

LA CONSULENZA TECNICA DELLA  
DIFESA NEL PROCESSO PENALE: UN  
*FOCUS* SUL DIRITTO PENALE DELLA  
CRISI D'IMPRESA\*

## LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893

di Gennaro ESCOBEDO e già diretta da Giuseppe SABATINI

in *disCrimen* dal 17.9.2019

*Gherardo Minicucci*

1. Com'è noto, il processo penale è sempre più indirizzato dal sapere scientifico, come conseguenza (diretta) della crescente complessità del reale e (indiretta) della significatività assegnata dalla giustizia penale alla prova scientifica (non di rado, com'è stato notato, in funzione di esonero dalla responsabilità decisionale)<sup>1</sup>. Ciò accade, come vedremo, anche nel campo della criminalità economica, in seno alla quale sembrano schiudersi nuovi orizzonti per un rinnovato ruolo del consulente tecnico di parte.

2. Anzitutto, occorre partire da un dato di fondo.

Il consulente dell'avvocato si nutre, in qualche modo, del peculiare statuto del difensore, sia esso a servizio dell'imputato o della parte civile; in questo, è assai lontano dal modello del perito, che si assimila in tutto e per tutto al giudice, tanto da poter essere addirittura oggetto di riconsulenza. Ma ancora – ed è ciò che più conta – il consulente del difensore svolge un ruolo profondamente diverso rispetto al consulente del pubblico ministero: non per formazione, né per serietà dell'impegno professionale, ma perché – salvi alcuni limiti – deve mettere il suo sapere a disposizione dell'avvocato affinché egli possa rafforzare la propria linea difensiva, ovvero consentirgli di intravedere ulteriori scenari in fatto nei quali indirizzare la propria attività.

In questo senso, il consulente del difensore non potrà mai detenere una “cambiale in bianco”, com'è possibile che accada – pur in una prospettiva patologica, si intende – nel caso in cui si trovasse ad essere investito di tale ruolo dall'accusa e, per ef-

---

\* È il testo, corredato di essenziali indicazioni bibliografiche, della relazione tenuta nella prima sessione “*Focus Criminalità economica*” del modulo penalistico del Corso di perfezionamento e specializzazione in “*La consulenza tecnica nel processo civile e nel processo penale*”, svoltosi a Firenze il 10 luglio 2019.

<sup>1</sup> Il tema ha una letteratura oramai difficilmente governabile. Sul punto specifico delle interferenze tra il ruolo processuale della prova scientifica e i suoi riflessi sul diritto sostanziale, in particolare, cfr. F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in *Criminalia*, 2014, 566 ss. e 583 ss. (consultabile sul portale *disCrimen.it*)

fetto di tale incarico, gli venisse richiesto, con una vera e propria obbligazione di risultato, di “inventare” – in senso etimologico: *invenire* – l’illecito. È eloquente, sul tema, il richiamo conclusivo a riscontrare anche quanto di altro, rispetto al quesito, sia “*utile ai fini di giustizia*”.

Dall’altro lato, però, il consulente del difensore non è del tutto “libero”, essendo vincolato dal disposto dell’art. 380 c.p., che accanto al patrocinio infedele punisce, con una parificazione a tutto tondo, anche il tecnico che “*rendendosi infedele ai suoi doveri professionali, arreca nocimento agli interessi della parte da lui difesa, assistita o rappresentata*”, con una doppia circostanza aggravante specifica qualora il fatto sia commesso “*colludendo con la parte avversaria*” ovvero si rivolga “*a danno di un imputato*”.

In breve: sembra potersi affermare che il consulente del difensore mira a dimostrare un’ipotesi, laddove il consulente del pubblico ministero ha una funzione prioritariamente conoscitiva e il perito dovrebbe diradare i dubbi del giudice (...oltre ogni ragionevole dubbio). Con la possibilità, tutt’altro che peregrina, che nello svolgere il suo compito il consulente possa che essere soltanto un “portatore di ombra”, aggiungendo dubbi e incertezze sulla prospettazione accusatoria.

**3.** Ciò detto sul piano generale, occorre delineare – pur con l’approssimazione che si sposa necessariamente ai grandi cambiamenti delle riforme di sistema – quale possa essere il ruolo del consulente nel settore di quello che è oramai a tutti gli effetti l’erede del diritto fallimentare, ovvero sia il c.d. diritto della crisi e dell’insolvenza.

Questo terreno, ancora non del tutto arato, ben rappresenta la delicatezza del ruolo che il consulente si trova a dover affrontare: il rischio e le valutazioni, infatti, sono costanti invitati di questo ambito giuridico, anche in grazia dell’esplicito rinvio alla disciplina contabile, societaria e finanziaria, rispetto alle quali il consulente gioca talora una partita decisiva. Alla perdita, certo non solo estetica, della vocazione “terminale” del diritto della crisi (col superamento del “fallimento”), si sposa infatti il riconoscimento della sofferenza dell’impresa come elemento fisiologico del mercato inteso nel suo complesso, da gestire in quanto tale<sup>2</sup>.

Nello specifico, vale la pena richiamare l’attenzione sulla circostanza che, a seguito del d.lgs. 14/2019, si definisce un’inedita area di intervento del pubblico ministero nella fase di emersione della crisi di impresa, legata essenzialmente al suo ruolo

<sup>2</sup> G. LO CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Il fall.*, 2017, 1259; A. ROSSI, *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d’impresa: una prima lettura*, in *Le soc.*, 2017, 1376.

di propulsore dei procedimenti di liquidazione giudiziale in tutti i casi di esito negativo della composizione della crisi dinanzi all'OCRI, la quale, a sua volta, si attiverà sulla base di meccanismi di auto-responsabilizzazione e di "auto-normazione" degli organi sociali, specialmente di controllo, e dei cc.dd. creditori pubblici qualificati (INPS, Agenzia delle Entrate, Agente per la riscossione; artt. 12 ss.). In questo solco, poi, si colloca la futura attività di tipicizzazione degli indicatori di allerta da parte del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (art. 13).

Appare dunque chiaro che, valorizzando l'autoregolazione degli operatori giuridico-economici, la rilevanza del consiglio tecnico-professionale – anticamera della successiva valutazione del consulente, com'è intuibile – sarà notevolmente amplificata e, per l'effetto, sarà ampliato l'ambito di intervento e di decisività del sapere specialistico<sup>3</sup>.

In questo senso, gli automatismi derivanti dal combinato disposto delle nuove norme procedurali costituiranno un fattore di elevazione del coinvolgimento del pubblico ministero, il quale probabilmente si troverà a stringere un legame del tutto innovativo con l'organismo di composizione della crisi<sup>4</sup>, i cui membri dovranno essere designati dai soggetti competenti (presidente della sezione imprese, presidente della camera di commercio, associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore) tra coloro che sono iscritti nel nuovo *Albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza* (art. 356).

4. Non è azzardato immaginare che, specialmente per quanto concerne la nomina giurisdizionale, molte importanti professionalità tradizionalmente legate alla curatela saranno coinvolte nella composizione dell'OCRI, creandosi, così, una incompatibilità di fatto con le funzioni di gestione coattiva (liquidatorie o in continuità) e certamente anche con la posizione di consulente del pubblico ministero e del difensore.

L'esternalizzazione di così rilevanti valutazioni al di fuori della sede processuale impone di interrogarsi sul ruolo che le parti – e quindi gli esperti da loro coinvolti – vorranno o potranno giocare in chiave anticipatoria del giudizio: la specularità del

---

<sup>3</sup> Sul punto, per ulteriori approfondimenti, sia consentito il rinvio a G. MINICUCCI, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze 2018, 40 ss. (consultabile sul portale *disCrimen.it*).

<sup>4</sup> In tema cfr. S. DE FLAMMINEIS, *Il "nuovo" ruolo del P.M. tra crisi e perdita della continuità aziendale. Alcune osservazioni al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, 8 ss.

pubblico ministero e dell'avvocato consente di immaginare che l'ampliamento del campo di operatività dell'uno, di fatto, condurrà alla maggiore partecipazione anche dell'altro, specialmente in un contesto nel quale la scelta per la composizione della crisi è certamente il frutto di valutazioni di natura tecnico-defensionale, che, laddove ben ponderate, devono senz'altro porsi l'obiettivo di tacitare, proprio in fase stragiudiziale, ogni pretesa civile e penale.

Ciò è tanto più vero laddove si consideri che le misure premiali introdotte dagli artt. 24 e 25, pur riferite a questo spazio di dialogo de-giurisdizionalizzato, hanno significativi riflessi sul diritto penale della crisi d'impresa, anche con riferimento a fattispecie tradizionalmente inemendabili – salva la “riparazione” – come la bancarotta fraudolenta, dalla quale si può sottrarre a patto che il danno cagionato sia di speciale tenuità<sup>5</sup>. Naturalmente, la verifica di questa entità, così come della tempestività della domanda di composizione, così come della sussistenza, della rilevanza e della percepibilità degli indici di crisi (com'è oggi per i c.d. segnali di allerta), sarà il terreno di probabili future “consulenze preventive” – in senso atecnico, poiché appunto extraprocedimentali – nelle quali sarà probabilmente anticipata una cospicua frazione della strategia processuale di ambo le parti, e che renderanno ancor più centrale il ruolo dei professionisti coinvolti a vario titolo nella definizione degli innumerevoli aspetti tecnici di dettaglio.

Infine, un ultimo dato apre la strada alla rilevanza del profilo *lato sensu* deontologico dell'attività consulenziale: a ben vedere, infatti, la medesima platea di soggetti sarà coinvolta da una notevolissima varianza di posizioni in relazione al medesimo operatore economico. Si pensi al fatto che convergono, nel nuovo assetto, il sindaco, il componente dell'OCRI, l'attestatore, il professionista incaricato, il curatore/commissario, il consulente, il perito. Si tratta, probabilmente, di una peculiarità assoluta del diritto (penale) della crisi d'impresa, che vede così fisiologicamente frastagliare il giudizio tecnico in un panorama assai variegato di posizioni, di parte o meno, che saranno altrettanto ordinariamente chiamate ad esprimere pareri tra loro contrastanti.

5. È per tale canale, come si è anticipato, che si congiungono i profili tecnici e informativi con il terreno delle regole di condotta e disciplinari, il cui punto di emersione è legato alla portata dell'obbligo di verità del consulente tecnico del di-

---

<sup>5</sup> *Amplius* cfr. P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, 96 ss.

fensore<sup>6</sup>. In breve: in che limiti la consulenza – che non può essere infedele rispetto all’incarico, sotto pena, come si è visto, della violazione dell’art. 380 c.p. – può essere non del tutto veritiera? Esiste un obbligo di censire anche le tesi scientifiche e gli studi che sono contrari alla difesa?

La problematicità degli interrogativi posti dipende, essenzialmente, dall’ibridazione che manifesta il consulente della difesa: portatore di una prospettiva “antagonistica” (di parte, e dunque parziale) e di un sapere scientifico-specialistico (certo, o tendente alla certezza). Da questo angolo visuale, il consulente tecnico del difensore non potrà dire deliberatamente il falso, specialmente sui presupposti di fatto della sua indagine e sulle costanti della sua scienza di riferimento; certamente, però, potrà “selezionare” tra le differenti produzioni scientifiche quella che ritiene più confacente all’incarico affidatogli, influenzando questa scelta sul piano della valutazione giudiziale della significatività del suo contributo probatorio e della sua influenza sulla decisione, più che su quello dei suoi obblighi giuridici. Il consulente della parte privata è avvolto dalla prospettiva difensiva, che non può comprimersi, e dunque non è mai del tutto neutrale nell’evidenziare la dimensione problematica del sapere tecnico-scientifico.

Quanto detto impone di soffermarsi sul fatto che lo stesso professionista possa in concreto mettere la propria competenza ora a servizio dell’accusa, ora della parte privata, ora ancora del giudice. Tutti questi soggetti, come si è detto, sono ugualmente bisognosi del suo apporto tecnico; tuttavia, si è anche detto che è assai diversa la prospettiva dei vari ruoli consulenziali. L’esperto, per assurdo, potrebbe doversi confrontare, da angolazioni diverse, addirittura con la medesima questione.

Ciò schiude il tema della valutazione della “scientificità” dell’opinione di chi, al mutare della “committenza”, fa mutare anche il proprio apporto tecnico: questo genere di eclettismo, in altri termini, sembra tendere a collidere con la coerenza professionale. E allora: il consulente che abbia già assunto una precisa posizione in un passato procedimento è tenuto a mantenerla (salve, ovviamente, le peculiarità del caso di specie)? Oppure può criticare, smentire o contraddire se stesso? Può avere idee che non condivide?

È appena il caso di notare che questa circostanza delimita un ulteriore punto di distacco rispetto alla prospettiva che si deve adottare quando si vestono i panni del consulente del Pubblico Ministero: in quanto “parte imparziale”, quest’ultimo non

---

<sup>6</sup> C. PAONESSA, *Deontologia e prassi del consulente tecnico e del perito: spunti per un dibattito*, in *disCrimen*, 1/2019, 163 ss.

beneficia, in nessun caso, dello statuto di libertà argomentativa e probatoria che spetta al difensore, al quale soltanto è consentito di omettere o nascondere elementi di prova secondo il suo personale convincimento sull'effettività della difesa. In conseguenza di ciò, al consulente del pubblico ministero – la cui disciplina *lato sensu* deontologica si modella sulla parte per cui presta il proprio ufficio – è richiesta una ben maggiore “trasparenza”, specialmente con riguardo agli scenari di favore rispetto alla posizione dell'imputato.