

LE INTERFERENZE TRA PROCESSO PENALE E PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA «GARA» EX ART. 353 C.P.

INTERFERENCE BETWEEN CRIMINAL PROCEEDINGS AND «BIDDING PROCESS» (WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE ARTICLE 353 OF THE ITALIAN CRIMINAL CODE).

di **Alessandro Bernasconi (*)**

Abstract

Le selezioni di dirigenti negli enti locali sono sempre più di frequente oggetto di indagini penali, nelle quali l'interpretazione patologicamente ampia del concetto «gara» (di cui all'art. 353 c.p.) costituisce il grimaldello per forzare la separazione dei poteri tra esecutivo (la responsabilità di governo è intrisa di scelte fiduciarie, fuori del perimetro delle procedure concorsuali) e giudiziario (la magistratura, specie in sede di merito, invade il terreno della politica – travalicando i confini della rappresentanza popolare, cui è consentaneo il principio di responsabilità dell'agire – “dettando” le regole da seguire in fase di selezione). Ribadita l'importanza del coordinamento tra diritto penale e diritto amministrativo, l'articolo esamina – sulla base della giurisprudenza della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato – i profili discriminanti della «gara», rivolgendo poi l'attenzione a talune dinamiche processuali che vengono in gioco nel corso dell'accertamento penale avente per oggetto le procedure ad evidenza pubblica.

Selections of managers in municipalities and regions are increasingly the subject of criminal investigations,

in which the pathologically, broad interpretation of the «bidding process» concept (by the article 353 of the Italian Criminal Code) constitutes the “picklock” to force the separation of powers between the executive (government responsibility is inherent in fiduciary choices, outside the perimeter of procedures such as «bidding») and judiciary (the judiciary invades the field of politics – going beyond the boundaries of popular representation, to which the principle of responsibility is allowed to act – “dictating” the rules to be followed in the selection phase). Having reiterated the importance of coordination between criminal and administrative law, the article examines – on the basis of the jurisprudence of the Court of Cassation and the Council of State – the discriminating profiles of the «bidding process», then turning attention to certain procedural dynamics that come into play during the criminal investigation concerning public procedures.

SOMMARIO

1. Metodologia del ragionamento giuridico: l'imprescindibile raccordo tra diritto penale e diritto amministrativo. 2. ... e le ricadute ermeneutiche in tema di «gara». 3. Le ricadute sull'accertamento processuale delle fattispecie: il superamento de facto del divieto di perizia e consulenza tecnica normative. 4. Utilizzo obliquo delle misure coercitive per gli imputati di turbata libertà di gara. 5. ...ed effetti sociali delle indagini preliminari.

1. Metodologia del ragionamento giuridico: l'imprescindibile raccordo tra diritto penale e diritto amministrativo

Con riferimento alle prassi amministrative in materia di procedure ad evidenza pubblica, anteriori al d.l.vo 12 aprile 2006 n. 163 (1), un Maestro del diritto penale – muovendo dalla constatazione per la quale la figura dell'appalto-concorso aveva registrato negli anni una crescente diffusione – rilevava che «secondo una parte della dottrina amministrativistica, [il suddetto] non sarebbe stato che una forma speciale di licitazione privata» (2). Passando poi ad esaminare i problemi di coordinamento tra le figure criminis della turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) e della turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (ex art. 353-bis) (3), lo stesso Autore osservava, con particolare incisività: «è deludente, per non dire deplorabile, che il legislatore del 2010, dopo i plurimi, perduranti, non implausibili dubbi sollevati in dottrina riguardo alla sua formulazione, non abbia esitato a lasciare intatto nella struttura l'art. 353 (presente nel codice sin dal 1930), limitandosi ad affiancargli un laco-

nico art. 353-bis (e suscitando per di più seri problemi interpretativi per la combinazione delle due disposizioni). Un nuovo intervento legislativo, dunque, [...] mediante una normativa penale in stretta aderenza alla disciplina amministrativa, resta oggi più che mai auspicabile» (4).

Per un corretto approccio ermeneutico alle procedure ad evidenza pubblica viene dunque invocato un ferreo coordinamento tra diritto penale e diritto amministrativo (5). Ne discende un triplice ordine di implicazioni. A livello di inquadramento generale, l'ambito del diritto pubblico postula che la metodologia del ragionamento dell'interprete si collochi nel prisma della coerenza logica infrasistemica; in secondo luogo, diritto penale e diritto amministrativo – in quanto, appunto, materie pubblicistiche – devono essere inquadrati in una sola prospettiva: quella della compatibilità reciproca (e, del resto, l'art. 606 comma 1 lett. b c.p.p. prescrive che il ricorso per cassazione può essere proposto per «inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale»); di conseguenza – e infine – il «tormentato» concetto di «gara» (ex art. 353 c.p.) non può che essere interpretato, senza deflettere, nel segno della conciliabilità tra diritto penale e diritto amministrativo.

2. ... e le ricadute ermeneutiche in tema di «gara»

In sede clinica, i principi enucleabili dagli orientamenti della Cassazione circa i presupposti della insussistenza della fattispecie di cui all'art. 353 c.p. sono sintetizzabili come di seguito.

Non si è al cospetto di una «gara»:

1) se sia prevista – a prescindere dalla legittimità del meccanismo adottato – solamente una comparazione di offerte che la pubblica amministrazione è libera di valutare in assenza di precisi criteri di selezione (6);

2) se non vi sia una reale e libera competizione tra più concorrenti – circostanza che si verifica nel caso in cui singoli potenziali contraenti, individualmente interpellati, presentino le rispettive offerte – e l'amministrazione mantenga la facoltà di un ampio potere di apprezzamento di scelta del contraente, secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della contrattazione tra privati (7);

3) se non ci si trovi al cospetto di una ben definita procedimentalizzazione delle forme e dei meccanismi idonei a selezionare le offerte che pongano i partecipanti in competizione e concorrenza tra loro (trattasi, nella fattispecie esaminata, di una semplice comparazione di offerte non vincolante per la pubblica amministrazione) (8); in via esemplificativa, un interpello nel quale non sia però previsto alcun meccanismo selettivo di competizione e di concorrenza tra gli offerenti (si concretizza pertanto una «semplice» comparazione di offerte che la pubblica amministrazione è libera di valutare, pur attraverso un esame contestuale delle stesse) (9).

Elevata a leading case in materia, una sentenza (del 2016) della Suprema corte è lapidaria; dichiara la mani-

festa infondatezza del ricorso del procuratore generale, in quanto – pur ricostruendo il quadro normativo che avrebbe dovuto imporre la procedura di evidenza pubblica – la pubblica accusa prende al contempo atto delle caratteristiche «privatistico-fiduciarie impresse dal direttore generale [dell'ente], che hanno svuotato di contenuto l'evidenza pubblica»; inoltre, il giudice di legittimità puntualizza che l'avviso esplorativo esprime «la natura fiduciaria dell'incarico». In tal modo, a prescindere dalla legittimità del meccanismo adottato, si prospetta che una vera «gara» non vi sia stata, giacché si è in presenza di un sistema incentrato sulla mancanza di precisi criteri di selezione e sostanzialmente rimesso alla valutazione fiduciaria dell'organo competente (10); le suddette statuizioni vengono infine riassunte e sistematizzate da due sentenze del 2018 (11) – che richiamano altresì un significativo precedente, seppure in diversa cornice normativa, del 1998 (12) – per le quali non può trovare applicazione l'art. 353 c.p. quando sia prevista solo una comparazione di offerte che la pubblica amministrazione è libera di valutare in mancanza di precisi criteri di selezione; o quando, nonostante la pluralità di soggetti interpellati, ciascuno presenti indipendentemente la propria offerta e l'amministrazione conservi piena libertà di scegliere secondo criteri di convenienza e di opportunità, propri della contrattazione tra privati; infine, quando manchi una qualsiasi forma di libera contesa tra concorrenti e, pertanto, ad esempio, quando vi sia una trattativa privata che sia svincolata da ogni schema concorsuale; dunque, la discrezionalità nella decisione finale della pubblica amministrazione è – incontrovertibilmente – connotato assorbente dei procedimenti non qualificabili come gara (13);

Capovolgendo la prospettiva interpretativa, si può affermare – a contrario – che ci si trova al cospetto di una «gara» quando:

1) si realizza una competizione tra le offerte dalla quale la pubblica amministrazione fa dipendere l'aggiudicazione di contratti dall'esito dei contatti con soggetti che, consapevoli delle offerte di terzi, propongono le proprie condizioni quale contropartita di ciò che serve alla pubblica amministrazione; occorre – viene ribadito – «una ben definita procedimentalizzazione delle forme e dei meccanismi idonei a selezionare le offerte che pongano i partecipanti in competizione e concorrenza tra loro» (14);

2) si sia in presenza di una reale e libera competizione fra più soggetti e l'ente appaltante abbia indicato i criteri di aggiudicazione prestabiliti, portati a conoscenza di tutte le imprese invitate, e delle formalità per la presentazione delle offerte, ovvero i criteri in base ai quali i potenziali partecipanti possono formulare la propria offerta di partecipazione valutando le regole che presiedono al confronto (15). È, dunque, la previsione di un meccanismo selettivo delle offerte nel quale i soggetti che vi partecipano, consapevoli delle offerte di terzi, propongono le proprie condizioni quale contropartita di ciò che serve

all'ente pubblico, a qualificare come «gara» la procedura di individuazione del contraente attivata da una pubblica amministrazione; così inquadrato il tema, occorre, ai fini della configurabilità del reato, che l'avviso informale, o il bando, o comunque l'atto equipollente ponga i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto e i criteri in base ai quali essi possono formulare la propria offerta di partecipazione.

In conclusione, il requisito della «gara», come fattispecie penalistica, è integrato quando:

- a) vi sia una procedura comparativa tra operatori economici;
- b) i potenziali partecipanti vengano collocati – dal bando – nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto tra di essi;
- c) gli operatori economici debbano formulare un'offerta;
- d) la competizione tra offerte sia funzionale alla scelta della pubblica amministrazione (che si orienterà sulla più vantaggiosa);
- e) la pubblica amministrazione si trovi vincolata nelle scelte da procedure stringenti.

La sinergia interpretativa con la giurisprudenza amministrativistica corrobora le conclusioni alle quali si è approdati.

Il Consiglio di Stato muove dalla fattispecie del concorso pubblico, della quale individua talune peculiari caratteristiche: una procedura di valutazione comparativa sulla base dei criteri e delle prove fissate in un bando da parte di una commissione esaminatrice con poteri decisori e destinata alla formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati; al di fuori di questo schema, l'individuazione del soggetto cui conferire l'incarico costituisce – ed è questo il punto saliente dell'argomentazione del supremo organo di giustizia amministrativa – l'esito di una valutazione di carattere discrezionale, che rimette all'amministrazione la scelta, del tutto fiduciaria, del candidato da collocare in posizione di vertice, ancorché ciò avvenga mediante un giudizio comparativo tra curricula diversi (16); con la dirimente precisazione che – per quanto rivestite di forme atte a garantire pubblicità, massima partecipazione e selezione effettiva dei candidati – molte procedure non hanno le caratteristiche del concorso pubblico e, più precisamente, delle «procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni».

Prendendo le mosse dalla individuazione delle caratteristiche del concorso pubblico, il Consiglio di Stato approda ad una conclusione inequivocabile. Molte procedure selettive negli enti locali (si pensi a quelle per la scelta dei dirigenti apicali delle tecnostutture comunali di media e grande entità) non consistono in una verifica comparativa di candidati svolta sulla base di titoli o di prove finalizzate a saggiarne il grado di preparazione e capacità, da valutare (gli uni e le altre) attraverso criteri predeterminati, che confluiscono in una valutazione sgranata in una graduatoria finale, recante i giudizi attribuiti a tutti i concorrenti

ammessi; le suddette procedure – alquanto diffuse nella prassi – sono semmai finalizzate ad accertare, tra coloro che hanno presentato domanda, quale sia il profilo professionale maggiormente rispondente alle esigenze di copertura (dall'esterno) degli incarichi dirigenziali in parola (e sulla scelta finale del candidato, nelle realtà comunali, il sindaco esprime l'ultima e decisiva parola, nell'ottica, si ripete, della fiduciarità) (17).

Da quanto sopra esposto, si ricava un dato obiettivo: giurisprudenza penale (18) e amministrativa sono allineate sui requisiti – di carattere sia negativo che positivo – della fattispecie di «gara».

3. Le ricadute sull'accertamento processuale delle fattispecie: il superamento de facto del divieto di perizia e consulenza tecnica normative

Sbrogliare la matassa dell'intreccio tra diritto penale e amministrativo – quest'ultimo affastella rinvii alla normazione secondaria: bandi, avvisi pubblici, inviti a manifestare interesse, regolamenti degli enti locali per la selezione del personale – al fine di stabilire se un determinato procedimento integri (o meno) i requisiti della «gara», implica per il giudice una decisione dilemmatica in fase di ammissione probatoria: gli artt. 220 e 225 c.p.p. subordinano la perizia (e la consulenza tecnica di parte) alla necessità di compiere indagini o acquisire dati che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche; tale prescrizione recepisce la locuzione iura novit curia, che esprime un fondamentale principio del diritto processuale moderno in virtù del quale le parti possono allegare e provare i fatti che supportano le loro richieste in giudizio, mentre la legge non deve essere provata al giudice, perché egli la conosce a prescindere da ogni attività delle parti (19). Tuttavia, la prassi applicativa attesta che in questo – e non solo in questo – settore della conoscenza giudiziale, è netta la divaricazione tra diritto processuale penale (law in the books) e procedura penale (law in action). Se è da escludere il ricorso a una sorta di «superperizia» da parte dell'organo giurisdizionale, tutt'altro che episodiche sono le decisioni favorevoli all'ammissibilità di consulenti tecnici di parte – in concreto, professori universitari di diritto amministrativo o di materie affini – per contribuire all'accertamento del thema probandum («gara» o no?).

Nel processo penale le materie di carattere specialistico, innervate di profili giuridici con un tasso di tecnicismo particolarmente elevato, sono in continuo aumento. Qualche esempio, in prospettiva storica diacronica (dalla prima metà del secolo scorso ai giorni nostri).

Il così detto, nel gergale degli operatori, «penale amministrativo»: nel T.U.L.P.S. (1931) numerose norme, connesse alla concessione e/o rinnovo della licenza agli investigatori privati da parte delle prefetture (20), sottendono competenze di tipo burocratico, per le quali il pubblico ministero si rivolge sovente a un commissario della polizia di Stato; ciò al duplice fine di individuare l'esatta fattispecie da contestare e di interpretarla correttamente;

questa tipologia di consulenza tecnica dell'accusa è, nella generalità dei casi, ammessa in dibattimento.

Analoghe le dinamiche processuali per gli accertamenti che richiedono specializzazioni di diritto penitenziario (1975); in una indagine nei confronti di un Presidente di Tribunale di sorveglianza (accusato di corruzione) il pubblico ministero si era avvalso della consulenza tecnica – di docenti universitari della materia – per esaminare plurimi fascicoli di posizioni di condannati: si trattava di accertare se le misure alternative alla detenzione (e, più in generale, i benefici penitenziari) fossero state concesse in presenza dei presupposti previsti dalla legge 26 luglio 1975 n. 354; la consulenza tecnica venne, nel successivo giudizio, ammessa dal tribunale.

La costante crescita degli apporti del sapere così detto specialistico risulta consentanea al livello di complessità della società post-fordista, dove la produzione immateriale – e, perciò, lato senso intellettuale – delinea una sorta di “fabbrica diffusa” sul territorio (21). Nel caleidoscopio dell'accertamento penale filtrano così “nuove” conoscenze – precetti delle norme incriminatrici – con la conseguenza che il ricorso alla perizia si stinge delle forzature processuali descritte negli esempi d'antan fin qui citati.

Fisiologica – e processualmente non controvertibile in punto di ammissibilità – la perizia nel settore della tutela della sicurezza, salute e igiene sui luoghi di lavoro: il d. lvo 9 aprile 2008 n. 81 richiede, quando oggetto del processo è un omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime, commesse con violazioni del suddetto, un apporto di numerosi specialismi, poiché non si tratta di accertamento scientifico di monopolio dell'ingegneria; spesso viene in gioco, infatti, l'esigenza di verificare l'idoneità dei protocolli previsti dal modello di organizzazione e di gestione (la cui matrice è contemplata dal d.lvo 8 giugno 2001 n. 231); tale attività postula – in funzione del settore produttivo coinvolto – un mix di competenze in varie materie: ad affiancare l'ingegnere esperto in sicurezza del lavoro (o quello specializzato in tutela dell'ambiente) non di rado troviamo l'economista, cultore di organizzazione aziendale; tutte expertise indispensabili a chiarire significati, portata e applicazione di norme (art. 30 del cit. d.lvo n. 81 del 2008, art. 6 del cit. d. lvo n. 231 del 2001) che configurano esimenti (o cause di non punibilità) penalistiche e, al tempo stesso, esibiscono connotazioni scientifiche, come tali, estranee al diritto (penale).

Se la perizia e/o la consulenza tecnica per l'interpretazione delle disposizioni di legge vengono quasi sempre ammesse nei citati casi, la conclusione è pressoché obbligata: la decisione giurisdizionale non può ignorare le conclusioni del “perito giurista” (nei casi di procedure ad evidenza pubblica e, in quelli esemplificati, di profili applicativi del T.U.L.P.S. o del diritto penitenziario); a fortiori, il giudice diventa marcatamente dipendente dalle conclusioni peritali nei settori della sicurezza sui luoghi di lavoro, della tutela penale dell'ambiente e, comunque la si voglia quali-

ficare, della prevenzione del rischio penale d'impresa (per limitarci ad alcuni esempi); ciò equivale a dire che siamo al cospetto di una riarticolazione del rapporto tra saperi giuridici (e non) e, quindi, a una rimodulazione del metodo che persegue l'accertamento della così detta verità giudiziale.

4. Utilizzo obliquo delle misure coercitive per gli imputati di turbata libertà di gara

Poiché il tetto di comminatoria edittale per i delitti di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p. è di anni cinque, ne consegue che l'applicazione delle misure coercitive più gravi, per quanto legittima, dovrebbe richiedere – proprio perché operata sul filo di lana – particolare parsimonia, in ossequio ai principi di proporzionalità e adeguatezza. Nei confronti di un pubblico amministratore indagato, la custodia cautelare può trovare legittimazione, nelle primissime battute dell'indagine, soprattutto a fini di tutela della genuinità della prova; una volta acquisite le sommarie informazioni testimoniali e la documentazione probatoria, la misura custodiale esaurisce, nella maggior parte dei casi, i suoi fini fisiologici; non si trascuri, inoltre, che la genuinità della prova testimoniale – nei confronti di rischi di coartazione del dichiarante – è “protetta” al dibattimento dal meccanismo di traslazione (al fascicolo del giudice) di cui all'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.

Sfugge, pertanto, il senso di provvedimenti intesi a estendere – come è accaduto in processi di rilevanza non esattamente locale – la durata della custodia cautelare fino all'istruttoria dibattimentale. Per l'accertamento dei delitti in oggetto è improbabile che possa materializzarsi l'ombra di un utilizzo contra legem della misura, cioè ad *erudandam veritatem* (v. art. 274 lett. a secondo periodo c.p.p.); l'estorsione di confessioni o chiamate in correità per accertare un delitto (di pericolo) a baricentro fortemente arretrato (la tutela del bene giuridico della libera concorrenza) (22) – rispetto al quale lo strumento principale di indagine è, nella quasi totalità dei casi, l'intercettazione telefonica e la captazione ambientale – è ipotesi, per quanto mai escludibile in linea teorica, di non comune constatazione.

Si deve piuttosto osservare che la privazione della libertà personale oltremodo prolungata (spesso ricorrendo all'escamotage della richiesta di giudizio immediato custodiale ex art. 453 comma 1-bis c.p.p.) è spiegabile in una diversa prospettiva: fino alla scadenza del termine (di quindici giorni) dalla notifica del decreto di giudizio immediato, il patteggiamento è – e resta – un'opzione coltivaribile; quest'ultima è appetibile soprattutto per la pubblica accusa, per la quale l'onere della prova sui delitti in oggetto è – nel contraddittorio dibattimentale – non poco gravoso; ed ecco che la costrizione fisica della misura coercitiva può giocare un ruolo, obliquo e perverso, in questa direzione.

5. ... ed effetti sociali delle indagini preliminari

Di notevole rilevanza gli effetti “penali esterni” (23) dei procedimenti per i reati di turbativa d'asta.

Qualora siano coinvolti pubblici amministratori (sindaci, assessori), il combinato disposto di misure coercitive e notizie di stampa – nelle quali si pubblicano ampi stralci di brani di intercettazioni telefoniche – riporta in auge la dinamica, amaramente sperimentata a Milano nell'epoca di “Mani pulite”, nella quale la sentenza di colpevolezza è anticipata, con conseguente spostamento del baricentro del processo dal dibattimento alle primissime fasi di indagine; il commissariamento del Comune da parte del prefetto implica la estromissione della giunta comunale – espressa dalla volontà popolare che ha eletto i consiglieri comunali che la compongono – con l'entrata in scena di un soggetto burocratico; tutto ciò accade, spessissimo, ben prima della celebrazione del processo di primo grado.

La pronuncia di una sentenza di condanna è legata, come anticipato, alla interpretazione giudiziale del concetto di «gara». Un approccio estensivo, condurrà ineluttabilmente il giudice – e, prima ancora di lui, una parte del processo, il pubblico ministero – a “dettare” alla pubblica amministrazione la procedura da seguire per decisioni squisitamente politiche. Utile riproporre l'esempio di un sindaco che sceglie – su base fiduciaria, dopo un avviso pubblico – i dirigenti comunali apicali: se una procedura selettiva di tale fatta viene sussunta dalla magistratura nella fattispecie di «gara» il risultato, piaccia o meno, è che il potere giudiziario si sostituisce – senza alcuna legittimazione né responsabilità – a quello esecutivo; “Montesquieu non abita più qui”.

(*) Ordinario di Procedura penale nell'Università degli Studi di Brescia.

NOTE

(1) Successivamente abrogato dal d.l.vo 18 aprile 2016 n. 50 («codice dei contratti pubblici»).

(2) M. ROMANO, sub art. 353, in *Commentario sistematico del codice penale, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, IV ed., p. 247.

(3) Introdotto dalla legge 13 agosto 2010 n. 136.

(4) M. ROMANO, sub art. 353, cit., p. 249.

(5) Criterio di metodo che peraltro impregna il più recente e approfondito studio monografico in materia: N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, partic. pp. 51-53, 79-91, 128-134, 159-217.

(6) In tale senso, Cass., sez. VI, 24 maggio 2018, n. 38509, in *Riv. pen.*, 2018, f. 10, p. 920.

(7) Cass., sez. VI, 24 maggio 2018, n. 38509, cit., p. 920; dello stesso tenore, Cass., sez. VI, 13 aprile 2017 n. 9385, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2398, con nota di C. PEDULLA; cfr., in retrospettiva, Cass., sez. VI, 30 settembre 1998, DE SIMONE, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2857.

(8) Così, ancora, Cass., sez. VI, 24 maggio 2018, n. 38509, cit., p. 920; analogamente, Cass., sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385, cit., p. 2398.

(9) Cass., sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 8044, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3285 (con richiamo al significativo precedente di Cass., sez. VI, 30 settembre 1998, De Simone, cit., p. 2854 ss.).

(10) Cass., sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 8044, cit., p. 3285.

(11) Cass., sez. VI, 28 marzo 2018, n. 30730, in *Dir. e giust.*, 9 luglio 2018 (pedissequamente richiamata da Cass., sez. VI, 6 dicembre 2018 n. 57000).

(12) Cass., sez. VI, 30 settembre 1998, De Simone, cit., p. 2857.

(13) Si aggiunga Cass., sez. VI, 21 luglio 2014, n. 32237, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1347, con nota di N. MADIA; trattasi di un caso di concessione di beni demaniali marittimi in ambito portuale; da procedura concorsuale si passa, per gradi, a una negoziazione con vari operatori economici: la discrezionalità della pubblica amministrazione diventa – anche qui – connotato assorbente; ebbene, la Suprema corte, dopo avere richiamato gli orientamenti sopra citati, specifica che l'avvio della fase di negoziazione è rimasto del tutto svincolato, anche formalmente, dall'adesione ad uno schema concorsuale, consentendo all'amministrazione portuale di muoversi liberamente nella scelta del proprio contraente, all'infuori di un meccanismo di «gara» comunque denominato, e secondo criteri discrezionali di convenienza ed opportunità (propri della contrattazione tra privati); una sfera di discrezionalità assai ampia, quella riconosciuta in capo all'ente portuale, che non consente di ritenere giuridicamente sussistente una «gara» nelle ipotesi in cui, dopo avere invitato i singoli potenziali contraenti a presentare le proprie offerte, l'amministrazione resti comunque libera di scegliere la propria controparte (la Corte ha così rigettato i ricorsi del procuratore generale di Genova).

(14) Cass., sez. VI, 24 maggio 2018, n. 38509, cit., p. 920.

(15) Cass., sez. VI, 13 aprile 2017, n. 9385, cit., p. 2398.

(16) Cons. Stato, sez. V, sent. 29 maggio 2017 n. 2526 (confermata e richiamata da Cons. Stato, sez. V, sent. 10 ottobre 2017 n. 4684).

(17) Sempre secondo Cons. Stato, sez. V, sent. 29 maggio 2017 n. 2526, le procedure selettive di cui all'art. 110 T.U.E.L. mantengono caratteristiche fiduciarie che non consentono di configurarle come veri e propri concorsi pubblici: principio immutato anche dopo le modifiche attuate ad opera dell'art. 11 comma 1 del d.l. 24 giugno 2014 n. 90, conv. in legge 11 agosto 2014 n. 114 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*).

(18) Per tutte, in materia di nomine fiduciarie, Cass., sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 8044, cit., p. 3285.

(19) D. SIRACUSANO – F. SIRACUSANO, *I mezzi di prova*, in D. SIRACUSANO – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, a cura di G. DI CHIARA – V. PATANÈ – F. SIRACUSANO, Milano, 2018, p. 301; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014, IV ed., p. 258; per la giurisprudenza – Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2015, n. 6495 – il pubblico ministero che conferisce al consulente tecnico un incarico con quesito indeterminato volto alla qualificazione giuridica di fatti penalmente rilevanti commette l'illecito disciplinare previsto dall'art. 2 comma 1 lett. o del d.l.vo 23 febbraio 2006 n. 109, poiché affida ad altri funzioni giudiziarie indeclinabili, ancorché egli riservi a sé la valutazione finale degli esiti della consulenza.

(20) Si veda, in particolare, il combinato disposto degli artt. 17, 134 e 140 del regio decreto 18 giugno 1931 n. 773, il relativo regolamento di esecuzione (v. a titolo esemplificativo, l'art. 259 del regio decreto 6 maggio 1940 n. 635 in tema di personale dipendente delle agenzie investigative), nonché il d.m. 1° dicembre 2010 n. 269 (e relative circolari interpretativo-attuative del Ministero dell'Interno).

(21) A. NEGRI, *Fine secolo. Un manifesto per l'operaio sociale*, Milano, 1988, p. 53 ss.

(22) N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., p. 186.

(23) M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1988, p. 114 ss. e p. 181 ss.