

L'ACCERTAMENTO DEL REATO DI CORRUZIONE INTERNAZIONALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Le infondate "preoccupazioni" del Working Group on Bribery

di Francesco Centonze

Il contributo analizza i principali aspetti problematici della prova del delitto di corruzione internazionale a partire dai rilievi formulati nell'ultimo Report sul nostro Paese dal Working Group on Bribery. L'analisi approfondisce in modo particolare i complessi profili dell'accertamento dell'accordo corruttivo, anche in relazione all'utilizzo del paradigma indiziario e delle massime di esperienza, e della qualifica del destinatario finale della dazione o promessa illecita, giungendo a ricostruire precise "linee guida" sulla prova dell'art. 322 bis c.p. elaborate dalla recente giurisprudenza in conformità ai principi cardine del sistema costituzionale italiano. È proprio questo risultato che porta l'Autore a ritenere infondata la «seria preoccupazione» espressa dal Gruppo di lavoro dell'OCSE per l'elevato numero di proscioglimenti pronunciati dai giudici italiani in processi per corruzione internazionale.

SOMMARIO: 1. La prova della corruzione internazionale e la «seria preoccupazione» del Gruppo di lavoro dell'OCSE. – 2. I principali nodi dell'accertamento e i rilievi del *Working Group on Bribery*. – 3. La complessità del fenomeno e le difficoltà probatorie. – 4. Il momento consumativo della corruzione internazionale e la prova dell'accordo. – 5. Quali elementi fattuali devono essere dimostrati in giudizio perché possa affermarsi sussistente un "accordo" corruttivo?. – 6. Il problema dell'adesione all'illecito successiva alla conclusione dell'accordo criminoso. – 7. Lo standard probatorio, il paradigma indiziario e le massime d'esperienza. – 8. Il problema della responsabilità degli intermediari fuori dai casi di concorso nella corruzione. – 9. Il problema dell'esatta individuazione delle «persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali». – 10. Conclusioni.

1. La prova della corruzione internazionale e la «seria preoccupazione» del Gruppo di lavoro dell'OCSE.

Secondo l'ultimo *Report* del *Working Group on Bribery* (di seguito WGB) del 2022, relativo al nostro Paese, tra il 1999 e il 2022 in Italia sono state svolte almeno 124 indagini¹ per corruzione internazionale, che hanno portato alla 'condanna' complessivamente di

¹ OECD (2022), p. 11. Tale dato ricomprende anche le 16 indagini attualmente in corso.

22 persone fisiche e 10 persone giuridiche². Il WGB segnala poi come «il ritmo dell'enforcement [sia] aumentato dal 2011 (ossia dopo la Fase 3), con 90 indagini e 72 procedimenti, che hanno portato a 14 e 8 condanne di persone fisiche e giuridiche»³.

Nelle pagine seguenti intendo fare un bilancio applicativo sui principali nodi problematici relativi alla prova della corruzione internazionale proprio muovendo da tale rilevante esperienza giurisprudenziale: il *Report* dell'OCSE offre infatti l'occasione di un tale approfondimento in ragione della pluralità delle questioni affrontate dal WGB con riguardo ai concreti profili dell'accertamento emersi dall'analisi della giurisprudenza italiana.

È opportuno anticipare che il Gruppo di lavoro muove una serie di rilievi all'operato dei giudici italiani, prendendo le mosse dalla «seria preoccupazione per il fatto che i casi di corruzione internazionale che hanno formato oggetto di processi in Italia si sono conclusi con un numero elevato di proscioglimenti». Quasi tutte le condanne per corruzione internazionale – riferisce il WGB – sono ottenute tramite il patteggiamento, mentre nei casi affrontati in giudizio «dopo una condanna nel 2013, gli ultimi sette processi si sono conclusi con cinque proscioglimenti, un proscioglimento parziale e una condanna»⁴.

Tale situazione ha spinto il WGB a entrare nel dettaglio delle pronunce italiane in materia di corruzione internazionale e a esprimere diverse critiche alle motivazioni esaminate rispetto, in particolare, alla definizione e prova dell'accordo corruttivo, ai requisiti della partecipazione concorsuale all'illecito, al ragionamento indiziario e all'individuazione della qualifica soggettiva rilevante nell'ordinamento straniero.

Considerata l'autorevolezza della fonte e la severità delle censure mosse dal WGB si tratta allora di sintetizzare e poi esaminare le principali "preoccupazioni" contenute nel *Report* attraverso, in particolare, l'analisi dei casi più citati dal *Report* ed estrapolati dal campione delle 27 assoluzioni. Ciò consentirà, come accennavo, di fare il punto sui problemi più spinosi dell'accertamento in giudizio della corruzione internazionale.

La domanda di fondo a cui si dovrà allora dare una risposta è la seguente: si tratta di timori fondati? Davvero il «numero elevato di proscioglimenti» costituisce un segnale d'allarme per la tenuta del sistema di contrasto alla corruzione internazionale?

Nel prosieguo del lavoro mi occuperò di: sintetizzare i rilievi del *Working Group on Bribery* (§ 2); ricordare la complessità della corruzione internazionale e le conseguenti inevitabili difficoltà probatorie (§ 3); approfondire la prova dell'oggetto dell'accordo corruttivo (§§ 4 e 5) e dell'adesione all'illecito successiva alla conclusione dello stesso (§ 6); ritornare sulla questione, nella prassi decisiva, del paradigma indiziario e

² *Ibidem*. Tali dati riguardano anche condanne non definitive e che derivano da processi in cui vi sono stati più coimputati. È necessario, altresì, sottolineare che queste cifre ricomprendono anche le posizioni processuali definite con sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (patteggiamento), le quali rappresentano la quasi totalità del dato (le sentenze di condanna hanno riguardato soltanto tre persone fisiche e due persone giuridiche).

³ *Ibidem*.

⁴ *Ivi*, p. 6.

dell'impiego di massime d'esperienza (§ 7), anche con riferimento al problema della responsabilità degli intermediari (§ 8); e, infine, analizzare l'accertamento della qualifica del destinatario finale della promessa o della dazione illecita (§ 9).

Ciò che risulterà e che verrà ribadito nelle conclusioni del lavoro (§ 10), in fin dei conti, è che i giudici italiani, in linea con gli orientamenti della copiosa giurisprudenza sulla corruzione domestica, hanno consolidato delle rigorose "linee" guida sulla prova dell'art. 322 *bis* c.p., conformi ai cardini del nostro sistema costituzionale.

Allo stesso tempo, emergerà che il Gruppo di lavoro abbia perso una buona occasione per approfondire le problematiche giuridiche poste dalla casistica italiana, arrendendosi a un'analisi troppo sbrigativa delle difficili questioni in gioco e scontando, anche, in più di frangente, importanti limiti di conoscenza dell'ordinamento del nostro Paese.

2. I principali nodi dell'accertamento e i rilievi del *Working Group on Bribery*.

Come accennato, una prima preoccupazione espressa dal Gruppo di lavoro è relativa al cuore del problema di cui discutiamo: la definizione e la prova dell'accordo corruttivo.

Nello specifico, dall'analisi compiuta dal Gruppo di lavoro risulterebbe che «nei casi di corruzione internazionale, i tribunali italiani richiedono la prova di tutti i dettagli dell'accordo, quali la data, il luogo, le parti coinvolte e le precise condizioni finanziarie previste, nonché la specifica richiesta rivolta al pubblico ufficiale» e che i giudici non avrebbero invece tenuto in considerazione gli orientamenti di segno diverso nella casistica sulla corruzione domestica⁵.

Inoltre, la giurisprudenza sull'art. 322 *bis* c.p. non riconoscerebbe la responsabilità penale nei casi in cui il privato «si aggiunge e diventa parte di una transazione corruttiva dopo che il funzionario abbia stipulato un precedente "accordo corruttivo" con l'intermediario o altra parte terza»⁶.

Non solo. Perché, rileva il Gruppo di lavoro, «se all'obbligo di provare tali dettagli in Italia si aggiungono le difficoltà legate all'utilizzo di indizi [...], diviene estremamente difficile dimostrare il reato di corruzione internazionale»⁷.

Guardando proprio al tema dell'impiego del paradigma indiziario, le recenti assoluzioni solleverebbero «serie preoccupazioni circa lo standard della prova e il trattamento delle prove circostanziali (indizi) da parte dei tribunali nei casi di corruzione internazionale»⁸: secondo il Gruppo di lavoro gli indizi verrebbero esaminati isolatamente e le argomentazioni a discolpa sarebbero «valutate in relazione a quell'indizio specifico [...]. Una volta individuata tale argomentazione a discolpa, la prova viene allora respinta. Non considerando simultaneamente la totalità degli indizi,

⁵ *Ivi*, p. 41.

⁶ *Ivi*, p. 45.

⁷ *Ivi*, p. 41.

⁸ *Ivi*, p. 37.

i casi che potrebbero - se trattati con un approccio olistico - dimostrare fatti di corruzione rischiano, invece, di essere respinti»⁹.

Proprio il «trattamento degli indizi» sarebbe «stato il motivo principale delle assoluzioni in tre dei casi in questione: Helicopters (India), Oil and Gas (Algeria) e Oil Prospecting (Nigeria). [...]. In ciascuno di questi tre casi, invece di considerare simultaneamente la totalità degli indizi, ciascun elemento di prova indiziaria è generalmente considerato solo singolarmente. Per ciascun elemento viene adottata un'interpretazione alternativa, a discolpa, tale da escluderlo dalla valutazione finale»¹⁰.

In conclusione, «i proscioglimenti sono in parte dovuti al fatto che il complesso delle prove circostanziali non è considerato simultaneamente. Casi in cui sarebbe possibile dimostrare la sussistenza di un fatto di corruzione adottando una visione olistica rischiano di concludersi con un proscioglimento a causa di tale approccio limitato»¹¹.

Anche rispetto all'individuazione della qualifica del pubblico ufficiale estero vengono sollevate delle critiche. Mentre le autorità italiane – nell'applicare il c.d. *test a duplice schema*¹² – hanno affermato «che “la legislazione italiana non impone alla Corte l'onere della prova della legislazione del Paese estero coinvolto, ma richiede solo di accertare se il cittadino straniero che ha ricevuto la tangente eserciti funzioni o attività corrispondenti a quelle di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio ai sensi dell'art. 322-bis del c.p. italiano”», gli esaminatori hanno espresso forti preoccupazioni a riguardo, dichiarando come «le difficoltà pratiche di provare la legislazione del Paese estero interessato, unite all'oneroso standard della prova per il reato di corruzione internazionale [...], rendono tale reato pressoché indimostrabile nei tribunali italiani»¹³.

Infine, viene in rilievo la questione della partecipazione degli intermediari alla condotta illecita: il Gruppo di lavoro è critico rispetto alla posizione rappresentata dalla Corte d'appello nel caso *Oil and Gas* (Algeria) dove verrebbe descritto «un concetto peculiare di classificazione degli intermediari distinguendoli tra “attivi” o “passivi”, e riconoscendo la responsabilità per reato di corruzione internazionale applicabile solo ai casi che coinvolgono i primi»¹⁴.

Queste le principali preoccupazioni del Gruppo di lavoro.

Prima di ripercorrere i passaggi decisivi della prova della corruzione internazionale e di fornire un riscontro ai rilievi del WGB è tuttavia necessario – per lo

⁹ *Ivi*, p. 40.

¹⁰ *Ivi*, p. 38.

¹¹ *Ivi*, p. 6.

¹² Utilizzando le parole riportate dal WGB, al fine di accertare la qualifica pubblicistica del soggetto corrotto nell'accordo corruttivo internazionale, il giudice italiano dovrà, in prima battuta, «accertare d'ufficio la normativa straniera pertinente per determinare se il funzionario corrotto svolga funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio», e – in una seconda fase – valutare se tale funzione corrisponda a una funzione pubblica anche nell'ordinamento italiano (così *ivi*, p. 46).

¹³ *Ivi*, p. 48.

¹⁴ *Ivi*, p. 45.

sviluppo della successiva argomentazione – ricordare l’assoluta complessità del fenomeno che si intende reprimere con l’applicazione dell’art. 322 *bis* c.p. e, conseguentemente, la difficoltà di sottoporre la ricostruzione di tali vicende concrete allo scrutinio giudiziale.

3. La complessità del fenomeno e le difficoltà probatorie.

Il problema della prova della corruzione internazionale può essere correttamente messo a fuoco solo muovendo dalla estrema complessità del fenomeno.

Tale complessità è oggetto di recenti studi, anche della dottrina nordamericana, che ha ricostruito e sistematizzato un quadro empirico certamente non inedito: la dimensione globale/multinazionale delle condotte criminose («alcuni degli elementi tipici della condotta si realizzano, in tutto o in parte, in territorio estero ed è pertanto la corruzione a frammentarsi in un contesto geografico multinazionale»¹⁵); l’inserimento della corruzione nel contesto di articolate transazioni commerciali; la partecipazione, sul versante della corruzione passiva, dei vertici politico-amministrativi di Stati stranieri, perlopiù di Paesi del terzo mondo o in via di transizione economica¹⁶; la presenza di organizzazioni societarie e dunque di una pluralità di individui in qualche modo vicini alle operazioni illecite; la dilatazione temporale delle condotte; la presenza di soggetti intermediari (di solito società di consulenza o agenti locali) che svolgono un’opera di mediazione tra corrotto e corruttore o veicolano il pagamento illecito; l’eterogeneità delle modalità esecutive dello schema corruttivo che sfugge a dinamiche regolari¹⁷. Inoltre, i soggetti che ricevono le tangenti – normalmente versate per l’aggiudicazione di contratti di fornitura di beni o di servizi¹⁸ – sono spesso dipendenti di società a statuto privatistico, possedute o controllate dallo Stato straniero¹⁹.

Tra questi fattori di complessità vale la pena indugiare su due aspetti particolarmente rilevanti rispetto ai profili probatori.

Innanzitutto, il ruolo centrale delle grandi organizzazioni d’impresa, spesso multinazionali²⁰.

Le transazioni economiche governate da società di rilevanti dimensioni e strutturate secondo diversi livelli gerarchici non risultano agevolmente scandagliabili attraverso il vaglio penalistico: non solo il contributo individuale delle persone fisiche è parcellizzato e la prova del coefficiente psicologico in capo ai soggetti che hanno in qualche modo preso parte al fatto criminoso diventa a dir poco difficoltosa, ma le stesse condotte asseritamente corruttive si intrecciano e si sovrappongono ai legittimi accordi commerciali rendendo ardua l’individuazione dell’eventuale illiceità della pattuizione.

¹⁵ MANACORDA (1999), p. 37.

¹⁶ CENTONZE e DELL’OSSO (2013), p. 197.

¹⁷ Diffusamente su tali aspetti di complessità, CHAN *et al.* (2024), p. 392 ss.

¹⁸ MANACORDA (2023), p. 4036.

¹⁹ CENTONZE e DELL’OSSO (2013), p. 198. Sul punto, v. anche MONGILLO (2016), p. 1320 ss.

²⁰ CHAN *et al.* (2021), p. 221 ss.

La lettura di talune recenti imputazioni nel nostro Paese rispecchia proprio tali problematiche. Esemplare quanto si legge nella sentenza del Tribunale di Milano sul caso *Oil Prospecting* (Nigeria): l'elencazione, nel capo d'imputazione, «di tutti gli attuali imputati e del concorrente [...], con la precisazione della relativa convergenza delle condotte materiali, porta a ritenere che l'imputazione non individui uno o più autori materiali della condotta di privato corruttore, ma parifichi tutti gli imputati [...] quali autori materiali della condotta principale tipica». Tuttavia, «pur avendo precisato l'apporto convergente di ciascun imputato, il Pubblico Ministro ha [...] introdotto ulteriori problemi di ambiguità e in alcuni casi di contraddittorietà dell'imputazione stessa, sempre derivanti dalla [...] mancanza di chiarezza nella distinzione/sovrapposizione tra accordi leciti ed accordi illeciti»²¹.

Come si vede l'accusa, almeno secondo il Tribunale, non solo avrebbe accomunato tutti i presunti autori materiali della condotta, ma non sarebbe neanche riuscita a specificare le eventuali condotte criminose dei soggetti privati e a isolarle dal flusso delle legittime pratiche commerciali.

Non interessa in questa sede entrare nel merito di tali rilievi, quanto ribadire che il contesto in cui operano imprese multinazionali impegnate in complesse operazioni commerciali all'estero rende, di per sé, assai arduo lo scrutinio penalistico.

A ciò si aggiunga che la corruzione internazionale è una pratica in cui i responsabili hanno spesso, come rileva anche la letteratura internazionale, il potere di «coprire le tracce del proprio illecito e occultare le prove» creando, rispetto agli inquirenti, «un problema di informazione asimmetrica»: le società «di solito sanno più di quanto non sappiano le autorità preposte all'applicazione della legge e quindi queste ultime finiscono per confidare sull'autodenuncia da parte delle prime»²².

Il secondo aspetto di complessità sul quale vale la pena indugiare è il ruolo degli intermediari nelle transazioni internazionali.

Come si legge negli studi di *management*, «gli intermediari, quali società commerciali, agenti e mercanti, hanno svolto per secoli un ruolo fondamentale nel commercio internazionale» e «rappresentano una valida soluzione organizzativa per facilitare il commercio mondiale mettendo in contatto acquirenti e venditori distanti attraverso i confini internazionali, e per aiutare le aziende a superare la responsabilità dell'estraneità offrendo una migliore conoscenza locale e l'accesso a relazioni e reti commerciali locali»²³.

Ecco perché «l'impresa che intenda operare oltrefrontiera, precipuamente in contesti complessi dal punto di vista socio-culturale e giuridico, si avvale fisiologicamente del supporto di *agents* o procuratori locali, per accedere a preziose fonti di *know-how* e servizi di vario genere: consulenza legale, ricerche di mercato, elaborazione di progetti imprenditoriali, servizi di vendita e post-vendita, rappresentanza ecc.»²⁴.

²¹ Trib. Milano, Sez. VII, 17 marzo 2021, n. 3055, p. 68.

²² HOCK e DAVID-BARRETT (2022), p. 2.

²³ VIRTANEN *et al.* (2023), p. 932.

²⁴ MONGILLO (2016), p. 1325.

Il problema è l'impiego patologico degli agenti/intermediari: infatti, «vent'anni di applicazione della legge sulla corruzione all'estero hanno dimostrato che nella stragrande maggioranza dei casi le tangenti vengono pagate, offerte o promesse attraverso un intermediario. Nel 2014, il Rapporto sulla corruzione all'estero ha rivelato che nel 75% dei casi conclusi dall'entrata in vigore della Convenzione anticorruzione dell'OCSE, la corruzione è stata effettuata attraverso un intermediario». A conferma di questa tendenza, una ricerca più recente «mostra che un intermediario è stato coinvolto nell'81% dei casi (93 su 115) e, in quasi tutti i casi, l'intermediario ha effettuato almeno un pagamento diretto della tangente»²⁵.

La questione processuale è chiara e sarà sviluppata nel prosieguo: si tratta di distinguere con precisione il fisiologico e legittimo ricorso agli agenti stranieri dall'illecito inserimento di un terzo soggetto, in funzione di intermediario, nella relazione bilaterale tra corruttore e corrotto.

4. Il momento consumativo della corruzione internazionale e la prova dell'accordo.

Come accennato, secondo il Gruppo di lavoro dell'OCSE, nei procedimenti relativi alla corruzione internazionale, i tribunali italiani richiederebbero, a differenza della giurisprudenza sulla corruzione nazionale, la prova di ogni dettaglio dell'accordo corruttivo, inclusi data, luogo, soggetti coinvolti, condizioni finanziarie.

Una tale asimmetria tra standard probatori è in realtà smentita dalla lettura delle motivazioni.

Per comprendere l'approccio seguito dalle pronunce in materia di corruzione internazionale, conviene proprio muovere dalla giurisprudenza sulle fattispecie di corruzione interna in tema di accordo ed innanzitutto dalle notissime Sezioni Unite *Maldera*: tale reato si legge nella motivazione, è caratterizzato «da un accordo liberamente e consapevolmente concluso, su un piano di sostanziale parità sinallagmatica, tra i due soggetti, che mirano ad un comune obiettivo illecito». In definitiva, «l'accordo corruttivo presuppone la *par condicio contractualis* ed evidenzia l'incontro assolutamente libero e consapevole delle volontà delle parti»²⁶.

Ciò vale, si badi, rispetto a ogni forma di corruzione. Cambiano i termini e i contenuti dell'accordo, ma non la struttura.

Rispetto alla corruzione propria è infatti necessario «che l'illecito accordo tra pubblico funzionario e privato corruttore preveda il compimento, da parte del primo, di un atto specificamente individuato od individuabile come contrario ai doveri d'ufficio, sicché, sul piano probatorio, occorre procedere alla rigorosa determinazione del contenuto delle obbligazioni assunte dal pubblico funzionario alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, avuto riguardo in particolare al movente ed alle specifiche

²⁵ OECD (2020), p. 3.

²⁶ Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 12228 (*Maldera*), con nota di BARTOLI (2014). Principi ribaditi ancora di recente da Cass. pen., Sez. VI, 10 aprile 2024, n. 35687: «l'accordo corruttivo presuppone la "par condicio contractualis" ed evidenzia l'incontro libero e consapevole della volontà delle parti».

aspettative del privato, alla condotta serbata dall'agente pubblico ed alle modalità di corresponsione a questi del prezzo della corruttela». Mentre il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione pubblica sanziona «la presa in carico, da parte del pubblico funzionario, di un interesse privato dietro una dazione o promessa indebita, senza che sia necessaria l'individuazione del compimento di uno specifico atto d'ufficio»²⁷.

Anche con riguardo all'art. 318 c.p. dunque il pubblico ufficiale stipula «un patto con l'*extraneus* per asservire la propria "funzione", al soddisfacimento degli interessi di questi, dietro dazione o anche soltanto promessa di una contropartita economicamente valutabile». Ancora, aggiunge la Suprema Corte, «dal punto di vista "qualitativo" il patto di cui all'art. 318 cod. pen. può avere ad oggetto il compimento di atti specificamente individuati e concordati tra le parti, così come l'impegno indefinito a soddisfare qualunque interesse dell'*extraneus* (in questo caso il privato corruttore) che possa in prospettiva palesarsi»²⁸.

Insomma, come si afferma in una recente sentenza della Suprema Corte, che in una vicenda di corruzione domestica si spende sulla distinzione tra corruzione propria e impropria, in ogni caso «deve essere accertato il "colore" del patto corruttivo, il suo oggetto specifico, la sua riferibilità o meno al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio»²⁹.

Che l'accordo sia il "cuore" anche della corruzione internazionale lo spiegano tutte le sentenze italiane citate dal Gruppo di lavoro.

Per la Corte d'appello di Milano, per esempio, che chiude uno dei procedimenti relativi al caso Nigeria, «è necessario provare l'esistenza di un accordo illecito – momento di perfezionamento del reato, precedente il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio – tra corruttore e pubblici ufficiali che agiscono in forza della promessa dell'illecita remunerazione, la cui ricezione, insieme all'atto illecito compiuto, rappresenta la condotta esecutiva dell'accordo. Come ricorda la S.C., è necessario che sia fornita la prova della pattuizione illecita conclusa tra le parti, non essendo sufficiente fornire la dimostrazione dell'illegittimità dell'atto e della dazione illecita»³⁰.

Il punto pare dunque pacifico. Come ricorda di recente Stefano Manacorda, i «giudici italiani hanno nel tempo assunto una posizione di tipo "conservativo" e a nostro modo di vedere garantistico, esigendo che il *pactum sceleris* debba essere provato anche in relazione alla corruzione internazionale, e richiedendo pertanto che la prova di tale elemento, il cui onere grava ovviamente sull'accusa, sia adeguatamente raggiunta in giudizio, senza derogare ai canoni probatori fissati dalle regole processuali che presidiano le procedure relative ai casi di corruzione nazionali»³¹.

Rimane da verificare quali dettagli dell'accordo debbano essere oggetto di prova.

²⁷ Cass. pen., Sez. VI, 2 maggio 2024, n. 34024.

²⁸ Cass. pen., Sez. VI, 6 marzo 2024, n. 17514. In dottrina, tra gli altri, MANES (2018), pp. 1148-1149: «lo schema della corruzione [...] è e resta quello negoziale, di un accordo sotteso ad una dinamica cooperativa che ha nella vendita della funzione la sua causa turpe».

²⁹ Cass. pen., Sez. VI, 8 giugno 2023, n. 1245.

³⁰ Corte App. Milano, Sez. II, 24 giugno 2021, n. 4960, pp. 113-114.

³¹ MANACORDA (2024), p. 749.

La questione è sollevata ancora dal Gruppo di lavoro: il problema, si legge nel *Report*, «non è il requisito di un accordo corruttivo in sé, ma il livello di dettaglio che deve essere dimostrato. Nel caso *Helicopters* (India), sia il Tribunale di primo grado che la Corte d'Appello hanno richiesto la prova del luogo e del momento in cui sarebbe stato stipulato l'accordo e dei dettagli dell'atto che il funzionario corrotto avrebbe dovuto compiere». Non solo, nei recenti processi di corruzione internazionale, i giudici italiani si sarebbero allontanati dai criteri codificati nella giurisprudenza sulla corruzione domestica richiedendo un irragionevole «grado di precisione» dell'accordo³².

La prima domanda da porsi rispetto a tali conclusioni è la seguente: davvero la giurisprudenza sull'art. 322 *bis* c.p. ha introdotto una sorta di "doppio standard" rispetto ai dettagli dell'accordo?

Nel caso *Helicopters* (India), gli apicali di Finmeccanica e AgustaWestland Holding N.V. erano accusati di aver promesso e corrisposto al Capo di Stato Maggiore dell'*Indian Air Force*, tramite numerosi intermediari, tra cui tre cugini del pubblico ufficiale, delle somme di denaro affinché il bando di gara, pubblicato dal Ministero della Difesa Indiano per l'acquisto di elicotteri da destinare a membri del Governo, venisse modificato in senso favorevole ad AgustaWestland, attraverso la previsione di una riduzione della quota operativa di volo degli elicotteri e dell'introduzione del requisito della prova comparativa di volo con motore in avaria.

Ebbene, come accennato, in quel procedimento, secondo il Gruppo di lavoro dell'OCSE, i giudici nazionali sarebbero pervenuti a una pronuncia di assoluzione nei confronti degli imputati perché avrebbero richiesto, contrariamente a quanto affermato dalla giurisprudenza nazionale in tema di corruzione interna, la prova di ogni singolo elemento dell'accordo corruttivo (inclusi la data e luogo in cui sarebbe avvenuto) e dell'atto del pubblico ufficiale oggetto di mercimonio.

A ben vedere, però, la Corte d'Appello di Milano nel giudizio di rinvio, confermando le conclusioni raggiunte dal Tribunale³³, ha ritenuto che, all'esito del dibattimento e della rinnovazione dell'istruttoria nel giudizio di secondo grado, «non vi [fosse], conclusivamente, prova alcuna dell'accordo corruttivo stipulato secondo l'imputazione con il pubblico ufficiale, così come invece richiede la norma incriminatrice contestata agli imputati»³⁴, a prescindere, quindi, dal momento e dal luogo in cui il medesimo sarebbe stato concluso.

È vero, tuttavia, che la data dell'accordo aveva un peso non indifferente.

Infatti, secondo i giudici meneghini, «nel presente processo è dato assistere da subito ad una sfasatura cronologica che ha ammalorato l'imputazione, elevata nei confronti degli odierni imputati con riferimento ad un incarico conferito al mediatore

³² OECD (2022), p. 40 ss.

³³ Trib. Busto Arsizio, 9 ottobre 2014, p. 55: «l'istruttoria svolta non ha consegnato al vaglio del Collegio giudicante il riscontro istruttorio sia dell'accordo corruttivo che sarebbe intercorso tra il p.u. straniero corrotto e i corruttori (nelle persone dei due odierni imputati), sia l'esistenza di un atto contrario ai doveri dell'ufficio (dal contenuto corrispondente a quello indicato in imputazione) che rappresenterebbe la controprestazione alla dazione di denaro ricevuta, per come prospettato nel capo in esame, al di là dell'effettivo pagamento del p.u. straniero corrotto che, in ogni caso, non risulta riscontrato».

³⁴ Corte App. Milano, Sez. III, 17 settembre 2018, p. 221.

[...] per condurre una trattativa con il Capo di Stato Maggiore dell’Aeronautica indiana in vista di ottenere l’abbassamento della quota di volo, quale requisito della gara per la fornitura di elicotteri VVIP, molti mesi dopo che quell’abbassamento era stato deciso»³⁵. Dall’istruttoria, infatti, secondo i giudici di merito, era risultato in maniera incontrovertibile che il primo incontro tra gli imputati e il mediatore era avvenuto successivamente alla delibera, da parte di soggetti diversi dal pubblico ufficiale asseritamente corrotto, del bando di gara in senso favorevole ad AgustaWestland³⁶.

Tali circostanze sono state confermate dalla Suprema Corte che ha rigettato il ricorso della Procura Generale rilevando come le conclusioni della sentenza impugnata in ordine all’«assoluta mancanza di prova dell’accordo corruttivo e la comprovata inesistenza di atti contrari ai doveri di ufficio addebitabili» al pubblico ufficiale fossero immuni da censure³⁷.

Per concludere, diversamente da quanto sostenuto dal Gruppo di lavoro, nel caso *Helicopters* (India) i giudici di merito non sono pervenuti all’assoluzione degli imputati attraverso l’adozione di criteri probatori più rigorosi, ma piuttosto per l’assoluta mancanza di prova dell’esistenza di un accordo tra privati e pubblici ufficiali.

Ma i rilievi del WGB consentono anche di porre un’ulteriore questione di grande rilievo concreto: cosa deve essere provato in giudizio perché possa parlarsi di “accordo”?

5. Quali elementi fattuali devono essere dimostrati in giudizio perché possa affermarsi sussistente un “accordo” corruttivo?

Il problema sorge perché l’accordo «non è un oggetto della realtà esterna, che sia rinvenibile con l’esercizio dei sensi e poi confrontabile alle fattispecie legali. Esso [...] è un risultato del nostro capire: affinché le decisioni delle parti siano trovate concordi, è necessario d’interpretarle»³⁸.

Seguendo un noto saggio di Natalino Irti, si può innanzitutto convenire sul fatto che l’accordo non coincida «con le unilaterali decisioni di attuare lo scambio: queste sono soltanto i presupposti o le ragioni, che spingono le parti ad aprire il circuito delle domande e delle risposte. Uomini, dapprima l’uno all’altro ignoti e indifferenti, *si scambiano parole, poiché hanno deciso di scambiarsi beni*. Lo scambio di valori economici è insieme scambio di valori linguistici. [...]. Questo scambio sta nel *dialogo* tra le parti. L’accordo, descritto nei codici civili, nasce dal dialogo: è il *risultato discorsivo e conoscitivo*, che media i punti di vista delle parti, e risolve in unità la loro discorde dualità. Il “contrarre” è disegnato come esito di un “contrattare”; lo stringersi in un vincolo, come esito di un parlare e ragionare insieme»³⁹. L’accordo, dunque, come esito di un dialogo, come scambio di valori linguistici.

³⁵ *Ivi*, p. 218.

³⁶ *Ivi*, p. 281 ss.

³⁷ Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2019, n. 40258.

³⁸ IRTI (1999a), p. 1144.

³⁹ IRTI (1998), pp. 348-349. Sul punto, v. anche IRTI (1999b), p. 273 ss.

Ma non solo, perché il dialogo, come spiega Oppo in replica, rappresenta solo uno dei diversi meccanismi per raggiungere l'accordo, il quale è strutturalmente concepibile anche in assenza di «trattativa, dialogo [o] espressione linguistica, più o meno dominante o dominabile»⁴⁰.

Insomma, l'accordo in quanto convergenza di due o più manifestazioni o dichiarazioni di volontà, richiede contegni esteriori. Perché si abbia un accordo occorre necessariamente che la volontà delle parti sia in qualche modo palesata.

Ritornando all'accordo rilevante nel contesto della corruzione internazionale, occorre accertare proprio la convergenza di volontà tra privato e pubblico ufficiale rispetto al denaro o alle altre utilità promesse o ricevute da quest'ultimo, il collegamento tra le utilità e il compimento dell'atto dell'ufficio, «la "presa in carico"», da parte del pubblico ufficiale, «di interessi differenti da quelli che la legge persegue attraverso il pubblico agente»⁴¹.

In altre parole, come si legge nelle motivazioni della Suprema Corte nel caso *Oil and Gas* (Algeria), «deve essere accertato il nesso tra l'utilità e l'atto da compiere o compiuto da parte del pubblico ufficiale e se il compimento dell'atto sia stato la causa della prestazione e dell'accettazione da parte del pubblico ufficiale della utilità»⁴².

La data, il luogo o le precise condizioni finanziarie del patto non possono assumere decisivo rilievo probatorio se rimangono dettagli marginali rispetto al *pactum sceleris* sul quale si incentra, secondo le indicazioni del legislatore, il rimprovero penalistico: la prova degli stessi può invece diventare risolutiva in una serie di casi in cui tali aspetti del fatto storico possono essere considerati elementi indiziari per la dimostrazione dell'accordo illecito.

Un'ultima precisazione.

L'accordo potrà considerarsi perfezionato anche per fatti concludenti: è infatti «principio pacifico – nella giurisprudenza sulla corruzione domestica – che non occorra la prova di una esplicita pattuizione, ma è sufficiente che l'accordo sia desunto anche da fatti concludenti, tra i quali anche la stessa dazione della utilità». Mai, tuttavia, si potrà prescindere dalla verifica che «il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio sia stato la "causa" della prestazione dell'utilità e della sua accettazione da parte del pubblico ufficiale, non essendo sufficiente a tal fine la mera circostanza dell'avvenuta dazione»⁴³.

Insomma, anche se per fatti concludenti, non può prescindersi dalla prova dell'accordo secondo le cadenze delineate.

Si comprende dunque la ragione per la quale, riprendendo un'altra questione posta dal Gruppo di lavoro, l'accordo penalmente rilevante non può consistere nella mera dazione di denaro o altra utilità dal privato al pubblico ufficiale. La dimostrazione

⁴⁰ OPPO (1998), p. 527.

⁴¹ Cass. pen., Sez. VI, 8 giugno 2023, n. 1245.

⁴² Cass. pen., Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 37783.

⁴³ Cass. pen., Sez. VI, 14 gennaio 2021, n. 1594.

della dazione indebita in favore del pubblico ufficiale potrà semmai rappresentare un indizio della finalizzazione della stessa al comportamento illecito del pubblico ufficiale⁴⁴.

Proprio il ragionamento indiziario diventa centrale nella prova della corruzione.

Come vedremo tra un momento, anche su tale punto, le severe censure mosse dall'OCSE alla giurisprudenza italiana risultano, a dir poco, ingenerose.

Prima di analizzare a fondo il tema, conviene concludere la questione relativa all'accordo con il problema della qualificazione giuridica dell'adesione successiva all'accordo criminoso già stipulato.

6. Il problema dell'adesione all'illecito successiva alla conclusione dell'accordo criminoso.

Secondo il Gruppo di lavoro, la giurisprudenza italiana sull'art. 322 *bis* c.p. non avrebbe individuato una responsabilità penale nei casi in cui il privato «si aggiunge e diventa parte di una transazione corruttiva dopo che il funzionario abbia stipulato un precedente “accordo corruttivo” con l'intermediario o altra parte terza»⁴⁵.

Il WGB cita in proposito la sentenza del Tribunale di Milano nel caso *Oil Prospecting* (Nigeria). Il Tribunale avrebbe ritenuto che le società non potessero «essere ritenute responsabili di corruzione internazionale, sebbene fosse in corso un accordo corruttivo tra il titolare della licenza e i funzionari nigeriani. Le società non erano parti coinvolte in tale accordo, che era già stato stipulato quando le società sono entrate in scena. Inoltre, queste ultime non sarebbero ritenute responsabili anche se fossero state a conoscenza dell'accordo e del fatto che il titolare della licenza avrebbe poi utilizzato il denaro dell'acquisto per corrompere i funzionari nigeriani. Questo perché il reato di corruzione si è perfezionato una volta che il titolare della licenza e i funzionari hanno raggiunto l'accordo. La partecipazione delle società alla successiva “fase esecutiva” dell'accordo, ad esempio fornendo il denaro della tangente pur sapendo dell'esistenza del precedente accordo corruttivo, non equivale a corruzione. Per essere ritenuti responsabili, è necessario «contribuire personalmente all'accordo in piena consapevolezza dell'obiettivo di corrompere i pubblici ufficiali coinvolti»⁴⁶.

Ebbene, conviene subito evidenziare che la sentenza citata dal Gruppo di lavoro, nel merito, esclude che sia mai stato stipulato un accordo illecito come invece sostenuto dall'accusa, mentre nello sviluppo dell'argomentazione e di un ragionamento ipotetico,

⁴⁴ Cass. pen., Sez. VI, 6 maggio 2016, n. 39008. La questione è, direi, pacifica nella giurisprudenza sulla corruzione domestica (art. 319 c.p.) per la quale «nell'ipotesi in cui risulti provata la dazione di denaro o di altra utilità in favore del pubblico ufficiale, è necessario dimostrare che il compimento dell'atto contrario ai doveri di ufficio è stato la causa della prestazione dell'utilità e della sua accettazione da parte del pubblico ufficiale, non essendo sufficiente a tal fine la mera circostanza dell'avvenuta dazione [...]. La prova della dazione indebita di una utilità in favore del pubblico ufficiale, quindi, ben può costituire un indizio, sul piano logico, ma non anche, da solo, la prova della finalizzazione della stessa al comportamento antidoveroso del pubblico ufficiale».

⁴⁵ OECD (2022), p. 45.

⁴⁶ *Ivi*, pp. 44-45.

afferma che, quand'anche fosse stato provato un precedente accordo criminoso, l'accusa avrebbe dovuto dimostrare, non soltanto la consapevolezza di un patto illecito, ma anche la partecipazione degli imputati all'accordo stesso. Testualmente: «la partecipazione di terzi alla fase esecutiva (*resolution agreements* [atto contrario] e pagamento della tangente) di un eventuale precedente accordo criminoso, anche se realizzata con la consapevolezza dell'esistenza di accordi illeciti già intercorsi tra le parti necessarie, non è sufficiente ad integrare il reato di corruzione, il quale si fonda sulla ineludibile partecipazione del terzo anche alla fase dell'accordo»⁴⁷, cioè sull'«aver personalmente contribuito all'accordo nella piena consapevolezza dell'obiettivo di corrompere i pubblici ufficiali coinvolti»⁴⁸.

In questi termini, il brano del Tribunale di Milano è indubbiamente fonte di equivoci e non può essere integralmente condiviso alla luce della giurisprudenza di legittimità, anche molto recente, in parte citata dallo stesso collegio.

Per la Suprema Corte è infatti chiaro, in ipotesi di corruzione domestica, che non può considerarsi illecita la condotta del terzo che interviene dopo la conclusione di un accordo corruttivo, limitandosi a realizzare «un'attività meramente esecutiva della pattuizione illecita». Ben diverso sarebbe il caso in cui il terzo, comunque a conoscenza del *pactum sceleris*, abbia attuato «una frazione delle relative condotte tipiche, che peraltro vale ad integrare il momento di massima estrinsecazione dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma»⁴⁹. Così, ad esempio, risponde di corruzione chi, sempre estraneo all'originario accordo, provvede alla «formazione delle illecite provviste di denaro successivamente consegnate o messe a disposizione del funzionario corrotto», chi impiega le proprie «competenze professionali» per una «intermediazione consapevole ai fini del passaggio del prezzo della corruzione» o per il «reperimento, la creazione e/o la messa a disposizione del funzionario infedele del denaro costituente il prezzo della corruzione»⁵⁰.

Si tratta di principi condivisibili almeno seguendo la tesi, ormai dominante, delle Sezioni Unite *Mills*⁵¹ del 2010 che ha risolto l'annosa questione della consumazione nei reati di corruzione mediante l'elaborazione del noto c.d. «duplice schema»⁵²: secondo questa giurisprudenza, la dazione non è un postfatto non punibile, «non potendosi minimizzare un aspetto centrale della condotta antiggiuridica». La promessa, quindi, costituisce il momento consumativo in tutte le ipotesi corruttive in cui essa non è seguita

⁴⁷ Trib. Milano, Sez. VII, 17 marzo 2021, n. 3055, p. 265.

⁴⁸ *Ivi*, p. 319.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. VI, 12 ottobre 2022, n. 168.

⁵⁰ Cass. pen., Sez. VI, 31 maggio 2022, n. 28988, con nota di PISA e PONTEPRINO (2022).

⁵¹ Cass. pen., Sez. Un., 21 aprile 2010, n. 15208, con nota di MAIELLO (2010).

⁵² Secondo il quale il delitto si perfeziona alternativamente con l'accettazione della promessa ovvero con la dazione -ricezione dell'utilità e, tuttavia, ove alla promessa faccia seguito la dazione - ricezione, è solo in tale ultimo momento che, approfondendosi l'offesa tipica, il reato viene a consumazione. Per una recente ricognizione della tematica, si consenta il rinvio a CENTONZE e ASTORINA MARINO (2023), spec. p. 8 ss. Per l'opposta tesi, secondo la quale il momento consumativo è in ogni caso costituito dal solo accordo corruttivo, v. BALBI (2003), p. 135. Per uno studio sull'anticipazione di tutela nel delitto di corruzione, in prospettiva anche comparata, v. recentemente CUTOLO (2024), p. 101 ss.

dalla dazione: in questo secondo caso, si è dinnanzi ad un «approfondimento dell’offesa tipica» con il conseguente «spostamento in avanti del momento consumativo».

La tesi del “duplice schema” non è esente da critiche, anche piuttosto robuste⁵³. In primo luogo, il riferimento al c.d. “approfondimento dell’offesa” quale elemento della struttura del fatto tipico implicherebbe che solo la sua effettiva realizzazione può completare il disvalore penale del delitto di corruzione. Perdipiù, se per integrare il contenuto minimo del fatto tipico è sufficiente l’accettazione della promessa, l’adempimento successivo non può che configurarsi a tutti gli effetti come un *post factum* privo di rilevanza penale.

Considerata poi la ricezione pressoché acritica del canone del “duplice schema” da parte della giurisprudenza di legittimità successiva alla Sezione Unite *Mills*, si è parlato della corruzione (di cui all’art. 318 c.p.) come «reato eventualmente permanente»⁵⁴. In questi termini, la consumazione iniziale, che si realizza con l’accettazione della promessa, verrebbe a protrarsi, nel caso in cui segua una dazione, fino al momento della ricezione.

Sul punto, la fisionomia a “reato eventualmente permanente” è stata sottoposta a critica in ragione della “forzatura interpretativa” in materia di consumazione. Infatti, i reati permanenti — peraltro, al pari di quelli progressivi — non possono essere elaborati dagli interpreti sulla base di situazioni concrete od esigenze pratiche di matrice politico-criminale⁵⁵.

È evidente che tale ricostruzione è fondata sull’esigenza di “spostare in avanti” il *dies a quo* ai fini del computo dei termini prescrizionali. Fine certamente perseguibile, ma che avrebbe dovuto essere affrontato con una modifica diretta all’istituto della prescrizione — già dalla riforma del 2012, secondo parte della dottrina⁵⁶ — senza ricorrere, di contro, agli sforzi ermeneutici del formante giurisprudenziale.

7. Lo standard probatorio, il paradigma indiziario e le massime d’esperienza.

Nel contesto della corruzione internazionale, gli elementi essenziali dell’accordo vengono il più delle volte accertati mediante inferenza indiziaria.

Su questo punto le affermazioni del Gruppo di lavoro relative alle dinamiche criminologiche della corruzione internazionale sono del tutto condivisibili: «di rado il corruttore e il pubblico ufficiale corrotto sono colti sul fatto. Nella maggior parte dei casi, la scoperta del reato ha luogo molto tempo dopo la sua consumazione. Inoltre, il più delle volte il pagamento della “tangente” avviene per il tramite di intermediari al fine di “allontanare” dalle prove di reato il corruttore e il pubblico ufficiale corrotto. In tali casi,

⁵³ Criticamente, in dottrina ROMANO (2013), p. 144 ss.; FIANDACA e MUSCO (2021), p. 228; BENUSSI (2013), p. 682 ss.; LA ROSA (2018), pp. 366-367.

⁵⁴ In questo senso, Cass. pen., Sez. VI, 27 novembre 2015, n. 3043. Si vedano, al riguardo, le riflessioni a suo tempo spese da RAMPIONI (1998), p. 1995 ss.

⁵⁵ ROMANO (2013), p. 145 ss.

⁵⁶ VIGANÒ (2014), p. 22.

pertanto, non sussiste alcuna prova che le parti abbiano negoziato direttamente l'accordo oggetto del delitto di corruzione. Di conseguenza, l'effettiva esecuzione della transazione che è oggetto del reato di corruzione deve essere dedotta dagli indizi inerenti al caso»⁵⁷.

In proposito, l'analisi delle diverse recenti pronunce italiane che hanno approfondito i principi della prova indiziaria in tema di corruzione internazionale mostra una piena consapevolezza, da parte dei nostri giudici, delle problematiche sottostanti e delle condizioni che il legislatore ha voluto porre per attribuire capacità dimostrativa alla prova per indizi.

Il tema è di straordinaria delicatezza proprio per la struttura del ragionamento indiziario: mentre la prova rappresentativa «ricostruisce in modo diretto il fatto da provare, di guisa che l'inferenza tra esperimento conoscitivo e dimostrazione del fatto risulti automatica», l'indizio si pone, rispetto al fatto da provare, «come un termine di relazione indiretto». Infatti, nell'indizio «il dato dimostrativo riguarda un fatto non oggetto di prova da cui, attraverso una ulteriore “mediazione intellettuale”, si perviene al fatto oggetto di prova»: dall'elemento di prova «scaturisce un risultato dimostrativo intermedio da cui occorre risalire, attraverso l'ausilio di leggi logiche o scientifiche non universali, al risultato di prova imposto dall'imputazione». L'indizio richiede quindi «una doppia mediazione inferenziale nell'ambito della quale l'applicazione di massime d'esperienza o di leggi logiche o scientifiche probabilistiche incide sull'attendibilità del risultato probatorio»⁵⁸.

Questa è la ragione per la quale l'art. 192 c.p.p. pone una regola che serve da «freno nei confronti degli usi arbitrari e indiscriminati di elementi ai quali, sul piano logico, non è riconosciuta la stessa efficacia persuasiva delle prove»⁵⁹. Il dato testuale è chiaro: come scrive Filippo Dinacci, «le aggettivazioni qualificative cui ricorre il legislatore forniscono il senso della consapevolezza della presunzione di inattendibilità che circonda tale strumento probatorio»⁶⁰.

I processi su casi di corruzione internazionale sono incentrati sulla prova indiziaria e sono quindi esposti al rischio dell'impiego di massime d'esperienza del tutto arbitrarie e soggettive.

Il tema è noto, anche per essere stato esplorato dalla giurisprudenza e dalla letteratura giuridica.

Tra le trattazioni più incisive vi è senz'altro quella di Michele Taruffo, il quale spiegava che se, nel giustificare la propria decisione, il giudice impiega «massime che corrispondono a leggi scientifiche o a generalizzazioni conoscitivamente valide, la

⁵⁷ OECD (2022), p. 37.

⁵⁸ DINACCI (2015), p. 810. Per un più ampio approfondimento sul tema, v. DINACCI (2014), p. 644 ss.

⁵⁹ UBERTIS (2022), p. 172. Secondo DINACCI (2015), p. 810, l'art. 192 c.p.p. pone allora al giudice «limiti valutativi in ordine ad alcuni esperimenti conoscitivi che il legislatore ritiene, sul piano della ricostruzione del fatto, “controvertibili”».

⁶⁰ DINACCI (2014), p. 650, il quale cita anche la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazzetta Ufficiale, Serie generale*, n. 250 del 24 ottobre 1988 – Suppl. ord. n. 2, p. 61, in cui si rileva la necessità di «una regola che serva da freno nei confronti degli usi arbitrari e indiscriminati di elementi ai quali sul piano logico non è riconosciuta la stessa efficacia persuasiva delle prove».

giustificazione che su di esse si fonda potrà essere una buona giustificazione, ossia un'argomentazione capace di dimostrare che la decisione sui fatti è veritiera in quanto corrisponde alla realtà di ciò che è stato razionalmente provato in giudizio. Se il giudice impiega massime d'esperienza fondate su generalizzazioni spurie, o che corrispondono semplicemente a pre-giudizi dello stesso giudice, o che sono presenti nel contesto sociale di cui egli si fa interprete, la giustificazione che ne deriva non può che essere cattiva, non essendo idonea a fornire un fondamento di razionalità al giudizio con cui il giudice ha stabilito che determinati fatti debbono essere considerati come veri»⁶¹.

Sono dunque indispensabili "regole di utilizzo" delle massime d'esperienza nel processo per ridurre «in misura significativa gli errori che molto spesso sono il risultato dell'uso acritico» delle stesse. Le massime d'esperienza devono allora risultare «confermate da conoscenze scientifiche o si fondano su frequenze statistiche verificate. Analogamente, si può far riferimento a quelle massime che corrispondono a generalizzazioni valide. Possono essere utilizzate solo massime la cui formulazione preesiste al caso specifico al quale vengono applicate (non potendosi formulare una massima *ad hoc* sulla sola base del caso singolo che si considera). Inoltre, possono essere utilizzate soltanto massime che si riferiscono direttamente al caso specifico: massime troppo vaghe e generiche, non direttamente applicabili al singolo caso, sono prive di utilità ed incrementano il rischio di fraintendimenti. Infine, possono essere utilizzate le massime che risultano essere generalmente accettate e non contraddette o messe in dubbio nell'ambito della cultura socialmente condivisa del tempo e del luogo in cui la decisione viene formulata»⁶².

La «presunzione di inattendibilità» degli indizi permea le sentenze relative ai casi di corruzione internazionale che in maniera diffusa argomentano in merito alla necessità di una corretta applicazione dell'art. 192 c. 2 c.p.p.

Ecco allora qualche esempio.

Nel caso *Oil and Gas* (Algeria), tra quelli "attenzionati" dal Gruppo di lavoro dell'OCSE, la prova del coinvolgimento diretto del Ministro nel sistema illecito corruttivo era stata ricavata da un dato documentale ritenuto dal Tribunale «incontrovertibile», ossia la presenza nella rubrica telefonica di quest'ultimo dei numeri di telefono dei presunti partecipi e intermediari della corruzione «a dimostrazione che i soggetti (persone fisiche e giuridiche) coinvolti nella *galassia* Bedjaoui (imputato in quanto fiduciario del Ministro algerino e intermediario della corruzione, *n.d.r.*) erano direttamente contattabili» dallo stesso Ministro che «ne teneva le fila»⁶³.

È chiaro che il dato della presenza di una serie di soggetti nella rubrica telefonica non può dimostrare, come poi confermato dalla Corte d'appello e dalla Cassazione, «l'esistenza di un diffuso sistema corruttivo, ovvero la partecipazione del Ministro al patto illecito [...], e neppure provi la dazione ed il ricevimento del denaro [...] da parte

⁶¹ TARUFFO (2009), p. 560.

⁶² TARUFFO (2009), p. 565.

⁶³ Trib. Milano, Sez. IV, 18 dicembre 2018, n. 10074, pp. 67-68, con nota di SCOLETTA (2019).

del pubblico agente come retribuzione per il compimento di atti contrari ai doveri di ufficio»⁶⁴.

Non può dimostrarlo perché non esiste una massima d'esperienza o una generalizzazione del senso comune per la quale: «la presenza, nella rubrica telefonica, dei contatti di persone incriminate per la realizzazione di un reato dimostra la partecipazione del titolare dell'utenza telefonica nel reato addebitato a queste ultime».

Il rischio allora è che l'impiego di massime d'esperienza prive di portata generalizzante possa far entrare nel processo non la prova indiziaria disciplinata dall'art. 192 c.p.p., ma il «sospetto», concetto che, come ci ricorda la Suprema Corte, «oscilla tra due estremi semantici, ovvero tra il significato di fenomeno soggettivo, congettura, quindi di ipotesi senza prove, o meglio, alla ricerca di prove, ed il significato di indizio equivoco, e quindi debole». Il sospetto «connota gli elementi suscettibili di assecondare distinte ed alternative ipotesi, anche contrapposte, nella spiegazione dei fatti oggetto di prova»⁶⁵.

Si comprende dunque l'enfasi con cui il Tribunale di Milano, nella vicenda c.d. Oil Prospecting (Nigeria), ritiene di non condividere la prospettiva di «una sorta di diritto penale speciale che vede alleggerito l'onere probatorio in ragione della difficoltà di svolgere indagini per la peculiarità del reato da giudicare»: il reato di corruzione internazionale «non consente di derogare ai canoni probatori fissati dalle regole processuali che presidiano le procedure relative ai casi di corruzione nazionali e in particolare alla regola decisoria ricavabile dalla previsione contenuta nel primo comma dell'art. 533 c.p.p.»⁶⁶.

Il problema più ricorrente nella prova indiziaria della corruzione internazionale è quello dei pagamenti agli intermediari.

Anche in questo caso, la tesi portata generalmente avanti dall'accusa è che i consistenti flussi di denaro verso intermediari/consulenti in qualche modo vicini ai pubblici ufficiali non sarebbero altrimenti spiegabili se non come illecite dazioni di denaro destinato a questi ultimi.

In alcune vicende, questo dato può anche rimanere privo, in dibattimento, di plausibili spiegazioni alternative senza che ciò comporti la dimostrazione dell'accordo corruttivo.

⁶⁴ Cass. pen., Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 37783. Sul punto, v. anche Corte App. Milano, Sez. II, 15 aprile 2020, n. 286, p. 203.

⁶⁵ Cass. pen., Sez. V, 14 ottobre 2020, n. 28559, con nota di GUALTIERI (2021). Nel caso di specie la Corte di Appello di Milano, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Milano, aveva confermato l'affermazione di penale responsabilità di un imputato per i reati di furto pluriaggravato e tentato furto. Secondo la Suprema Corte, «la motivazione della Corte territoriale non risulta aver fatto buon governo delle regole interpretative e valutative dettate dall'art. 192, comma 2, cod. proc. pen., avendo posto a fondamento dell'affermazione di responsabilità un unico *indizio* - la "localizzazione" dell'utenza dell'imputato -, in assenza di ulteriori elementi indiziari gravi, precisi e concordanti; il coinvolgimento dell'imputato in un furto commesso un anno prima con "le stesse modalità", invero, non può essere ritenuto un vero e proprio *indizio* - fatto noto e certo dal quale desumere, in via inferenziale, il fatto ignoto -, ma una mera *congettura*, nella sua dimensione più debole di mero *sospetto*, insuscettibile di per sé di corroborare la prova logica necessaria ad un'affermazione di responsabilità».

⁶⁶ Trib. Milano, Sez. VII, 17 marzo 2021, n. 3055, pp. 228-229.

Nel caso *Oil and Gas* (Algeria), per esempio, la Corte di Cassazione ha spiegato che i giudizi di merito non avevano chiarito le ragioni delle «ingenti somme» pagate all'intermediario (fiduciario del Ministro) «e, soprattutto, cosa questi in concreto avrebbe fatto». Ma «la circostanza che per quella macroscopica movimentazione di denaro non sia stata affatto raggiunta la prova della causa lecita, non prova di per sé la corruzione del Ministro»⁶⁷.

In questo caso, la pubblica accusa, come riferisce la Suprema Corte, ha infatti finito per incentrare il proprio ragionamento su «due reali, obiettivi, elementi indiziari, costituiti dalla non giustificata elargizione di ingentissime somme di denaro» dal privato all'intermediario e «dalla sostanziale correlazione temporale di tali attribuzioni e l'aggiudicazione delle gare in favore» del privato. Secondo la Suprema Corte si tratterebbe «di elementi la cui valenza non è di per sé, tuttavia, sufficiente a scalfire la portata, la complessiva tenuta della motivazione della sentenza impugnata, perché gli indizi indicati sono connessi non ad altri elementi di prova, ma ad altri segmenti para-indiziari, frammenti para-probatori non certi, la cui valenza, come già detto, viene tuttavia data, nello sviluppo dell'architettura accusatoria, per assunta in maniera tecnicamente non condivisibile»⁶⁸. Non era infatti neanche stato dimostrato, nel caso di specie, che quell'ingente flusso di denaro fosse giunto in tutto o in parte nella disponibilità del Ministro⁶⁹.

Il pagamento di ingenti somme di denaro a un consulente/intermediario non dimostra l'esistenza di un accordo corruttivo tra il privato e il pubblico ufficiale straniero per il tramite dell'intermediario, ma ovviamente non esclude che l'oggetto della mediazione potesse essere comunque illecito concretizzandosi, magari, nelle forme di un traffico di influenze illecite (si veda *infra* § 8).

Estremamente rilevante poi, sempre nell'ottica del ragionamento indiziario, è l'esistenza della già ricordata massima d'esperienza, consolidata e confermata anche nella letteratura internazionale, secondo la quale, come si legge in giurisprudenza, «molte grandi imprese si avvalgono frequentemente di agenti del luogo per operare in Paesi molto diversi per cultura, legislazione e struttura amministrativa, al fine di comprendere le dinamiche socio-politiche ed economiche e concorrere con aspettative di successo alle gare internazionali»⁷⁰.

In presenza di questa generalizzazione, dotata di sicura affidabilità, non può bastare la prova del pagamento di somme ingenti a intermediari/consulenti in qualche modo «vicini» ai pubblici ufficiali per giungere alla prova del fatto ignoto, ossia dell'accordo corruttivo nei termini sopra delineati.

Il caso *Helicopters* (India) ha posto temi analoghi.

Le pronunce su tale vicenda sono censurate dall'OCSE perché i giudici nazionali, anziché «considerare simultaneamente la totalità degli indizi», avrebbero valutato «ciascun elemento di prova indiziaria [...] solo singolarmente», adottando per ognuno

⁶⁷ Cass. pen., Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 37783.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Corte App. Milano, Sez. II, 15 aprile 2020, n. 286, p. 162.

di essi, «un’interpretazione alternativa, a discolpa, in modo da escluderlo dalla valutazione finale»⁷¹. Il problema – secondo il Gruppo di lavoro – riguarderebbe l’omessa considerazione da parte dei giudici di merito, ai fini della prova della corruzione, degli «ingenti pagamenti effettuati agli intermediari»⁷².

Invero, tali pagamenti, secondo le pronunce sul caso, non potevano essere ritenuti un indizio dal quale desumere, in via inferenziale, l’esistenza di un accordo corruttivo tra gli imputati e il pubblico ufficiale, anche perché, tra le altre cose, l’istruttoria aveva dimostrato come il pubblico ufficiale non «era in grado di influenzare» la modifica del bando in senso favorevole alla Società «in quanto tale determinazione era stata assunta da organi collegiali in epoca precedente l’assunzione da parte dello stesso pubblico ufficiale del proprio incarico»⁷³. In ogni caso, continuano i giudici di merito, «deve comunque essere ribadito che [...] nessun elemento consente di stabilire un qualsivoglia collegamento tra gli accrediti» agli intermediari e il pubblico ufficiale⁷⁴.

Anche in questo caso, il complesso delle evidenze non è in grado di dimostrare la illegittimità dei pagamenti alla luce della massima d’esperienza appena ricordata.

Trova, in definitiva, una diffusa condivisione nella giurisprudenza in materia di corruzione internazionale il principio per il quale la prova di ingenti versamenti all’intermediario non è sufficiente a dimostrare il *pactum sceleris*: «perché sia integrato il reato di corruzione, è necessario che il pubblico ufficiale partecipi o consenta alla pattuizione illecita, in modo che la corresponsione del denaro all’intermediario trovi causa nella retribuzione illecita del soggetto investito di pubbliche funzioni»⁷⁵.

In conclusione, la prova dell’accordo corruttivo è affare complesso che può richiedere una significativa attività investigativa e una corposa istruzione dibattimentale.

Ma abbiamo davvero bisogno, per intervenire con strumenti repressivi sui soggetti privati propensi a realizzare condotte corruttive all’estero, di “flessibilizzare” la prova dell’accordo?

La risposta non può che essere negativa: nel nostro ordinamento è sempre punibile anche la condotta unilaterale di istigazione (art. 322 c.p.) e dal 2019, come si ricorderà tra un momento, il pre-accordo corruttivo a proiezione internazionale (art. 346-bis c.p.), «che potrebbe rivelarsi risolutivo quando sia dimostrabile l’impegno oneroso assunto dall’intermediario di corrompere un pubblico ufficiale straniero, ma non l’effettiva offerta/promessa/dazione»⁷⁶.

⁷¹ OECD (2022), p. 38.

⁷² Nel *Report* si legge in particolare che «le motivazioni dell’assoluzione non hanno spiegato lo scopo di tali pagamenti, ma hanno respinto l’idea che fossero legati a un sistema di tangenti» e che «la presunta tangente è stata ricondotta ai tre cugini del funzionario. Tuttavia, il pagamento versato ai membri della famiglia non fu ritenuto sufficiente a dimostrare il reato. Occorreva invece una prova diretta che il funzionario avesse ricevuto la tangente o che fosse a conoscenza del fatto che la tangente era stata pagata a terzi» (così, *ibidem*).

⁷³ Corte App. Milano, Sez. III, 17 settembre 2018, p. 222.

⁷⁴ *Ivi*, p. 285.

⁷⁵ Corte App. Milano, Sez. II, 24 giugno 2021, n. 4960, p. 114.

⁷⁶ MONGILLO (2024b), p. 572.

Queste conclusioni offrono ora l'occasione di affrontare, un po' più in profondità, la questione della responsabilità dell'intermediario fuori dai casi di concorso nella corruzione.

8. Il problema della responsabilità degli intermediari fuori dai casi di concorso nella corruzione.

Nel mettere a fuoco i possibili rischi penali dell'intermediario, il primo punto da tenere a mente è che quest'ultimo, secondo lo schema tipico dell'art. 322 *bis* c.p., risponde del concorso in corruzione solo quando il suo contributo sia stato di ausilio determinante al privato corruttore.

La Corte d'appello di Milano nel caso *Oil and Gas* (Algeria) ha in proposito sostenuto, in linea con una lettura della dottrina, che «nella prospettiva della corruzione domestica non risulta dirimente accertare se il terzo intermediario concorra dal lato attivo o passivo della corruzione», mentre «nell'ipotesi di corruzione internazionale il contributo fornito alla condotta di corruzione passiva, non accedendo ad un fatto punibile (previsto dall'art. 322 co. 2 n. 2 soltanto per la corruzione attiva), sarebbe a sua volta penalmente irrilevante»⁷⁷. In definitiva, seguendo questa condivisibile impostazione, il concorso dell'intermediario sarebbe astrattamente concepibile solo rispetto all'apporto fornito alla condotta del privato.

Gli esaminatori del WGB ritengono che nella motivazione appena riportata la Corte abbia «descritto un concetto peculiare di classificazione degli intermediari distinguendoli tra “attivi” o “passivi”, e riconoscendo la responsabilità per reato di corruzione internazionale applicabile solo ai casi che coinvolgono i primi»⁷⁸.

In realtà non si tratta affatto di un “concetto peculiare”, ma della esplicita scelta del legislatore italiano di dar vita, con l'art. 322 *bis* c.p., a un reato plurisoggettivo necessario improprio che prevede la punibilità esclusivamente in capo al privato corruttore, senza estenderla al pubblico ufficiale straniero. La condotta dell'intermediario di concorso in corruzione passiva internazionale risulta conseguentemente priva di rilievo penale.

Così delineata la possibile responsabilità concorsuale rimane comunque da verificare se residuino altre ipotesi criminose per il caso in cui l'accordo non sia stato dimostrato (o non sia dimostrabile).

Può infatti essere una scelta avveduta (e conforme alla recente regola filtro dell'udienza preliminare) quella di rinunciare, già in fase di elaborazione dell'accusa, a costruire un'imputazione destinata a non trovare riscontro dibattimentale e di optare piuttosto per strumenti repressivi differenti.

⁷⁷ Corte App. Milano, Sez. II, 15 aprile 2020, n. 286, p. 155. Si consenta il rinvio a CENTONZE e DELL'OSSO (2013), pp. 240-241.

⁷⁸ OECD (2022), p. 45.

Con l'entrata in vigore della l. 3/2019 (c.d. legge spazzacorrotti), l'art. 346 *bis* c.p. fa infatti esplicito riferimento ai soggetti di cui all'art. 322 *bis* c.p.⁷⁹: oggi dunque «il novero dei soggetti pubblici *target* [delle influenze illecite] è stato ampliato alle qualifiche extranazionali elencate nell'art. 322-bis c.p.»⁸⁰. Tale richiamo «non può che comportare, per i fatti successivi alla normativa, la rilevanza penale della condotta di coloro, quali ad esempio gli intermediari, si frappongono tra la persona fisica o giuridica [...] ed il pubblico agente (anche) straniero, nella promessa o ricezione di somme di denaro»⁸¹.

Anzi, a fronte della nuova fisionomia dell'art. 346 *bis* c.p., «resterà in vita solo il traffico a fini corruttivi, che probabilmente conserverà un ruolo soprattutto quando non si sarà in grado di provare condotte corruttive sui mercati internazionali, ma al più mandati a corrompere [...], anche in considerazione del peso preponderante che assumono gli intermediari in queste dinamiche criminose transfrontaliere»⁸².

Sia detto per inciso: la norma appena citata, finalizzata a colpire le condotte prodromiche alla corruzione, si rivela di non agevole applicazione: prevede un fatto di difficile accertamento giudiziale (ossia il proposito di corrompere poi un pubblico ufficiale) e impiega un concetto poco afferrabile (la prova di una "relazione esistente" che sostituisce la precedente "relazione asserita"⁸³). Quanto alla formulazione del secondo comma – tipizzazione di un indirizzo giurisprudenziale, ben rappresentato nella sentenza *Alemanno*⁸⁴, il quale già deponeva nel senso che «la mediazione è illecita quando è finalizzata alla commissione di un "fatto di reato" idoneo a produrre vantaggi per il privato committente» – non è chiaro, con specifico riferimento all'art. 322 *bis* c.p., se la norma si riferisca a un fatto-reato alla luce dell'ordinamento giuridico italiano oppure nel contesto dell'ordinamento giuridico del Paese straniero.

9. Il problema dell'esatta individuazione delle «persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali».

Un'ulteriore questione problematica, come anticipato, concerne l'accertamento della qualifica del destinatario finale della promessa o della dazione illecita, cardine dell'imputazione per corruzione internazionale.

Vale la pena sottolineare che il criterio è squisitamente formale nel caso di personale delle istituzioni dell'Unione europea e della Corte penale internazionale (si guarderà alla dipendenza o collaborazione, come ad es. membri della Commissione

⁷⁹ Art. 346 *bis* c.p. (Traffico di influenze illecite): «[...] per remunerare un pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis [...]».

⁸⁰ MONGILLO (2024a), p. 14.

⁸¹ SCOLLO (2020), pp. 28-29.

⁸² MONGILLO (2024a), p. 41. Sempre in termini critici, anche FORTI (2024), p. 769.

⁸³ L'azione di un mediatore solo millantata nei riguardi dell'agente pubblico potrebbe al più configurare il delitto di truffa (in presenza, è evidente, degli ulteriori profili tipici). In questi termini, GATTA (2024), p. 146. Tale posizione è paventata anche in CANTONE e MILONE (2024), p. 11.

⁸⁴ Cass. pen., Sez. VI, 8 luglio 2021, n. 40518 (*Alemanno*).

delle Comunità europee o funzionari delle Comunità europee), mentre «per tutti gli altri soggetti si abbraccia – al co. 3 dell’articolo in oggetto – un criterio di natura oggettivo-funzionale, mediante il richiamo alle funzioni o attività “corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio”»⁸⁵.

Si tratta della c.d. clausola di equivalenza.

La giurisprudenza di legittimità, a partire da una pronuncia del 2009⁸⁶, sostiene che per accertare tale corrispondenza di funzioni il giudice italiano debba anzitutto esaminare la legislazione straniera al fine di verificare la qualifica e, soprattutto, le funzioni e le attività svolte dall’agente nell’ordinamento estero; e, successivamente, valutare se tali funzioni o attività corrispondano a quelle previste dall’ordinamento italiano per le qualifiche soggettive dei funzionari nazionali⁸⁷.

Non può negarsi che la clausola di equivalenza imponga all’interprete una «complessa attività ricostruttiva, che può facilmente esorbitare dalle sue specifiche competenze, in relazione ad un ordinamento straniero»⁸⁸.

Eppure, tali difficoltà non giungono, come ritiene il Gruppo di lavoro, a rendere «pressoché indimostrabile» nei tribunali italiani la corruzione internazionale: proprio i giudici del nostro Paese, come si dirà tra un momento, hanno più volte riconosciuto la qualifica pubblicistica nei casi più problematici, quelli in cui ad aver percepito dazioni illecite sarebbero stati funzionari di società controllate dallo Stato, ma organizzate secondo forme privatistiche (società per azioni).

È infatti soprattutto la presenza dello Stato nella gestione delle attività economiche, con le forme del “capitalismo di Stato”, a rendere non agevole l’analisi della normativa rilevante del Paese straniero, ossia il primo indispensabile passaggio di tale percorso probatorio: solo alcune aziende di Stato infatti riportano direttamente ai governi, i quali preferiscono piuttosto esercitare un controllo attraverso la proprietà delle azioni, alcune volte anche diluendo le proprie partecipazioni.

Ebbene, in tali forme ibride, pubblico-privato, di controllo e gestione di imprese risulta non agevole individuare, nel contesto del singolo ordinamento nazionale, la corrispondenza delle funzioni o attività dei soggetti stranieri con quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nel nostro Paese⁸⁹.

⁸⁵ MANACORDA (2018), p. 543.

⁸⁶ Cass. pen., Sez. VI, 5 novembre 2009, n. 49532, con nota di CORBETTA (2010), pronuncia emessa nell’ambito di un «procedimento penale per associazione per delinquere finalizzata alla falsificazione dei titoli pubblici certificati dal Banco Central del Venezuela, vicenda che aveva visto anche il versamento di commissioni illecite a funzionari dell’istituto medesimo» (MANACORDA (2018), p. 543). Sul punto, v. anche CENTONZE e DELL’OSSO (2013), p. 232.

⁸⁷ A tal riguardo si vedano le critiche dei valutatori del WGB in OECD (2022), p. 46 ss., secondo cui tale schema renderebbe il reato in questione non autonomo, mentre ai sensi dell’art. 1 della Convenzione OCSE la condanna di un soggetto per corruzione internazionale in uno Stato membro non può richiedere che gli elementi costitutivi del reato siano valutati anche alla stregua della legislazione del diverso Paese del funzionario corrotto.

⁸⁸ MANACORDA (2018), p. 543.

⁸⁹ CENTONZE e DELL’OSSO (2013), p. 233. Sul fenomeno, v. anche OECD (2018).

Certamente, il primo riferimento non potrà che essere lo statuto dei funzionari esteri previsto dalla *lex loci*, presupposto imprescindibile per poter estendere le definizioni codicistiche di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio⁹⁰.

Il compito della pubblica accusa, sul punto, dovrebbe quindi essere quello di verificare, anche se necessario attraverso incarichi di consulenza tecnica, la qualifica e le attribuzioni del funzionario percettore di pagamenti illeciti.

Ugualmente problematico è il secondo passaggio della clausola di equivalenza, ossia la “corrispondenza” tra la qualifica e le attribuzioni del funzionario straniero corrotto e quelle previste dall’ordinamento italiano. In questo caso le difficoltà sono tutte interne al sistema italiano.

È infatti connotato da persistenti incertezze il criterio «c.d. oggettivo-funzionale, che impone di privilegiare non la qualità, pubblica o privata, dell’ente alle cui dipendenze il soggetto operi, bensì la attività che egli abbia concretamente realizzato». Tale principio richiede che «l’applicabilità del c.d. statuto penale della pubblica amministrazione debba essere vagliata secondo un approccio di tipo casistico, nel senso che le qualifiche soggettive non possono essere riferite indistintamente a tutte le attività poste in essere da un dato soggetto, prescindendo dalle modalità operative di ciascuna di esse»⁹¹.

Si tratterà quindi di cercare, proprio attraverso tale approccio casistico e l’utilizzo di criteri funzionali relativi all’attività svolta dal funzionario straniero, l’eventuale qualifica pubblicistica dello stesso consapevoli quindi che nel nostro ordinamento non si è ancora raggiunta una consolidata definizione del perimetro delle citate qualifiche pubblicistiche⁹².

Emblematico delle persistenti incertezze applicative è il contrasto giurisprudenziale che ha generato la recente ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite da parte delle VI Sezione della Suprema Corte che si interroga sulla natura pubblicistica delle attività di “bancoposta” svolte da Poste Italiane S.p.A., e sulla eventuale sussistenza della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, ai sensi degli artt. 357 e 358 c.p., dell’operatore di Poste Italiane S.p.A. addetto alla vendita e gestione di libretti di risparmio postale e buoni postali fruttiferi⁹³.

Eppure, come si accennava, la recente giurisprudenza italiana dovrebbe “rassicurare” il WGB.

⁹⁰ Cfr. MONGILLO (2016), p. 1326.

⁹¹ La citazione è relativa a Cass. pen., Sez. VI, 29 maggio 2024, n. 31605, che così continua: «con riferimento all’incaricato di pubblico servizio, tale ermeneusi è suffragata dall’utilizzo, nel corpo dell’art. 358 cod. pen., della locuzione “a qualunque titolo”, riferita alla prestazione del servizio, e dalla eliminazione di ogni riferimento, contenuto nel previgente testo normativo, al rapporto d’impiego con lo Stato o con altro ente pubblico. È dunque ben possibile che il servizio pubblico sia attuato attraverso organismi privati, ove siano perseguite finalità pubbliche (tra le molte, Sez. 6, n. 46235 del 21/09/2016, Froio, Rv. 268127; Sez. 6, n. 28299 del 10/11/2015, dep. 2016, Bononnelli, Rv. 267045; Sez. 6, n. 6405 del 12/11/2015, Minzolini, Rv. 265830; Sez. 6, n. 39397 del 10/10/2007, Tardiola, Rv. 237668)».

⁹² CENTONZE e DELL’OSSO (2013), p. 233. Sulla dilatazione operata dalla giurisprudenza che invoca la «massima valorizzazione dell’interesse pubblico», v. MANES (2010), p. 94.

⁹³ Cass. pen., Sez. VI, 29 maggio 2024, n. 31605.

Nel caso *Oil and Gas* (Algeria)⁹⁴, ad esempio, il Tribunale di Milano ha riconosciuto la qualifica di pubblico ufficiale in capo al Presidente dell'assemblea (il Ministro dell'energia) e al Presidente e direttore generale del C.d.A. della compagnia algerina Sonatrach. La società, pur avendo adottato la forma della società per azioni, aveva, secondo il Tribunale, un capitale interamente pubblico (inalienabile e non credibile) e svolgeva altresì un'attività di interesse pubblico («ottimizzazione e valorizzazione delle risorse nazionali in materia di idrocarburi, beni collettivi appartenenti allo Stato»), «regolamentata da organismi costituiti in gran parte da membri designati dallo Stato e, segnatamente, dal Ministro dell'energia», dal cui benessere dipendevano tutte le decisioni societarie⁹⁵.

Anche la Corte d'Appello, che pure ritiene insussistente la prova dell'accordo corruttivo, non nega la qualifica pubblicistica («appare indubitabile») in capo ai funzionari di vertice della Sonatrach⁹⁶.

In altro procedimento avviato dalla Procura di Milano, che aveva visto coinvolta la *joint venture* internazionale "TSKJ", la Corte di Cassazione ha confermato le condanne pronunciate dai giudici di merito ritenendo dimostrato che i funzionari della NNPC (Nigerian National Petroleum Corporation) – «l'ente governativo addetto allo sviluppo e alla regolamentazione del petrolio e del gas della Nigeria» – andavano ricompresi nella previsione dell'art. 322 *bis* c.p., dal momento che quest'ultimo era, secondo gli accertamenti dei giudici di merito, «un ente strumentale del governo nigeriano per la realizzazione di un'opera pubblica, come dimostrava il fatto che era tale entità ad assegnare formalmente i relativi contratti di EPC alla *joint venture*, la cui conclusione veniva decisa nella sostanza dai livelli governativi più alti del Paese»⁹⁷.

La motivazione della Suprema Corte è da ritenersi in linea con le note esplicative della Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, in particolare ove viene chiarito che «si deve ritenere che l'ufficiale di un'impresa pubblica eserciti una funzione pubblica, salvo il caso in cui l'impresa operi nel relativo mercato sulla base di una posizione commerciale normale, cioè su un piano sostanzialmente equivalente a quello di un'impresa privata, senza godere di sovvenzioni speciali o peculiari privilegi» pubblici⁹⁸.

⁹⁴ Secondo il Tribunale era provata la colpevolezza degli imputati Saipem, in quanto la società era risultata destinataria di plurime commesse e favoritismi, grazie al «pagamento della tangente corrisposta in più soluzioni al Ministro e ai funzionari Sonatrach attraverso diversi veicoli societari», e, in modo particolare, grazie all'attività di intermediazione di Bedjaoui e Ouraied, fedelissimi del ministro algerino. Gli imputati sono stati assolti da Corte App. Milano, Sez. II, 15 aprile 2020, n. 286. Infine, la Corte di Cassazione ha confermato l'assoluzione intervenuta in secondo grado, rigettando il ricorso del Procuratore Generale presso la Corte d' Appello di Milano (Cass. pen. Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 37783).

⁹⁵ Trib. Milano, sez. IV, 18 dicembre 2018, n. 10074, p. 22 ss.

⁹⁶ Corte App. Milano, Sez. II, 15 aprile 2020, n. 286, p. 61.

⁹⁷ Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442, con nota di MONGILLO (2016).

⁹⁸ Per questo rilievo, MONGILLO (2016), p. 1326.

Da ultimo, sempre in materia di accertamento della qualifica del pubblico funzionario, merita ricordare un recente caso affrontato dalla giurisprudenza di legittimità e commentato dalla dottrina⁹⁹.

Tra il 2008 e il 2014 un deputato italiano, facente parte della delegazione italiana in seno all'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (c.d. "PACE"), aveva ricevuto una cifra intorno ai 2,4 milioni di euro da lobbisti dell'Azerbaijan. Tralasciando la trafila processuale, i giudici di legittimità, ai fini della configurabilità o meno in capo all'imputato della carica pubblica internazionalistica, hanno preso in considerazione il mandato di parlamentare italiano e la rappresentanza italiana in seno al Consiglio d'Europa, arrivando alla conclusione che il componente dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa non ha un mandato parlamentare autonomo che lo renda un 'agente pubblico straniero'; il suo ruolo in quell'assemblea è difatti strettamente legato alla funzione di parlamentare nazionale, in quanto rappresentante il Parlamento del suo Stato membro. Pertanto, la Cassazione ha sostenuto la punibilità del pubblico ufficiale che commetta atti di corruzione legati alla propria funzione di parlamentare del Consiglio d'Europa secondo l'art. 318 c.p. e non *ex art.* 322 *bis* c.p., nonostante la modifica introdotta dalla l. n. 3 del 2019, al comma 1, n. 5-*quater* dell'art. 322 *bis* c.p., che ha a suo tempo esteso la portata della norma anche ai membri di assemblee parlamentari internazionali¹⁰⁰.

10. Conclusioni.

La ricerca svolta ha consentito di verificare come la giurisprudenza italiana che ha affrontato i più rilevanti casi di corruzione internazionale abbia dimostrato una sostanziale tenuta dei principi costituzionali, nonostante le forti spinte a una semplificazione dell'accertamento processuale, spesso motivate dall'obiettivo complessità della verifica giudiziale.

Il rischio di una flessibilizzazione probatoria degli istituti di diritto sostanziale non è certamente nuovo. Diversi istituti, soprattutto di parte generale, hanno vissuto un particolare fermento interpretativo anche in seno alla Suprema Corte (dal concorso di persone alla prova della causalità, solo per citare quelli forse più rilevanti): il *leitmotiv* è sempre stato una contrapposizione tra orientamenti più inclini a una processualizzazione del diritto penale e la posizione secondo la quale, invece, «pretese difficoltà di prova [...] non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento»¹⁰¹.

È chiaro allora che, come è stato rilevato, l'impostazione del Gruppo di lavoro tradisce «la insofferenza nei confronti di un sistema imbrigliato entro le maglie della

⁹⁹ Cass. pen., Sez. VI, 24 maggio 2023, n. 28227, con nota di MANACORDA (2023).

¹⁰⁰ Soluzione condivisa da parte della dottrina, cfr. MANACORDA (2023), p. 4044 ss.

¹⁰¹ È un noto passaggio della sentenza *Franzese* (Cass. Pen., Sez. Un., 11 settembre 2002 n. 30328). Secondo PADOVANI (1999), p. 540, «il diritto penale si sta conformando e plasmando, nelle sue stesse strutture, secondo moduli processuali».

legalità, che circoscriva le condotte punibili e che non consenta al giudice di valicare il dettato normativo, un esito che viceversa per il penalista italiano non solo pare scontato ma viceversa costituisce, come è ovvio, l'auspicabile precipitato dei canoni di garanzia di fonte costituzionale operando come argine dello stesso momento della decisione giudiziale»¹⁰².

In questa direzione, il risultato della recente giurisprudenza sulla corruzione internazionale è l'elaborazione di vere e proprie linee guida sulle regole probatorie da seguire nell'accertamento di tale fattispecie incriminatrice rispetto all'oggetto dell'accordo corruttivo, all'impiego del paradigma indiziario e delle massime d'esperienza, al problema della responsabilità degli intermediari, alla verifica della qualifica del destinatario della promessa o della dazione illecita.

Il consolidamento di tali regole condivise è naturalmente un necessario punto di partenza innanzitutto per la magistratura inquirente che è chiamata, in prima battuta, a ponderare ogni iniziativa alla luce della griglia selettiva disegnata dalla giurisprudenza.

Infine, non può che essere formulato l'auspicio che il prossimo Rapporto Italia del Gruppo di lavoro dell'OCSE sulla corruzione sia caratterizzato da un approccio meno semplicistico e sia piuttosto fondato su un preliminare approfondimento del sistema giuridico italiano e dei principi costituzionali che governano l'amministrazione della giustizia nel nostro Paese.

Bibliografia.

Balbi, Giuliano (2003): *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica* (Napoli, Jovene)

Bartoli, Roberto (2014): "Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione", *Giurisprudenza italiana*, 5, pp. 1208-1218

Benussi, Carlo (2013): *I delitti contro la pubblica amministrazione. Tomo I. I delitti dei pubblici ufficiali* (Padova, Cedam)

Cantone, Raffaele e Milone, Alessandro (2024): "Le modifiche al traffico di influenze da parte del DDL Nordio; tutt'altro che mere precisazioni!", *Sistema penale*, 1, pp. 5-26

Centonze, Francesco e Dell'osso, Vincenzo (2013): "La corruzione internazionale. Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 194-249

¹⁰² MANACORDA (2024), pp. 750-751

- Centonze, Francesco e Astorina Marino, Pierpaolo (2023): "Corruzione in atti giudiziari e testimoni. Una revisione critica", *Sistema penale*, pp. 1-30
- Chan, Fiona, Gibbs, Carole, Boratto, Rachel, Speers, Mark (2021): "Understanding transnational bribery: a corporate crime framework", *Crime, Law and Social Change*, 75, pp. 221-245
- Chan, Fiona, Boratto, Rachel, Gibbs, Carole, Speers, Mark (2024): "Unraveling the Patterns of Complexity in Transnational Corporate Bribery", *International Criminal Justice Review*, pp. 392-411
- Corbetta, Stefano (2010): "Corruzione di funzionari di uno Stato estero", *Diritto penale e processo*, 3, pp. 286-287
- Cutolo, Mattia (2024): "I reati di corruzione nel panorama federale statunitense e comparazione con il sistema italiano - tassonomia, profili prasseologici e lineamenti dogmatici", *L'Indice Penale*, 1, pp. 101-159
- Dinacci, Filippo Raffaele (2014): "Regole di giudizio (dir. proc. pen.)", in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, VIII Aggiornamento (Torino, Utet), pp. 644-681
- Dinacci, Filippo Raffaele (2015): "Le regole generali delle prove", in Spangher, Giorgio, Marandola, Antonella, Garuti, Giulio, Kalb, Luigi (eds.), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo* (Torino, Utet), pp. 757-824
- Fiandaca, Giovanni e Musco, Enzo (2021): *Diritto Penale. Parte speciale. Volume I* (Bologna, Zanichelli)
- Forti, Gabrio (2024): "Relazione di sintesi (in sette parole)", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 759-778
- Gatta, Gian Luigi (2024): "La legge Nordio e il "soffocamento applicativo" del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali", *Sistema penale*, 7-8, pp. 145-152
- Gualtieri, Matilde (2021): "Il ragionevole dubbio sta smantellando la convergenza del molteplice", *Giurisprudenza italiana*, 8-9, pp. 1992-1998
- Hock, Branislav e David-Barrett, Elizabeth (2022): "The compliance game: Legal endogeneity in anti-bribery settlement negotiations", *International Journal of Law, Crime and Justice*, 71, pp. 1-13
- Irti, Natalino (1998): "Scambi senza accordo", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 347-364
- Irti, Natalino (1999a): "Principi e problemi di interpretazione contrattuale", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 1139-1171
- Irti, Natalino (1999b): "«È vero, ma ...» (replica a Giorgio Oppo)", *Rivista di diritto civile*, pp. 273-278
- La Rosa, Emanuele (2018): *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico* (Torino, Giappichelli)
- Maiello, Vincenzo (2010): "La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema", *Diritto penale e processo*, 8, pp. 955-962
- Manacorda, Stefano (1999): *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica* (Napoli, Jovene)

- Manacorda, Stefano (2018): “«Noli me tangere»? Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, pp. 528-556
- Manacorda, Stefano (2023): “Una ‘atipica’ ipotesi di corruzione internazionale approda in Cassazione: la lettura in filigrana dell’art. 322-bis c.p. attraverso la corruzione del parlamentare”, *Cassazione penale*, 12, pp. 4035-4049
- Manacorda, Stefano (2024): “La “diafana” tipicità della corruzione internazionale: verso un ulteriore indebolimento del modello tassativizzante?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 741-751
- Manes, Vittorio (2010): *Servizi pubblici e diritto penale. L’impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione* (Torino, Giappichelli)
- Manes, Vittorio (2018): “Corruzione senza tipicità”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1126-1155
- Mongillo, Vincenzo (2016): “La repressione della corruzione internazionale: costanti criminologiche e questioni applicative”, *Diritto penale e processo*, 10, pp. 1320-1330
- Mongillo, Vincenzo (2024a): “Splendore e morte del traffico di influenze illecite”, *Sistema penale*, pp. 1-42
- Mongillo, Vincenzo (2024b): “La lotta alla corruzione tra frammentazione della tipicità e tattiche di semplificazione probatoria”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 561-574
- OECD (2018): *State-Owned Enterprises and Corruption: What Are the Risks and What Can Be Done?* (Parigi, OECD Publishing)
- OECD (2020): *Foreign Bribery and the Role of Intermediaries, Managers and Gender*
- OECD (2022): *Applicazione della Convenzione Anticorruzione dell’OCSE. Rapporto sulla fase 4: Italia* (Parigi, OECD)
- Oppo, Giorgio (1998): “Disumanizzazione del contratto?”, *Rivista di diritto civile*, pp. 525-533
- Padovani, Tullio (1999): “Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale”, *L’Indice Penale*, 2, pp. 527-543
- Pisa, Paolo e Pontepirino, Gabriele (2022): “Il momento consumativo della corruzione: la controversa ammissibilità del concorso del terzo nella fase esecutiva dell’accordo”, *Diritto penale e processo*, 11, pp. 1416-1423
- Rampioni, Roberto (1998): “Nuovi virtuosismi interpretativi in tema di condotta costitutiva e momento consumativo del delitto di corruzione: l’art. 319 c.p. quale disposizione a più norme!”, *Cassazione penale*, 7-8, pp. 1995-2006
- Romano, Mario (2013): *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario Sistemático* (Milano, Giuffrè)
- Scoletta, Marco Maria (2019): “Sulle sanzioni interdittive per gli enti responsabili di corruzione internazionale e gli incerti confini del principio di tassatività”, *Le Società*, pp. 1421-1430
- Scollo, Luigi (2020): “I limiti sostanziali e processuali del reato di corruzione internazionale. Note a margine della sentenza della Corte d’Appello di Milano sul caso ENI-Saipem in Algeria”, *Giurisprudenza Penale Web*, pp. 1-32

Taruffo, Michele (2009): “Considerazioni sulle massime d’esperienza”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 551-569

Ubertis, Giulio (2022): “Il ragionamento indiziario nel processo penale”, in Patti, Salvatore e Poli, Roberto (eds.), *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità* (Torino, Giappichelli), pp. 156-175

Viganò, Francesco (2014): “I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 3-4, pp. 4-24

Virtanen, Yuan, Jiang, Yan, You, Weimu, Cai, Helen Huifen (2023), “International intermediaries: A systematic literature review and research agenda”, *European Management Journal*, 41, pp. 932-949