afferma nella più volte richiamata Relazione allo Schema definitivo del Codice del 2023 (pag. 13).

<sup>41</sup> Cfr. S. PERONGINI, *Il principio del risultato ...*, *cit.*, p. 520.

<sup>42</sup> Cfr. R. VILLATA - L. BERTONAZZI, *Art. 1, op. cit.*, p. 2.

In definitiva, il miglior risultato conseguibile - ai sensi del succitato art. 1, del Codice del 2023 - è sempre quello che garantisce “la concorrenza” effettiva “tra gli operatori”, “la trasparenza” delle decisioni assunte dall’amministrazione e la “piena verificabilità” della “corretta applicazione delle regole del presente codice”<sup>43</sup>: in un simile contesto giuridico, quindi, dovrebbe essere attribuito rilievo primario alla disciplina relativa al conflitto di interessi, posto che le misure di prevenzione e i rimedi *in vi* stabiliti sono preordinati, in modo precipuo e diretto, a evitare che si verifichino indebiti condizionamenti, ingerenze, distorsioni o sviamenti, pregiudizievoli per la *par condicio* e il corretto funzionamento dell’apparato pubblico<sup>44</sup>.

E’ altresì diffuso il convincimento<sup>45</sup> che la *ratio* propria e specifica della regola di giudizio, accolta nell’art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, risiede nell’esigenza di combattere e risolvere il problema della cd. burocrazia difensiva, segnatamente della c.d. “paura di firma”<sup>46</sup>.

Peraltro, anche volendo aderire a tale indirizzo interpretativo, non sembra che lo strumento prescelto nel caso di specie dal legislatore per realizzare il predetto fine sia il più giusto ed adeguato; appare invero evidente che le cause di inefficienza e immobilismo nell’amministrazione pubblica dovrebbero essere fronteggiate non con riforme, come quelle di cui si discute, che, in sostanza, diminuiscono le garanzie di difesa del cittadino, i controlli esterni all’amministrazione e i presidi di legalità presenti nell’organizzazione pubblica, quanto piuttosto con interventi volti a semplificare le norme, gli adempimenti e le procedure (tale prioritario obiettivo è stato purtroppo, ancora una volta, mancato con il nuovo Codice dei contratti

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>44</sup> Per approfondimenti sul punto si rinvia alla dottrina citata nella precedente nota 13.

<sup>45</sup> In particolare, nella Relazione relativa allo Schema definito del nuovo Codice dei contratti pubblici si osserva (p. 34) che la disciplina dettata dal comma 2 dell’art. 16 “ha l’obiettivo di perimetrare e rendere tassativa la nozione comunitaria, restando gli insegnamenti della giurisprudenza nazionale in materia. Va a tal proposito evidenziato che le situazioni di conflitto di interessi assumono una notevole rilevanza nei confronti del soggetto pubblico per le gravi conseguenze giuridiche derivanti dalla omissione della loro dichiarazione. Dunque, non se ne può accettare una definizione generica e indeterminata che non renda possibile inquadrare precisamente l’oggetto della omissione, considerando le ricadute disciplinari ma soprattutto penali ai sensi dell’art. 323 c.p., atteso che la violazione dell’obbligo di astensione, ove prescritto (anche dalla norma in esame, quindi), è intesa per giurisprudenza costante della Suprema Corte come un dovere di astensione introdotto nell’ordinamento in via generale e diretta dall’art. 323 c.p. (*ex multis* Cass. Pen. Sez. 6, 15 marzo 2013, n.14457, 19 ottobre 2004, n. 7992), considerata una sorta di norma penale in bianco completata dal richiamo alle varie ipotesi di astensione contemplate dalle leggi speciali, e indipendentemente dall’avverarsi del fatto dannoso. Per questo, riprendendo alcuni spunti contenuti nel parere del Consiglio di Stato n. 667 del 5 marzo 2019 (reso sulle Linee guida ANAC in materia di conflitto di interessi), il comma 2 precisa che un conflitto di interessi si determina le volte in cui a un soggetto sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui (così detto interesse funzionalizzato) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (de iure vel de facto) di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell’interesse funzionalizzato.” In argomento si veda pure A. BERRETTINI, *Art. 16. Conflitto di interessi*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>46</sup> Sulla questione ora indicata nel testo si veda Corte Cost., 18 gennaio 2022, n. 8, in *Giur. Cost.*, 2022, n. 1, 88; in dottrina, tra gli altri, M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2020, p. 35 ss.; G. BOTTINO, *La burocrazia “difensiva” e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi giur. econ.*, n. 1, 2020, p. 117 ss.; ID., *Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della “burocrazia difensiva”: la responsabilità penale per “abuso d’ufficio” come paradigma*, in *Il lav. nella pubbl. amm.*, n. 2, 2022, p. 241 ss.; S. BATTINI, *Abuso d’ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2022, p. 494 ss.; G. LA ROSA, *La “paura della firma” e la pillola avvelenata nel d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021.

pubblici), a formare i dipendenti pubblici e a incrementare le strutture, interne all'apparato amministrativo, aventi funzione di supporto del personale nella gestione dei conflitti di interessi<sup>47</sup>.

Occorre rilevare, inoltre, che il peculiare regime dell'onere della prova qui analizzato risulta, altresì, difficilmente conciliabile con il diritto europeo. Si ricorda che l'ordinamento comunitario, pur lasciando ampi margini discrezionali agli Stati membri sulla scelta dei sistemi e delle regole da adottare per arginare la corruzione e prevenire i conflitti di interessi nel settore dei contratti pubblici, ha, nondimeno, fissato alcuni *standards* minimi di tutela che le legislazioni nazionali sono tenute comunque ad assicurare<sup>48</sup>; al riguardo, la Corte di Giustizia, in diversi pronunciamenti<sup>49</sup>, ha avuto modo di sottolineare che le disposizioni adottate in materia da singoli Stati devono, in ogni caso, evitare di esporre, sul piano processuale, l'operatore economico che intende far valere un conflitto di interessi ad una *probatio diabolica*<sup>50</sup>.

La disciplina interna, di cui si tratta, non si uniforma certamente alle indicazioni sopra ricordate, provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale: come si è già in precedenza notato, l'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, pone sull'operatore economico che invoca l'applicazione dell'obbligo di astensione per il funzionario in posizione conflittuale un "doppio" onere della prova molto gravoso, giacché richiede,

---

<sup>47</sup> La disciplina contenuta nell'art. 16, comma 2, del Codice dei Contratti, si inserisce in una più ampia tendenza rinvenibile nella più recente legislazione - che chi scrive trova estremamente pericolosa e preoccupante - a introdurre misure volte a depotenziare i controlli e a ridurre le garanzie di legalità, nell'intento (dichiarato o sotteso) di assicurare un'azione amministrativa più celere ed efficace. Sono, tra l'altro, indicativi di tale tendenza i seguenti provvedimenti da ultimo varati: il c.d. "scudo erariale" (in proposito si veda Corte Cost., 6 giugno 2024, n. 132, in *Guida al diritto*, n. 1, 2024, 39), disposto, seppur in via temporanea, dall'art. 21, comma 2, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (contenente Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120; l'esclusione dal perimetro del controllo concomitante della Corte dei conti degli interventi riconducibili al PNRR e al PNC, stabilito, in sede di conversione del d.l. 44/2023, dalla legge 21 giugno 2023 n. 74 (art. 1 comma 12-*quinquies*, lett. b); l'abrogazione del reato di abuso di ufficio decretato da ultimo, dopo diversi interventi di riforma, dalla legge 9 agosto 2024, n. 114. Per approfondimenti in materia si rinvia a G. BOTTINO, *La burocrazia "difensiva" e le responsabilità degli amministratori ...*, *cit.*, p. 117 ss.; R. GAROFOLI, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio*, in *sistemapenale.it*, 21 settembre 2023; S. BATTINI, *Abuso d'ufficio ...*, *cit.*, p. 494 ss.; G.M. RACCA, *Abuso di ufficio e contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2024; P. CORLETO, *La responsabilità penale per abuso d'ufficio dopo il "decreto Semplificazioni": effetti e implicazioni sull'attività degli amministratori pubblici*, *ivi*, 2023; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia normativa: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi giur. econ.*, n. 1, 2020, p. 75 ss.; A. CIOFFI, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2021, p. 285 ss.. Non a torto alcuni Studiosi hanno evidenziato che, con gli interventi legislativi innanzi segnalati, il legislatore sembra esserci orientato a ritenere tollerabili talune forme di "illegalità utile", in quanto le considera funzionali a garantire un adeguato bilanciamento tra buon andamento e legalità: in tal senso L. DE LUCIA, *L'amministrazione pubblica tra "illegalità utile" e "inefficienza utile"*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2024.

<sup>48</sup> Si rammenta che l'art. 35, par. 1, direttiva UE 2024/23, impone agli Stati membri di disciplinare il conflitto di interessi con regole e misure idonee ad assicurare che "le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori adottino misure adeguate per combattere le frodi, il clientelismo e la corruzione e per prevenire, individuare e risolvere in modo efficace i conflitti di interesse insorti nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione della concessione, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti". In senso sostanzialmente coincidente dispongono anche gli artt. 24, par. 1, direttiva UE 2014/24, e 42, par. 1, direttiva UE 2014/25,

<sup>49</sup> Sul punto si veda Corte di Giustizia UE, Sez. Grande, 16 dicembre 2008, C-2013/07, in *Riv. giur. edilizia*, n. 1, 2009, I, p. 48; ID., Sez. V, 12 marzo 2015, C538/13, in *Guida al dir.*, n. 3, 2015, p. 92.

<sup>50</sup> In argomento si rinvia a H. SIMONETTI, *La disciplina del conflitto di interessi*, *op. cit.*, p. 66.



da un lato, che sia pienamente dimostrato, sulla base di elementi “*specifici e documentati*”, che l’interesse personale denunciato sia “*effettivo*” e, dall’altro, che la situazione di incompatibilità contestata abbia avuto una concreta influenza sulle scelte operate dall’amministrazione agente.

Non si può, infine, sottacere il palese contrasto esistente tra la succitata regola istruttoria e i principi generali che governano la distribuzione dell’onere della prova nel processo amministrativo<sup>51</sup>: come noto, in quest’ultimo ambito giurisdizionale vige un modello intermedio tra quello dispositivo e quello inquisitorio, il c.d. principio dispositivo con metodo acquisitivo<sup>52</sup>, in virtù del quale l’onere della prova si attenua nel più sfumato onere del principio di prova (art 64, c.p.a.)<sup>53</sup>. La ragione di tale sistema risiede nella necessità di riequilibrare la posizione di sostanziale disparità tra le parti del giudizio. In particolare, nell’azione impugnatoria, le possibilità, per la parte privata, di accesso alla documentazione rilevante risente inevitabilmente della sua condizione di soggezione ed inferiorità rispetto all’autorità che agisce *iure imperii*; per questi motivi, sono attribuiti al giudice ampi poteri d’intervento d’ufficio, finalizzati, per l’appunto, a sopperire alla oggettiva difficoltà, per la parte “più debole” del rapporto pubblicistico, di acquisire e fornire la piena prova dei fatti dedotti (in forza degli artt. 64, comma 3, e 65, commi 1 e 3, c.p.a., infatti, l’onere prescritto dall’art. 2697 c.c. sussiste nei limiti della disponibilità e non oltre, secondo un criterio flessibile ispirato al principio di vicinanza della prova)<sup>54</sup>.

I suddetti poteri istruttori ufficiosi sono, peraltro, esclusi in radice e a priori nello speciale regime configurato dall’art. 16, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, essendo integralmente posto a carico del soggetto agente, l’onere di dimostrare l’esistenza del confitto denunciato.

<sup>51</sup> Concorda sul punto H. SIMONETTI, *La disciplina del conflitto di interessi*, op. cit., p. 70.

<sup>52</sup> Definizione coniata da F. BENVENUTI, *L’istruzione nel procedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, *passim*, spec. 274 ss..

<sup>53</sup> In tal senso, più di recente, Cons. Stato, Sez. III, 5 novembre 2024, n. 8792, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); ID., Sez. II, 24 ottobre 2024, n. 8511, *ivi*; ID. Sez. IV, 11 settembre 2023, n. 8259, *ivi*; Id., Sez. VI, 24 marzo 2023, n. 3023, *ivi*; ID., Sez. VI, 22 giugno 2022, n. 5146, *ivi*.

<sup>54</sup> In argomento si veda F.G. SCOCA, *Mezzi di prova e attività istruttoria (sub art. 63 e 64)*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 535 ss.; M. SICA, *L’istruzione probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri ufficiosi*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo* (a cura di), *Principio della domanda e poteri d’ufficio del giudice amministrativo. Atti del convegno annuale*, Trento, 5-6 ottobre 2012, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 111 ss.; A. CHIZZINI - L. BERTONAZZI, *L’istruttoria*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 659 ss.; F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); L.R. PERFETTI, *Prova (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 917 ss.; R. BRIANI, *L’istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell’art. 111 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*, spec. p. 119 ss..



Occorre poi osservare che il regime speciale, di cui si discute, risulta ancor meno conciliabile con le norme vevoli nel procedimento amministrativo, posto che, in tale contesto giuridico, la fase istruttoria è retta dal principio inquisitorio puro <sup>55</sup>.

In conclusione, tutte le suesposte considerazioni inducono a ritenere quantomai auspicabile e urgente un integrale ripensamento della disciplina relativa al conflitto di interessi contenuta nel Codice dei contratti pubblici. Nessuna modifica alla predetta disciplina è stata, tuttavia, prevista dal recente correttivo apportato al Codice dal d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209; non si può, dunque, fare altro che confidare nei prossimi, futuri interventi modificativi o integrativi che verranno varati.

---

<sup>55</sup> Sul tema si veda M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991, *passim*, e, più di recente, I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Giappichelli, Torino, 2024, *passim*, spec. pp. 1-122.