

DIODÀ
STUDIO LEGALE

A V V . NERIO DIODÀ
A V V . ELENA VEDANI
A V V . VALERIA TORRESIN
A V V . FEDERICO LUPPI
A V V . MASSIMILIANO DIODÀ
A V V . SIMONE GIULIANI
A V V . RICCARDO GUSSONI
A V V . PAOLO VIVIAN
DOTT.SSA ELISA TAGLIETTI

Al signor Presidente
della 7^a sezione penale
del Tribunale di Milano
dott. Marco Tremolada

Il sottoscritto avv. Nerio Diodà, difensore di fiducia di Eni S.p.A.,
responsabile amministrativo e responsabile civile nel procedimento penale n.
54772/2013 r.g.n.r. pendente avanti alla S.V., deposita le seguenti

NOTE DI UDIENZA

Milano, 24 febbraio 2021

Avv. Nerio Diodà

INDICE

- I. La colpevolezza dell'Ente quale presupposto indispensabile della sua responsabilità ex D.Lgs 231/2001. **Pag. 6**
- II. L'assenza di violazioni di leggi nigeriane in grado di costituire segnali di allarme di un comportamento corruttivo (ed in assoluto), anche in relazione alla vicenda storica di OPL 245. **Pag. 12**
- III. L'assenza di violazioni di regole cautelari di carattere generale con riferimento alle verifiche sui soggetti e sui flussi di denaro. **Pag. 35**
- IV. Sulla inapplicabilità ad Eni di specifiche norme cautelari "rafforzate" previste dalla legislazione internazionale e italiana. **Pag. 44**
- V. Inesistenza di profili di colpa c.d. generica: la totale diligenza di Eni. **Pag. 65**
- VI. Il modello di organizzazione di Eni assolutamente idoneo a prevenire il reato contestato di corruzione internazionale: anche sotto questo profilo non è configurabile colpa nel comportamento dell'ente. **Pag. 73**
- VII. Il modello di organizzazione e le procedure interne di Eni sono state pienamente rispettate nel contesto dell'operazione. **Pag. 92**
- VIII. Separazione funzionale delle valutazioni tecnico/economiche e della conseguente definizione di un "prezzo". **Pag. 123**
- IX. Replica alla memoria dei Procuratori del 14 gennaio 2021. **Pag. 128**
- X. Replica alla memoria della parte civile. **Pag. 149**
- XI. Considerazioni conclusive. **Pag. 165**

Eni S.p.A. è indagata nel procedimento in oggetto in quanto avrebbe omesso di osservare degli obblighi di direzione e vigilanza non meglio specificati dalla Pubblica Accusa, consentendo così ad alcuni manager e dipendenti di concludere un'operazione illegittima – che violava alcune norme di diritto nigeriano, anche esse non meglio specificate nel capo di imputazione – nell'ambito della quale sarebbero state corrisposte delle tangenti ad alcuni politici nigeriani e sarebbero state effettuate delle retrocessioni di denaro ad alcuni vertici apicali della Società.

L'inchiesta sulla OPL 245 è nata da alcune polemiche sollevate nel dibattito politico della giovane democrazia Nigeriana dall'opposizione dell'allora Presidente Jonathan Goodluck e dall'attenzione mediatica sollevata sul caso da *Global Witness*, un'organizzazione non-governativa sempre molto attenta alle vicissitudini di Shell, Eni e ad alcune altre compagnie petrolifere.

L'inchiesta, si basa su una serie di suggestioni legate all'ambientazione, al settore di riferimento, al coinvolgimento di alcuni personaggi controversi, ma si rivela altamente deficitaria sotto il profilo giuridico, in quanto manca totalmente non solo di minime evidenze probatorie ma anche di qualsivoglia riferimento credibile sia alle norme di diritto nigeriano che sarebbero state violate col *Resolution Agreement* stipulato da Eni e Shell col Governo Nigeriano, sia alle norme precauzionali che Eni avrebbe colpevolmente omesso di osservare nel negoziare, stipulare ed eseguire tale accordo, sia infine alle procedure interne e alle previsioni del Modello Organizzativo *ex* D.Lgs. 231 di Eni, che non sarebbero state rispettate nell'ambito dell'operazione e alle carenze organizzative che avrebbero consentito la commissione dei supposti reati contestati.

Prima di entrare nel merito della difesa, può essere utile ricordare brevemente la storia e alcune caratteristiche strutturali di Eni, una delle poche multinazionali italiane, che rendono ancora più difficile ritenere che quanto affermato dalla Pubblica Accusa possa essere non solo fondato, ma anche semplicemente plausibile.

Eni fu fondata dallo Stato Italiano nel 1953 con la forma giuridica di ente pubblico e le venne affidata la missione di far raggiungere all'Italia, un paese privo di risorse minerarie, quell'indipendenza energetica necessaria per supportare la crescita della nostra economia negli anni del miracolo italiano, allora – come oggi – frenata dalla bolletta energetica più cara d'Europa. L'assenza di significativi giacimenti di carbon-fossile nel nostro paese e la scelta del popolo italiano – affermata in due occasioni – di rinunciare al nucleare, hanno portato Eni fin dalla sua costituzione a stabilire rapporti di collaborazione con i principali paesi produttori di petrolio del bacino del mediterraneo e dell'Africa sub-sahariana, dove Eni – scevra da eredità legate al periodo coloniale – è sempre stata considerata dai governi locali come un partner affidabile e in grado di portare sviluppo e benessere alle comunità locali. Questo grazie alla maggiore “generosità” nella ripartizione dei proventi della produzione ed alla speciale attenzione al sociale, all'educazione ed alla sanità ed infrastrutture dei paesi ospitanti. Per tacere dell'eccellenza professionale per cui Eni è riconosciuta avere i migliori tecnici petroliferi del mondo. Tutte caratteristiche che hanno consentito alla “piccola” e “povera” Eni di acquisire un ruolo e il rispetto nello scenario internazionale.

Oggi Eni opera in 73 paesi e impiega circa 33.000 donne e uomini in tutto il mondo. La società, le cui azioni sono quotate alla borsa di Milano e New York (con tutto quello che lo *status* di società quotata comporta in termini di obblighi informativi, procedure interne, adesione a codici di autodisciplina e vigilanza da parte delle autorità e del mercato), registrava al 31 dicembre 2020 una capitalizzazione di mercato di circa 35 miliardi di dollari e rappresenta uno degli *asset* più importanti dell'intero patrimonio dello Stato, che (per il tramite di Cassa Depositi e Prestiti) controlla ancora la società con una partecipazione superiore al 30%.

In ragione del ruolo fondamentale giocato da Eni nella politica energetica del Paese, che ha riflessi anche sulla sicurezza nazionale e sulla stabilità della nostra economia (ogni anno Eni paga alle casse dell'Erario quasi un miliardo di Euro di dividendi, pari a oltre il 20% della spesa italiana per la Giustizia e superiore all'intero

budget del Ministero delle Politiche Agricole), la legge n. 474 del 30 luglio 1994 ha assegnato allo Stato – tramite il Ministero dell’Economia e delle Finanze, d’intesa con il Ministero dello Sviluppo Economico – una serie di poteri speciali (la cd. *Golden Share*) volti a indirizzare l’operato della Società e a garantire che lo stesso sia sempre allineato agli interessi del Paese.

Eni rappresenta dunque un importante *asset* dello Stato Italiano, che non ha mai fatto mancare nel corso dei decenni indicazioni strategiche sugli obiettivi da perseguire e che comportano – fermo restando la sua natura di società privata, che opera secondo le regole di mercato – una serie di limitazioni e controlli aggiuntivi rispetto a una qualsiasi società in mano privata, non soggetta alla *Golden Share* e al riparo dai condizionamenti imposti dalla strategicità della politica energetica nazionale.

Questa breve presentazione è utile per introdurre alcune specificità che caratterizzano Eni, quali la sua natura di società multinazionale di grandi dimensioni, con azioni quotate su ben due listini e attività in cinque continenti, sottoposta al controllo dello Stato, operante in un settore con un numero limitato di operatori, in cui la redditività è influenzata prima di tutto da fattori geopolitici e in cui ogni investimento comporta l’assunzione di notevoli rischi economici, tecnici, ambientali e geopolitici, con un numero rilevante di collaboratori dislocati in paesi con regole e culture spesso altamente disomogenee.

A ciò si aggiunga la responsabilità di dover supportare gli interessi e le necessità strategiche di un Paese, che comportano spesso l’onere di assumere decisioni che prescindono dalle logiche di mercato orientate al profitto.

È chiaro, dunque, che Eni non rappresenta la media impresa italiana – spesso dominata dalla figura del fondatore, che agisce al di sopra di ogni regola interna – che il legislatore aveva in mente nel 2001, quando stese il D. Lgs. 231, al fine di incentivare l’adozione di procedure e regole interne volte alla prevenzione dei reati.

Il rispetto da parte di Eni di regole e procedure interne – prima ancora che dettato dalla propria cultura aziendale o dai controlli esercitati a vario titolo da soggetti pubblici e privati – deriva innanzitutto da esigenze di carattere organizzativo e di *business*.

Tanto più un'organizzazione è grande e diversificata, tanto più saranno le procedure interne che ne disciplineranno le attività e tanto più il loro efficace rispetto sarà un requisito essenziale per il successo e la sopravvivenza dell'organizzazione stessa.

I

La colpevolezza dell'ente quale presupposto indispensabile della sua responsabilità ex D Lgs. 231/2017.

Ai sensi dell'art. 5 del D. Lgs. 231/2001 l'ente è chiamato a rispondere dei reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio dai soggetti indicati nelle sue lettere a) e b). Le difese dei dirigenti di Eni imputati in questo processo hanno dimostrato che il reato contestato ai loro assistiti non sussiste.

Come difensore di Eni, chiamata a rispondere ex D. Lgs 231/2001, questa memoria non ripeterà ovviamente quanto già illustrato dai difensori dei singoli imputati, ma si soffermerà piuttosto su taluni aspetti che consentono di affermare che, indipendentemente dalla posizione delle persone fisiche, la persona giuridica non potrebbe essere ritenuta responsabile di quanto le è contestato.

Il profilo dal quale occorre muovere è la natura giuridica della responsabilità dell'ente. La dottrina ormai unanime (la letteratura sul punto è amplissima, per cui ogni citazione rischierebbe di essere incompleta) e la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che ha posto fine ad alcune precedenti oscillazioni della giurisprudenza di merito (Cass. SS.UU. *Thissenkrupp*, ud. 24 aprile 2014, n.

38343), ritengono che, ancorché il legislatore parli di responsabilità ‘*amministrativa da reato*’, si tratta di una responsabilità qualificabile come penale.

Il c.d. “*diritto penale vivente*” (cioè il diritto penale come interpretato dalla Cassazione, specie se al massimo livello delle sezioni unite) è pertanto sul punto ormai incontrovertibile.

Non sarebbe possibile una conclusione diversa anche alla luce dell’ormai copiosa giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) la quale, come noto, costituisce fonte di diritto nel nostro ordinamento ed è oltretutto dotata di rango costituzionale, seppure per il tramite interposto dell’art. 117 Cost. (così la Corte Costituzionale, sentenza n. 49/2015).

A partire dall’elaborazione dei celeberrimi *Engel Criteria* del 1976, la Corte di Strasburgo ha bandito ogni c.d. truffa delle etichette, disponendo che, ai fini dell’identificazione della natura penale di un illecito, sulla denominazione formale ad esso assegnata dal legislatore, **prevalga il giudizio sostanziale sull’afflittività delle sanzioni che derivano dalla sua commissione.**

Di tale afflittività e, dunque, dalla conseguente natura penale, non è possibile dubitare nel contesto del D. Lgs. 231/2001, che prevede risposte quali confisca, sanzioni interdittive, commissariamento dell’ente, sino ad arrivare alla chiusura definitiva, giustamente ritenuta la “pena capitale dell’ente”.

Acclarata dunque la natura sostanzialmente penale della responsabilità dell’ente, ne deriva la sua sottoposizione all’ombrello dello statuto delle garanzie penali previste dalla Costituzione (nonché dalla CEDU): essa deve essere pertanto, in primo luogo, **necessariamente ancorata al rispetto del principio di colpevolezza**, che, ai sensi dell’art. 27 comma 1 Cost., costituisce requisito indispensabile di ogni forma di responsabilità penale.

Di ciò si rese perfettamente conto il legislatore del 2001, che, dopo una posizione iniziale secondo la quale nel caso di reato commesso nel suo interesse da un soggetto in posizione apicale, l’ente avrebbe dovuto risponderne automaticamente, ha

stabilito (art. 6 D Lgs. 231/2001) che gli enti dotati di organizzazione complessa e *management* frammentato e/o puntiforme possano dimostrare la loro incolpevolezza e, pertanto, la loro non punibilità, provando di avere dotato la società di una organizzazione in grado di prevenire specifici rischi reato, sul duplice fronte delle cautele preventive e dei controlli interni.

La responsabilità della persona giuridica è dunque sicuramente di tipo colposo: a concretarla non è sufficiente che un soggetto in posizione apicale abbia commesso un reato nell'interesse dell'ente, ma è necessario che, oltre che la commissione del reato presupposto, si riscontri la violazione di cautele doverose (desumibili dalle prassi, da norme di legge, dai modelli destinati a prevenire la commissione dei reati) e uno specifico nesso tra la violazione delle cautele ed il reato della cui responsabilità si discute.

In altre parole, in tanto una persona giuridica potrà essere chiamata a rispondere di reati commessi dai suoi dirigenti apicali nel suo interesse, in quanto **si riscontri l'esistenza di una norma che prescriva cautele attraverso l'indicazione di specifiche modalità di azione e che l'evento reato verificatosi rientri nello specifico spettro cautelare della disposizione violata**, essendo comunque irrilevante – ai fini della normativa 231 – che venga riscontrata una qualche, marginale, inadeguatezza del modello organizzativo.

Alla luce di quanto precisato, per stabilire se la persona giuridica Eni possa essere ritenuta responsabile nel presente processo non sarebbe sufficiente dimostrare che si sono verificati episodi di corruzione internazionale nei quali sono coinvolti alcuni suoi dirigenti – dimostrazione, peraltro, che i difensori delle persone fisiche e di Eni stessa nella propria veste di responsabile civile hanno fondatamente provato fare difetto e che mai potrebbe essere altrimenti ricostruibile-, ma occorre ulteriormente dimostrare che essa ha violato le regole prescritte di attenzione e prudenza, individuando espressamente quali esse sarebbero e stabilire quali altresì sarebbero le condotte compiute od omesse dall'ente che la norma violata intendeva prevenire o vietare.

Ebbene, questa dimostrazione non è desumibile dagli atti del processo, dalla cui analisi emerge prepotentemente proprio il contrario.

Prima di analizzare i diversi profili che dimostrano che nessun rimprovero rilevante sotto il profilo della colpevolezza può essere elevato con riferimento al comportamento di Eni nella vicenda oggetto di questo processo, paiono utili alcune precisazioni ulteriori di carattere generale.

La prima precisazione è che la colpa (e quindi anche l'inadeguatezza del modello o la mancata osservanza delle regole che esso pone nel caso concreto) deve essere valutata *ex ante*, mediante un giudizio prognostico e non *ex post* (valutazione *ex ante* che deve essere compiuta caso per caso se si tratta di colpa generica, che caratterizza comunque la cristallizzazione normativa della regola di prudenza se si tratta di colpa specifica).

Proprio in ossequio all'art. 27 comma 1 Cost., è necessario rifuggire dalla distorsione di valutare la probabilità/doverosità di una condotta *a posteriori*, muovendo dalla supposizione – errata – che, poiché un reato sarebbe stato commesso, l'ente sia stato per ciò solo negligente.

Ove l'ente abbia rispettato tutta la normativa vigente, di livello sia nazionale sia euro-unitario, sia di *hard* sia di *soft law*, e si sia dotato di modelli e procedure idonei ed efficacemente attuati, nel rispetto delle indicazioni fornite ai tempi del fatto dall'associazione rappresentativa di categoria (Confindustria), quand'anche (e così non è) taluni suoi dirigenti avessero commesso nel suo interesse reati *ex ante* imprevedibili, la sua responsabilità deve essere comunque esclusa.

Se non lo si facesse, si disattenderebbe l'unica interpretazione compatibile con la Costituzione del D. Lgs. 231/2001, e ne risulterebbe abrogata di fatto la parte che prevede la non punibilità dell'ente qualora sia stato predisposto ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati del tipo di quelli che sono stati commessi (sul punto, ineludibile, secondo cui la commissione di reati nell'interesse della società da parte di suoi dirigenti non vale a creare automaticamente

la responsabilità dell'ente, ma questa deve ritenersi esclusa quando emerga la mancanza di violazione di norme cautelari in grado di radicare – se inosservate – la colpa dell'ente, e, in particolare, nel caso in cui l'ente abbia predisposto e efficacemente applicato il modello previsto dall'art. 6 D. Lgs. 231/2001, la dottrina è assolutamente concorde, mentre in giurisprudenza, seppure raramente, ha iniziato a radicarsi una prassi favorevole a riconoscere l'autonoma efficacia esimente del modello ritenuto idoneo ed adeguato: in questo senso v., di recente, Trib. Catania n. 2133, ud. 14 aprile 2016, Rete Ferroviaria Italiana; in precedenza GUP Milano, 17 novembre 2009; Corte Appello Milano, 21 marzo 2012, n. 1824; Tribunale Milano, VI sez. pen., 26 maggio 2014, n. 7017).

La seconda precisazione, altrettanto importante, è che non si può pretendere che l'osservanza di tutte le norme predisposte per prevenire la commissione di reati sia in grado di eliminare, sempre e comunque, ogni rischio di commissione degli stessi, e pertanto, ragionando in termini di colpa, ogni potenziale prevedibilità che reati abbiano a verificarsi.

Sarebbe, questa, una pretesa assurda in quanto – secondo ciò che si afferma pacificamente trattando appunto della colpa, e facendosi carico di una esigenza logica – le cautele servono a diminuire il rischio, mai ad azzerarlo. L'azzeramento del rischio potrebbe conseguire soltanto al divieto assoluto dell'attività, nel nostro caso economica.

Come è noto, questa prospettiva è stata specificamente approfondita dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento al tema della colpa nelle c. d. attività 'pericolose', attività che per la loro natura comportano inevitabilmente margini di rischio (si pensi alla pratica medica, a molte produzioni industriali, alla stessa circolazione stradale).

Se l'attività comporta margini inevitabili di pericolo in ordine ad un evento penalmente rilevante, si è detto, il possibile verificarsi di tale evento sarà sempre prevedibile.

Ciò significa che, in virtù dell'utilità sociale di tali attività, il criterio della previsione dell'evento deve essere rapportato non alla condotta dell'agente in sé considerata, ma all'eventuale superamento del c.d. 'rischio consentito', cioè di quella soglia di rischio inesorabilmente connesso all'attività stessa.

Ciò significa che, se non s'intende vietare del tutto l'attività in ragione della sua eccessiva pericolosità in quanto la si ritiene una attività socialmente utile, la colpa sarà esclusa non dalla predisposizione ed osservanza di cautele in grado di eliminare il rischio, ma dalla osservanza e predisposizione di cautele in grado di circoscriverlo entro confini accettabili, tenendo conto degli interessi contrapposti rappresentati dalla utilità sociale della attività e dalla esigenza di ridurre comunque al minimo il pericolo che abbiano a realizzarsi eventi di reato.

Ciò che vale in generale per la materia della responsabilità colposa, vale ovviamente anche con riferimento alla responsabilità (colposa) delle persone giuridiche, con riferimento alla quale devono essere adottati gli stessi criteri riconosciuti nei confronti della colpa delle persone fisiche.

Va da sé che il percorso valutativo al quale si è fatto riferimento **può e deve essere affrontato dal Giudice**, dato che **il rispetto dell'articolo 27 della Costituzione è un obbligo per il giudice penale.**

La Corte Costituzionale ha infatti ribadito che: *«il principio di colpevolezza... si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici; ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti»* (Corte costituzionale sent. 364/1988, rel. Dell'Andro, e ribadito in tempi più recenti nella sent. 322/2007, rel. Flick).

II

L'assenza di violazioni di leggi nigeriane in grado di costituire segnali di allarme di un comportamento corruttivo (ed in assoluto) anche in relazione alla vicenda "storica" di OPL 245.

Muoviamo dal capo di imputazione.

Dalla sua lettura si ricava che ad Eni sarebbe addebitata una condotta illecita, che si sarebbe concretizzata nell'atto antiggiuridico costituito dal *Resolution Agreement* (ossia l'atto che ha regolato i rapporti tra Eni, Shell e il Governo Nigeriano).

Secondo l'accusa formulata dal Pubblico Ministero, il *Resolution Agreement* avrebbe violato la normativa nigeriana applicabile di riferimento sotto i seguenti quattro profili sostanziali: *i*) l'assegnazione della licenza sarebbe stata effettuata senza gara; *ii*) Eni e Shell avrebbero ottenuto la completa e illecita esenzione da tasse e *royalties*; *iii*) Eni e Shell avrebbero, inoltre, ottenuto una totale manleva con riguardo a qualsiasi contenzioso anche quelli futuri che avesse riguardato il giacimento; *iv*) Eni e Shell, infine, avrebbero violato certe linee guida ministeriali nigeriane (*indigenous policies*) assai risalenti, intese a favorire lo sviluppo delle imprese locali.

Se ciò fosse vero, si potrebbe sostenere che Eni si sarebbe trovato di fronte ad indicatori di illiceità che avrebbero dovuto sollecitare in modo particolare la sua attenzione e la sua vigilanza, trattandosi di segnali di allarme in grado di fare sospettare che, sottostanti ai predetti profili di illiceità, vi fosse la commissione di fatti di reato ed in particolare di reati di corruzione. Il fatto è che tali asserite violazioni legislative sono assolutamente inesistenti.

La sola lettura testuale dei riferimenti normativi contenuti nel *Resolution Agreement* consente di rilevare che nessuna norma è stata violata.

Tale valutazione **dovrà necessariamente essere condotta dal Tribunale in quanto stabilire se il *Resolution Agreement* sia o meno conforme alla legge nigeriana costituisce uno snodo fondamentale della sua decisione. Che dovrà**

essere calata nella realtà storica ma soprattutto giuridica degli eventi, scevra da suggestioni romanzate.

Affrontiamo dunque il tema della liceità o della illiceità del *Resolution Agreement* a valle di una sintesi (estrema per non gravare temi già ben noti al Tribunale ma indispensabile per coerenza espositiva degli argomenti a seguire) della vicenda “storica” di OPL 245 e dei momenti chiave **giuridicamente rilevanti**.

L’OPL 245 venne promessa nell’aprile 1998 dal governo del generale Sani Abacha a Malabu Oil & Gas Limited, una società costituita pochi giorni prima. Le voci davano per partecipante al 30% alla Malabu il suo Ministro del Petrolio del tempo, Dan Etete. Promessa diretta e senza gara, rispettosa delle *Indigneous Policies* e delle normative dell’epoca ma (ex post) “macchiata” dalla narrazione della presenza di un soggetto in conflitto d’interessi.

Morto Sani Abacha (si dice avvelenato da due prostitute indiane) e dopo un passaggio rapido vennero celebrate elezioni libere e democratiche vinte dal Generale Olusegun Obasanjo (che Sani Abacha aveva a lungo tenuto in galera).

L’intervento della difesa Casula – ha già ben spiegato che è proprio l’amministrazione di questo governo ad emettere in termini giuridicamente e concretamente rilevanti la licenza a Malabu: nessuno si sognò di muovere eccezioni di conflitto di interessi o peggio di corruzione.

Malabu stipulò quindi un accordo con Shell per avviare le attività esplorative (né più né meno di come era accaduto per altre concessioni simili come la OPL 246 del 1998 assegnata al Generale Danjuma che si associò con Total e su cui nessuno ebbe mai nulla a che dire).

Dopo breve, invece, la licenza OPL 245 da poco emessa (nel 2001) e dopo l’accordo “*privato*” tra Malabu e Shell, venne revocata dal Governo e venne riassegnata alla compagnia statale NNPC.

Quest'ultima ne mise a gara il 40%, che nel 2003 andò a Shell (battè la concorrenza di altre tre multinazionali), che si impegnò a saldare 18 milioni (dei 20 originari, Malabu ne aveva versati *ab initio* solo due), oltre a 200 Milioni di “*bonus di firma*”.

Shell depositò i 200 milioni (d'accordo con il Governo) in un conto vincolato (Escrow Account) aperto presso la JPMorgan, banca di fiducia del Governo Nigeriano a Londra.

Ma Malabu fece ricorso perché l'atto di revoca del governo era privo di motivazioni (richieste per legge).

Conosciamo tutto ormai delle vicende successive: una prima pronuncia a favore del governo per motivi procedurali (contestati da Malabu e sconfessati dai precedenti simili finiti alla Corte Suprema Nigeriana), seguita, nel 2006, dalla transazione con cui lo stesso Governo (che si rendeva conto di aveva comminato una revoca immotivata), riassegnò la licenza a Malabu senza alcun vincolo.

Dei conflitti di interessi non si riscontra traccia in nessuno degli atti o dei passaggi che conducono alla transazione del 2006: per inciso tale transazione passò al vaglio dell'autorità giudiziaria nigeriana, che la rese esecutiva.

La consulenza Oditah (cui si rimanda) ha ben spiegato il numero di occasioni che il Governo avrebbe (ed ha) avuto per muovere tale eccezione, ma che, non avendolo fatto, ha, in punto di diritto, confermato la validità del diritto all'assegnazione a Malabu di OPL 245

Ecco che così Malabu ri-acquistò il titolo (contrattuale, esplicito, confermato in giudizio) per l'emissione della licenza esplorativa OPL 245.

Il Presidente promise a Shell di indennizzarla con il 50% di una nuova concessione esplorativa di “valore equivalente” ad OPL 245.

Ma Shell non accettò: era risultata vincitrice della gara del 2003, aveva essa speso (rischiando) oltre 350 milioni di Euro per fare i primi pozzi esplorativi, trovando

due aree interessanti per lo sfruttamento: Zabazaba ed Etan. Non che ciò fosse sufficiente ad avviare una produzione (occorreva fare tanti altri pozzi esplorativi e definire tecnicamente i profili di produzione: in altre parole “chiudere il perimetro” e stabilire “se e come l’olio trovato si potesse davvero estrarre in termini commercialmente utili”).

Ma essendo ovvio che Shell aveva lei “creato del valore”, avendo “de-rischiato” una parte dell’attività esplorativa, non accettava di essere estromessa e di dover ricominciare da capo (a rischio) in una nuova concessione.

Shell avviò quindi un arbitrato internazionale secondo i trattati di protezione degli investimenti contro il Governo Nigeriano, mentre Malabu faceva causa a tutti (Shell e Governo).

Il tutto si colloca tra il 2007 ed il 2009: un inestricabile groviglio di liti.

Di conflitto di interessi, anche qua, neppure l’ombra. Di corruzione nemmeno.

Eni (dopo un primo contatto esplorativo del 2007 con Malabu, che interruppe malamente per la reazione violenta di Shell che minacciò di fare causa ad Eni, se si fosse messa in trattative con Malabu), rientrò in scena a fine 2009 e nella prima parte del 2010 per un 40%.

Nessuno si è soffermato sulla valenza di questo 40%: le ipotesi (mai vincolanti ma chiare), prevedevano un 10% che rimaneva a Malabu. E il 50% mancante per fare 100 (verrebbe da domandarsi)? Era ovviamente destinato in “riserva” per Shell, come aveva promesso il presidente (Obasanjo, quello di prima, perché nel frattempo era cambiato il governo).

Anche il Governo Yar Adua nulla eccepì di corruzioni o conflitti.

A metà 2010 Malabu (assistita dai suoi Advisor finanziari locali ed internazionali) chiese al governo di ottemperare all’accordo transattivo del 2006 e quindi di emettere il titolo effettivo: la licenza esplorativa 245. Per il 100% a Malabu. **Nessuna stranezza: era il diritto assegnato a Malabu stesso nella transazione.**

Il Governo confermò ma non emise, poiché non aveva ancora incassato il saldo dei famosi 18 milioni ed i 200 Milioni di “signature bonus”, bloccati da 7 anni sull’Escrow Account della gara 2003.

Nel frattempo Yar Adua era morto e gli successe Jonathan Goodluck.

Malabu si sentì nella pienezza dei propri diritti, Eni e Shell se ne preoccuparono, perché temevano (vedremo che avevano ragione, d’altro canto Malabu già aveva qualificato come irricevibili le valutazioni espresse da Eni durante i primi timidi accenni di trattativa della prima parte del 2010) che le richieste economiche potessero crescere. Le due *international oil company* provarono a negoziare un accordo con Malabu, in pendenza delle controversie.

Ma nonostante il “*favor*” governativo alla soluzione, che avrebbe sbrogliato anche i contenziosi e avrebbe messo le premesse per completare le esplorazioni (che costarono, si ricorda, dopo il 2011, altri 750 milioni di Dollari ad Eni e Shell), Malabu pretese il doppio di quanto le venne offerto.

A inizio novembre 2010 la trattativa privata (Project Clear Vision) si concluse.

Nel frattempo, il petrolio continuò a rimanere in fondo all’Atlantico, le finanze nigeriane languivano (non vennero nemmeno incassati i 200+18 che stavano su un conto a Londra da 7 anni) e Shell si apprestò a vincere l’arbitrato, che avrebbe condannato la Nigeria ad un risarcimento fino ad oltre due miliardi di dollari. In alternativa Shell si sarebbe ripresa la licenza (e il governo avrebbe dovuto risarcire Malabu). *Tertium non datur*. Questo secondo diritto e costituzione nigeriana.

Per sbloccare l’*impasse*, il Governo del Presidente Goodluck Jonathan prese in mano la vicenda, investendone il proprio ministro della giustizia (che, in Nigeria, secondo la Costituzione, è anche il Capo dell’avvocatura ed il Procuratore Generale), lo “*sventurato*” Adoke Bello (questa la qualificazione affibbiata dall’accusa all’ottimo dirigente di Eni, Ciro Antonio Pagano, qui imputato).

È appena il caso di notare che Adoke Bello entrò realmente in scena solo in quel momento (prima solo in occasione degli adempimenti in ottemperanza alla transazione del 2006).

Sorge una domanda: chi, se non il Ministro della Giustizia, Capo dell'Avvocatura di Stato e Procuratore Generale dello Stato avrebbe mai potuto/dovuto dipanare una lite pendente, assicurando una soluzione “commerciale” alla situazione?

Adoke Bello convocò le parti, dettò un accordo con i tre contraenti che non riuscivano a fare il contratto.

A fine novembre del 2010 arrivò la causa di Mohamed Sani Abacha, che rivendicava il 50% di proprietà della Malabu e diffidava quali “*terzi in cattiva fede*” tutti quanti dal concludere un accordo che disponesse dei beni di Malabu. Verrebbe da dire oggi che se mai avesse avuto ragione Mohamed Sani Abacha (figlio del dittatore) a rivendicare il 50% della Malabu, benissimo fece il Governo ad assegnarlo direttamente ad Eni e Shell.

E' ben noto che Eni continuò a bloccare in ogni caso l'operazione sino a quando le sue richieste di chiarezza non fossero state soddisfatte ed è altrettanto noto che il Governo negoziò pesantemente (spalleggiato dai propri dipartimenti petroliferi e dalla NNPC) per avere i famosi back-in-rights non previsti nella originaria offerta di Eni/Shell e non applicabili alla licenza (non lo dice l'Eni, lo aveva detto un ministro del petrolio della amministrazione Obasanjo e Yari Adua anni prima).

In sintesi, Malabu avrebbe subito senza protestare una nuova revoca della licenza e sarebbe stata risarcita con una somma equivalente a quella già offerta da Eni e Shell.

Diversamente, non avrebbe preso un dollaro per molti altri anni.

E' ben noto che Eni continuò a bloccare in ogni caso l'operazione sino a quando le sue condizioni di chiarezza non fossero state soddisfatte (spiace che la pubblica accusa continui a “perdersi” le note interne e le delibere di CDA di Eni

del 15 Dicembre e del 3 marzo, dove prima l'operazione fu pacificamente sospesa e poi addirittura cancellata: sono in atti).

Ed il Governo si propose quindi di essere la controparte contrattuale di Eni e Shell: a vendere la licenza sarebbe stato il Governo che l'aveva appena revocata.

Shell ed Eni avrebbero acquistato con certezza “*a domino*” una licenza non più gravata (nemmeno potenzialmente) da pregressi liti e gravami.

Operazione e struttura specchiata ed esemplare.

E in tal modo il Governo avrebbe ottenuto i fondi per tacitare Malabu, rimuovere il rischio dell'arbitrato Shell e definito il coinvolgimento di due delle più grosse compagnie, idonee per capitali ed esperienza a finire la ricerca e a spendere poi per mettere in produzione OPL 245 (quando fosse stata convertita in OML).

Questa intesa generale sarebbe stata la necessaria premessa per autorizzare gli investimenti, 7 miliardi di dollari, indispensabili per lo sfruttamento dei giacimenti.

Il governo incassava i 210 milioni di dollari del ticket d'ingresso, congelati da anni per via delle cause, e, quel che più conta, avrebbe incamerato metà dei profitti generati nei 25 anni della concessione (grazie al duro negoziato di marzo/aprile 2011 era riuscito infatti ad assicurarsi i back in rights: ciò che andava a scapito di Eni e Shell e che la testimonianza del Prof. Scandizzo ci ha spiegato valere anche, come mera opzione all'atto della firma, oltre 400 milioni).

Tra l'altro, back in rights che il Ministro del Petrolio Nigeriano esercitò per davvero il 18 giugno 2018, nel bel mezzo del corso di causa, e che evidentemente la Parte Civile si è persa, definendoli “inesercitabili e diabolici” nelle sue repliche. E li ha esercitati “on a carry basis” (cioè senza esborso monetario dei costi da parte propria ma con la compensazione sulle future produzioni) ed a “zero cost” (cioè senza interessi) ed a valle della conversione in OML. Cioè spremendone proprio il massimo del valore concesso da Eni e Shell.

Poi di questo esercizio se ne deve essere dimenticato o forse ha preferito puntare alla scadenza naturale dell'11 maggio 2021 della OPL 245, per provare ad ottenere da Eni altre somme, oltre alla richiesta di risarcimento.

Fidandosi dei contratti con il Governo, Shell ed Eni versarono quanto pattuito, 1,3 miliardi (il prezzo della licenza più il ticket d'ingresso), sui conti dedicati del medesimo (Escrow Accounts) presso la JP Morgan a Londra.

Eni e Shell si spossessano del denaro dandolo al Governo.

Il Governo emise la licenza, chiuse le liti ed eseguì il coevo contratto con Malabu.

Nessun mistero al riguardo: la realtà giuridica è che il contratto stesso prevede l'utilizzo dei fondi per la chiusura delle controversie e il riscatto della licenza. Davvero non si comprende l'enorme "battage" mediatico al riguardo posto in essere dalle ONG.

E' indubitabilmente vero che la controparte contrattuale di Eni era il Governo e che il Governo Eni (e Shell) hanno pagato.

Così come è indubitabilmente vero che Eni sapeva (e anche voleva) che il Governo tacitasse le liti, ma che ogni nesso tra i fondi dell'Eni e il pagamento del Governo, era giuridicamente reciso: non per chissà quale "simulazione truffaldina", ma proprio espressamente quale strumento di certezza giuridica di acquisto del bene.

I denari sarebbero poi arrivati in Nigeria su ordine del Governo, partendo da un conto dello stesso a Londra, dopo che le due *international oil company*, una volta formalizzata e recapitata la licenza, avessero pagato il Governo.

Ora bisogna fare attenzione alle date. L'accordo risolutivo di tutte le controversie venne firmato il 29 aprile 2011. La licenza inviata poco dopo. Il pagamento dei primi 801 milioni avvenne in due tranches, il 24 e il 30 agosto dello stesso anno. Un'altra tranche di 75 milioni venne versata da JP Morgan nel 2013.

Si badi bene, JPMorgan eseguì il pagamento, seguendo le regole antiriciclaggio britanniche, la banca chiese lumi a SOCA, descrivendo in dettaglio le proprie perplessità dopo un precedente tentativo di pagamento non andato a buon fine ed il cambio della guardia dei funzionari al Ministero.

Questa la storia in termini giuridicamente rilevanti (ci rendiamo conto che averla definita sintesi può sembrare ironico, ma lo sforzo di questa difesa nel concentrarne i contenuti è stato titanico a supporto di una agile lettura del Tribunale).

Possiamo quindi ora andare a rivedere i capi di imputazione e la normativa nigeriana applicabile.

Anzi, chiudiamo sullo “*sventurato*” Adoke Bello: la sentenza resa dal giudice (ottimo, lo dice la procura) Niako e **passata in giudicato in Nigeria**, ha stabilito che il Ministro agì su istruzioni del Presidente della Repubblica, che ne aveva i poteri e che l’operazione e le istruzioni erano lecite e legittime.

Concludiamo la sintesi cronologica delle circostanze giuridicamente rilevanti e significative che delineano la conoscenza di Eni con la (ormai) famosa lettera del Dipartimento delle risorse petrolifere del 1 Aprile 2011. Che la pubblica accusa copia pedissequamente, trasformandone i contenuti nei capi di imputazione (di seguito commentati).

Questa lettera si inserisce nel confronto (anche duro) tra Eni e Shell e le autorità di riferimento a cui l’Attorney General si rivolgeva internamente alle funzioni competenti della sua amministrazione per raccogliere commenti e suggerimenti funzioni che parteciparono attivamente ai negoziati.

Storicamente questa lettera si pone “a monte” della modifica della struttura dei contratti e risponde ad una bozza affatto diversa da quella (per struttura, contenuti e controparti) che poi divenne il “Resolution Agreement” (quello firmato da Eni).

In altro luogo (ed altre difese) già hanno messo in luce come questa lettera confermi l’esistenza di un processo di “governance” dell’amministrazione nigeriana

che non vede accentrato nelle mani del “corrotto” Adoke ogni potere. Quindi di un processo incompatibile con un negoziato “corrotto” o anche semplicemente “corrompibile”.

Talmente poco corrompibile che proprio uno dei punti violentemente sollevato dal DPR (i “back-in-rights” famosissimi) fu poi oggetto dell’accettazione di Eni e Shell (che peggiorarono di gran lunga il proprio profilo economico).

Ciò che ci interessa per questa sintesi è la “valenza” assegnata dalla Procura della Repubblica e dalla Parte Civile a questo scritto: valenza che equipara in buona sostanza la lettera ai capi di imputazione.

Ecco: in tutte le approfondite e (anche “commercialmente” dure) censure e raccomandazioni di questa lettera (in parte poi accolte nei contratti vincolanti definitivi) non si riscontra un rigo, un cenno, una censura in merito a tre punti che (solo oggi) sarebbero dovuti essere i campanelli di allarme o (peggio) determinare al consapevolezza della corruzione di Eni.

1. Non esiste menzione alcuna a “conflitti di interesse” quale vizio di assegnazione alla Malabu di OPL 245 o altrimenti premonitore di chissà quali aspetti corruttivi;
2. Il Settlement Agreement del 2006 viene dato per totalmente valido (ancorché in parte non eseguito per il saldo del signature bonus, ma perfettamente valido);
3. La “raccomandazione” finale delle funzioni tecniche non è quella “di revocare la licenza a Malabu perché in conflitto di interessi e corrotta – nostra ipotesi - ”, ma quella di “ottenere condizioni commerciali migliori – **a more advantageous outcome** - letterale”. Ciò che il governo fa (ed Eni e Shell accettano) ed ottiene imponendo la previsione dei back-in-rights (tra l’altro, come si vedrà nel proseguo, effettivamente esercitati, ma la procura e la parte civile se lo sono dimenticati...).

In sintesi: la lettera che sarebbe la “summa magna” delle contestazioni nulla ma proprio nulla segnala all’Eni sulla presunta illiceità genetica o sopravvenuta o attuale di OPL 245 correlabile a qualche carenza di organizzazione: anzi rafforza

l'affidamento di Eni di trovarsi in quel momento in un vero e lecito negoziato – anche vivace - con il titolare dei diritti stabilito dalla Costituzione nigeriana.

Torniamo ora alle fonti normative principali della disciplina delle attività di sfruttamento delle risorse minerarie in Nigeria, che sono, come risulta dalla lettura del *Resolution Agreement*, due: il ***Petroleum Act del 1969*** e, qualora, come nel nostro caso, le attività di sfruttamento abbiano ad oggetto giacimenti in acque marine profonde, dal ***Deep Off-shore and Inland Basin Productions Sharing Contracts Act del 2004***. Ebbene, in tali fonti normative si trovano le ragioni che consentono di affermare, con assoluta certezza, che nessuna norma della legge nigeriana è stata violata e che pertanto ciascuno dei profili di presunta illegittimità menzionata nel capo di imputazione risulta infondato.

Come si vedrà, la piena rispondenza del *Resolution Agreement* alla legge nigeriana risulta anzi *per tabulas*, dalla stessa lettura dei testi normativi.

i) La presunta illecita assenza di gara.

Su questo punto è necessario leggere il paragrafo 1.3 del *Malabu Resolution Agreement* (l'accordo tra il Governo e Malabu, coevo al *Resolution Agreement* tra il Governo, NAE, SNUD, SNEPCO e NNPC), che fa riferimento ai poteri e alle facoltà assegnate al Governo della Nigeria dal *Petroleum Act*, sul presupposto che lo stesso *Petroleum Act*, e, ancor prima, la Costituzione Nigeriana, stabiliscono che le risorse minerarie della Nigeria sono di proprietà dello Stato.

L'articolo 8 del secondo allegato al *Petroleum Act* stabilisce testualmente che: ***“il Ministro può acquisire – quindi a sua totale discrezione - il controllo di qualsiasi attività, stabilimento, locale del concessionario o conduttore; e, se esercita tale potere, il concessionario o conduttore e i suoi dipendenti e agenti si adegueranno e rispetteranno tutte le direttive del Ministro impartite per suo conto”*** (secondo il testo originale inglese - ***“The Minister may take control of any works, plants or premises of the licensee or lessee; and if he does so, the licensee or lessee and his servants or***

agents shall conform to and obey all directions issued by the Minister or on his behalf” -).

Qualora il Ministro eserciti tale potere, gli articoli 9 e 10 del secondo allegato al *Petroleum Act* stabiliscono che: “...**un risarcimento ragionevole deve essere pagato al concessionario o conduttore per qualsiasi perdita o danno derivatogli in ragione dell’esercizio dal Ministro dei poteri conferitigli dall’Art. 8 del presente allegato. Qualsiasi risarcimento dovuto ai sensi dell’art. 9 del presente allegato sarà concordato transattivamente tra il Ministro e il concessionario o conduttore o, in caso di mancato accordo, sarà determinato da un tribunale arbitrale...**” (“**reasonable compensation shall be paid to the licensee or lessee for any loss or damage caused to him by reason of the exercise by the Minister of the powers conferred by paragraph 8 of this Schedule. Any compensation payable under paragraph 9 of this Schedule shall be settled by agreement between the Minister and the licensee or lessee or, in default of agreement, by arbitration**”).

Questa disciplina è chiarissima.

La Costituzione e il *Petroleum Act* stabiliscono che le risorse minerarie nigeriane sono di proprietà dello Stato. Sulla base di tale enunciato, lo stesso *Petroleum Act* attribuisce al Governo potere discrezionale, entro i limiti stabiliti dallo stesso *Petroleum Act*, in relazione alla concessione delle risorse minerarie di proprietà del Paese, potendosi esso attribuire il controllo di qualsiasi attività (inclusa ovviamente, quindi, la concessione, dei diritti esplorativi).

Nessuna fonte normativa consente di desumere, quindi, che in caso di concessione dei diritti esplorativi sarebbe necessaria una gara.

La legge, attribuendo al Governo potere discrezionale nelle decisioni concernenti le attività e le concessioni delle risorse minerarie, non la richiede: semplicemente, essa stabilisce che, laddove, esercitando i suoi poteri discrezionali, il Governo leda dei diritti acquisiti di terzi, esso dovrà risarcire il concessionario attraverso un atto transattivo.

Alla luce di una corretta lettura della legislazione vigente al momento della stipulazione del *Resolution Agreement*, **nessuna gara pertanto era dovuta o necessaria nel caso di specie, mentre era pacificamente corretta (anzi, prevista per legge) l'adozione di forme contrattuali transattive, che costituivano non una facoltà, ma, addirittura, la modalità normativamente prevista per l'esercizio dei poteri esecutivi del Governo.**

In sostanza, il *Resolution Agreement* va pacificamente considerato il corretto strumento previsto dalla legge nigeriana per il perseguimento dei legittimi interessi del paese.

Per la verità, anche senza il richiamo alla normativa, l'imputazione costituisce un assurdo logico/giuridico già in termini di banale senso comune: cosa avrebbe dovuto mettere a gara il Governo Nigeriano? Una licenza non sua? Una lite?

ii) L'asserito illecito vantaggio in termini fiscali che Eni e Shell avrebbero ottenuto dalla stipulazione del *Resolution Agreement*.

Su questo punto, il *Resolution Agreement*, all'art. 5, stabilisce che all'accordo tra NAE e SNEPCO relativo allo sfruttamento del Blocco sarà applicata la normativa che disciplina le attività minerarie in acque profonde e che, dunque, **tale accordo dovrà intendersi, ai sensi della medesima normativa, come un contratto di ripartizione della produzione ai sensi della normativa che disciplina le attività degli operatori che esplorano e producono in acque profonde**, in particolare, si darà applicazione all'art. 17 del *Deep Off-shore and Inland Basin Productions Sharing Contracts Act, Cap. D3* del 2004.

Tale articolo prevede che: *“Per “Contratto di Ripartizione della Produzione” si intende qualsiasi contratto o accordo stipulato tra la Corporation o il detentore e qualsiasi altra società attiva nella produzione e esplorazione del petrolio allo scopo di esplorare e produrre nelle Acque Profonde e nei Bacini Terrestri Profondi”.* *(Section 17, the Interpretation Section provides: “production sharing contracts” means any agreement or arrangements made between the Corporation or the holder*

and any other petroleum exploration and production company or companies for the purpose of exploration and production of oil in the Deep Offshore and Inland Basins.”). Che l'OPL 245 sia fisicamente collocato in acque profonde a circa 500 km dalla costa della Nigeria è incontrovertibile, così come lo è la profondità esplorativa (e di eventuale produzione) di 1.900 metri.

Pertanto, sia la controllata di Eni (NAE) sia quella di Shell (SNEPCO e, prima di essa, SNUD) operanti in Nigeria e titolari della concessione 245 sono intrinsecamente e erano definiti, ai sensi della normativa nigeriana, operatori in acque profonde.

Agli investimenti realizzati dalle stesse era, dunque, applicabile *ope legis* il regime fiscale previsto lo svolgimento di attività esplorative ed estrattive in acque profonde. **Tale regime esplicitamente prevedeva una riduzione delle imposte pari al 50% e una totale esenzione dal pagamento delle *royalties*.**

L'art. 6 del *Resolution Agreement* conferma e statuisce, infatti (e ove mai necessario), l'applicazione del regime fiscale previsto dal *Deep Off-shore and Inland Basin Productions Sharing Contracts Act, Cap. D3*, delle leggi della Federazione di Nigeria 2004, che prevede il seguente regime di detrazione del credito d'imposta e di detrazioni sugli investimenti: *“se la Nigerian National Petroleum Corporation (nel presente Atto denominata “la Società”) o il Concessionario e l'Operatore hanno sostenuto qualsiasi spesa qualificabile in conto capitale interamente, esclusivamente e necessariamente ai fini delle operazioni petrolifere effettuate ai sensi di un Contratto di Ripartizione della Produzione in Acque Profonde o nei Bacini Terrestri, sarà riconosciuto alle Parti dei Contratti di Ripartizione della Produzione stipulati prima del 1° luglio 1998 un credito (nel presente Atto denominato “credito d'imposta per investimenti”) di importo forfettario pari al 50% delle relative spese in conformità ai termini del Contratto di Ripartizione della Produzione vigente nel periodo d'imposta in cui l'asset relativo è stato utilizzato per la prima volta ai fini di tali operazioni petrolifere. ((1) Where the Nigerian National Petroleum Corporation (in this Act referred to as "the Corporation") or the Holder and the Contractor have*

incurred any qualifying capital expenditure wholly, exclusively and necessarily for the purposes of petroleum operations carried out under the terms of a Production Sharing Contract in the Deep Offshore or Inland Basin, there shall be due to the Parties in respect of the Production Sharing Contracts executed prior to 1st July, 1998, a credit (in this Act referred to as "Investment Tax Credit") at a flat rate of 50 per cent of the qualifying expenditure in accordance with the Production Sharing Contract terms for the accounting period in which that asset was first used for the purposes of such operations.)

Si prosegue: *Alle Parti che hanno stipulato Contratti di Ripartizione della Produzione dopo il 1° luglio 1998 sarà riconosciuta una detrazione (nel presente Atto denominata "detrazione d'imposta per gli investimenti") di importo forfettario pari al 50% della relativa spesa in conformità alle disposizioni di legge applicabili vigenti nel periodo d'imposta in cui l'asset relativo è stato utilizzato per la prima volta ai fini di tali operazioni petrolifere. ((2) In respect of Parties who executed Production Sharing Contracts after 1st July 1998, there shall be due to such Parties an allowance ("in this Act referred to as an "Investment Tax Allowance") at a flat rate of 50 per cent of the qualifying expenditure in accordance with the provisions of existing applicable legislation for the accounting period in which that asset was first used for the purposes of such operations..")*

Con riguardo alle *royalties*, il *Resolution Agreement* applica il regime previsto dall'art. 5 del *Deep Off-shore and Inland Basin Productions Sharing Contracts Act* del 2004, che esclude il pagamento di *royalties* per le attività relative al giacimento OPL 245 che, come detto, si svolgono in acque profonde a circa 1.900 metri di profondità, per investimenti in acque profonde oltre i 1.000 metri: "Royalties dovute in merito ai Contratti di Ripartizione della Produzione: Il pagamento delle royalty relative ai Contratti di Ripartizione della Produzione nelle Acque Profonde sarà graduato come segue (area e aliquota): Nelle aree con profondità marina da 201 a 500 metri: 12%; da 501 a 800 metri: 8%; da 801 a 1000 metri: 4%; **oltre i 1000 metri: 0%**. L'aliquota delle royalty dovute ai sensi dei Contratti di Ripartizione della Produzione nel Bacini

Terrestri sarà del 10%”. (“Royalty payable in respect of deep offshore production sharing contracts. (1) The payment of royalty in respect of the Deep Offshore Production Sharing Contracts shall be graduated as follows, that is –In areas from 201 to 500 metres water depth: 12 per cent; from 501 to 800 metres water depth: 8 per cent; from 801 to 1000 metres water depth: 4 per cent; in areas in excess of 1000 metres water depth: 0 per cent. The royalty rate payable under the Production Sharing Contracts in the Inland Basin shall be 10 per cent.”)

Tale regime agevolato previsto dalla legge nigeriana è giustificato dall’obiettivo di riuscire ad attrarre investimenti per attività, quali quelle di sfruttamento di giacimenti in acque profonde, che, per loro natura, comportano difficoltà tecniche elevatissime, richiedono esperienza ed investimenti miliardari e sono quindi associate ad un elevatissimo rischio industriale.

Capitali che non possono essere presi a prestito (le banche e nessuna organizzazione mondiale finanziano le attività esplorative), ma sono ad integrale rischio (e costo, posto che gli azionisti, tra cui lo stato Italiano, poi vogliono ricevere dei dividendi) dell’Eni nel caso di specie.

Rimanendo sempre al tema fiscale, secondo l’Accusa, sarebbe illegittimo quanto contenuto al secondo comma dell’art. 6 del *Resolution Agreement*.

In tale articolo, le parti concordano sul fatto che, qualora successivamente alla firma del *Resolution Agreement* intervengano delle modifiche legislative (soprattutto con riguardo al regime fiscale applicato) tali da determinare effetti negativi sul contratto, le stesse avvieranno le trattative necessarie per annullare tali effetti negativi.

In realtà tale clausola non è nient’altro che una clausola di stabilizzazione, ossia una clausola volta a “*stabilizzare*” il quadro normativo e fiscale, all’interno del quale si è inserito l’accordo del 29 aprile 2011.

La ragione è, ancora una volta, quella di attrarre investimenti per attività ad alto rischio, quali quelle di esplorazione e produzioni in giacimenti in acque profonde, assicurando agli investitori certezza del quadro normativo. Né più né meno di quello

che è accaduto per decine di anni con le agevolazioni della Cassa del Mezzogiorno in Italia. Punto.

È molto chiara sulle finalità di tali tipologie di clausole, la legge *Fiscal Incentives, Guarantees and Assurances* del 1990 che, in un caso di assegnazione di diritti di sfruttamento ad un investitore straniero, recita: *"Il governo federale della Nigeria (in questa legge denominata "il governo") in riconoscimento e considerazione dell'entità degli investimenti che devono essere effettuati per perseguire l'attività d'impresa descritta nel patto parasociale datato 19 maggio 1989 tra la Nigerian National Petroleum Corporation, Shell Gas BY, CLEAG Limited e Agip International BY, come modificato di volta in volta (tale patto parasociale, così come modificato dalla presente legge, è di seguito denominato "il contratto") Concede alla Società, ai suoi aventi causa e a ciascuno dei soci, di volta in volta (in quanto tali) le garanzie, le assicurazioni e gli impegni che seguono. Queste garanzie, assicurazioni e impegni avranno effetto a decorrere dalla data del presente documento e fintanto che la Società o qualsiasi suo avente causa, esista e svolga attività di liquefazione e vendita di GPL all'interno e/o all'esterno della Repubblica federale di Nigeria. ("27.1 The Parties agree that the commercial terms and conditions of this Contract are based on the existing fiscal terms in accordance with the provisions of the Deep Offshore and Inland Basin Production Sharing Contract Act, 1999, and the fiscal terms contained in Clause 16 of this contract. If such fiscal terms are changed, the Parties agree, subject to Clause 27.2, to review the terms and conditions of this Contract affected by such changes to align such terms and conditions with the fiscal terms. 27.2 If at any time or from time to time there should be a change in legislation or regulation which materially affects the commercial benefits afforded the Contractor parties under this contract, the parties will consult each other and shall agree to such amendments to this Contract as are necessary to restore as near as practicable such commercial benefits which existed under the Contract as of the Effective Date")*.

Ebbene le garanzie e le assicurazioni concesse (e concedibili per legge) in ragione dell'entità degli investimenti dei privati erano le seguenti: 1. *Il governo non*

*prenderà alcuna misura per rendere nulli o inefficaci i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto e dagli altri contratti e accordi contemplati nel contratto, nella misura in cui tali diritti e obblighi non siano illegittimi in Nigeria e non contrastino con l'ordine pubblico nigeriano e purché tali contratti vengano mantenuti validi dalle relative parti, fermo restando che tali altri contratti o accordi non saranno considerati illegittimi o contrari all'ordine pubblico nigeriano per il solo motivo che le azioni di governo richieste alla clausola 6 non sono state effettuate. 2. **L'attività d'impresa è soggetta al regime fiscale contenuto nelle disposizioni della presente legge. Tale regime fiscale non può essere modificato in alcun modo, salvo il previo accordo scritto del Governo, della Società e di ciascuno dei soci della Società.** 3. Fatta salva qualsiasi altra disposizione contenuta nel presente documento, né la Società né i suoi azionisti in qualità di soci della Società, saranno in alcun modo soggetti a nuove leggi, regolamenti, imposte, tasse, dazi o oneri di qualsiasi natura che non sono generalmente applicabili alle società incorporate in Nigeria o ai soci di società costituite in Nigeria” (“**1. The Government shall do nothing to render invalid unenforceable rights and obligations arising under the contract and the other contracts and arrangements contemplated in the contract, to the extent that such rights and obligations are not illegal in Nigeria and do not offend against Nigerian public policy and provided that such contracts have been kept validly subsisting by the parties thereto, it being understood that such other contracts or arrangements will not be deemed to be illegal or contrary to Nigerian public policy for the sole reason that the requisite government actions referred to in clause 6 hereof have not been effected 2. The venture shall be subject to the fiscal regime contained in the provisions of this Act. Such fiscal regime shall not be amended in any way, except with the prior written agreement of the Government, the Company and each of the Company's shareholders.3. Without prejudice to any other provision contained herein, neither the Company nor its shareholders in their capacity as shareholders in the Company, shall in any way be subject to new laws, regulations, taxes, duties, imposts or charges of whatever nature which are not applicable generally to***

companies incorporated in Nigeria or to shareholders in companies incorporated in Nigeria, respectively.”).

Proprio in ragione dell’importanza di attrarre investimenti stranieri, va, inoltre, ricordato come la società di Stato, la *Nigerian National Petroleum Corporation* (NNPC), forniva già essa stessa (e su base convenzionale e di autonomia) agli investitori privati con i quali collaborava per lo sfruttamento dei giacimenti dei contratti *standard* che contemplavano proprio una clausola di stabilizzazione *standard* così formulata: “27.2 *Se in qualsiasi momento o di volta in volta interverrà una modifica della normativa primaria o secondaria che incida in maniera sensibile sulle agevolazioni commerciali concesse alle Parti contraenti in base a questo contratto, le parti si consulteranno e concorderanno le modifiche necessarie da apportate al presente contratto per ripristinare nella massima misura possibile i vantaggi commerciali che esistevano nel contratto a decorrere dalla data di efficacia*” (“27.2, *to review the terms and conditions of this Contract affected by such changes to align such terms and conditions with the fiscal terms.* 27.2 *If at any time or from time to time there should be a change in legislation or regulation which materially affects the commercial benefits afforded the Contractor parties under this contract, the parties will consult each other and shall agree to such amendments to this Contract as are necessary to restore as near as practicable such commercial benefits which existed under the Contract as of the Effective Date*”).

Quindi, alla luce dei pacifici riscontri normativi è, ancora una volta, incontrovertibilmente provato che il *Resolution Agreement* non contiene nulla di illecito, illegale, inusuale od anomalo, ma dà atto ed esecuzione ad intese rispettose ed aderenti alla normativa e alla prassi applicata in via generale in Nigeria per legge o (in altri casi) in via pattizia nell’ambito dell’autonomia negoziale assegnata per legge al Governo, nonché alle legittime attese negoziali di una controparte investitrice.

Perché mai allora “ribadire” in un contratto l’applicazione della normativa?

Perché gli investitori debbono assicurarsi (oltre all'applicazione della legge) un regime convenzionale che ne confermi sia l'interpretazione, sia l'esecuzione sia, infine, la stabilità. In modo non dissimile da quello che sarebbe un "interpello" in Italia per la normativa fiscale o la richiesta di una interpretazione autentica all'autorità competente. Che è la parte contrattuale.

Quale anomalia? Quale mistero? Quale "segnale" di corruzione? Quale illecito? Quale indebito asservimento del pubblico ufficiale?

Ma vi è di più: già dal 2010 si discuteva in Nigeria del possibile mutamento della normativa applicabile (il famoso nuovo "Petroleum Bill"). Ne discusero per nove (9) anni e bene fecero Eni e Shell a cristallizzare il panorama normativo, poiché il nuovo Petroleum Bill entrò in vigore nel 2019 e ove mai OPL 245 fosse stata convertita in OML, gli investimenti fatti e la produzione lanciata, allora avrebbe dovuto trovare applicazione la norma di stabilizzazione, perché altrimenti le compagnie avrebbe pagato molto più del dovuto all'epoca, poiché si sarebbero trovate (oggi) di fronte ad un mutamento di tassazione incompatibile con la valutazione precedente.

iii) Il Pubblico Ministero ha eccepito poi che, attraverso il *Resolution Agreement*, il Governo della Nigeria avrebbe assicurato ad Eni e Shell una manleva totale da qualsiasi contenzioso relativo al giacimento.

Anche tale clausola viene descritta come "illecita" (non si capisce perché).

Su questo punto sarebbe sufficiente ricordare che l'art. 17, che disciplina nel contratto il tema della manleva, si chiude facendo riferimento al fatto che la manleva riguarda esclusivamente contenziosi relativi a pretese sul blocco OPL 245 basate su un titolo (asseritamente) pregresso rispetto allo stesso *Resolution Agreement*.

E di contenziosi ce n'erano davvero parecchi (richiamiamo la sintesi "storica" in apertura di questa memoria). La manleva prestata dal Governo non appare, quindi, per nulla inusuale (e men che meno illecita), ma sembra proprio, ed invece, un atto "dovuto" per il caso di specie.

iv) Con riguardo, infine, alla presunta violazione delle linee guida a tutela delle imprese locali (*Indigenous Policies*), la lettura del *Resolution Agreement* porta ad affermare che neppure tale regolamentazione venne violata.

Va, innanzitutto, detto che è evidente che le *Indigenous Policies* fossero, di per sé e nella misura in cui richiedevano investimenti miliardari ad imprese locali con competenze tecniche di cui poche società dispongono addirittura a livello mondiale (ricerca e trivellazione in mezzo al mare a 2.000 metri di profondità), di difficile attuazione in un paese, quale la Nigeria, che non era ancora riuscito a creare un settore imprenditoriale locale (per tacere della concreta disponibilità di risorse finanziarie miliardarie da destinare ad investimenti infrastrutturali a rischio). A ciò si aggiunga che il Governo Nigeriano ha ritenuto di poter meglio raggiungere i medesimi obiettivi sottostanti all'*Indigenous Policies*, sostituendo quest'ultimi con l'obbligo in capo alle imprese straniere di garantire in sede di appalto quote percentuali di lavoro ad imprese di lavoro locali. Obbligo che Eni e Shell avrebbe rispettato scrupolosamente.

In realtà ed a ben comprendere, il miglior modo per dare attuazione concreta e reale ai principi ed allo spirito sottostanti le *Indigenous Policies* è stata proprio la soluzione individuata nel *Resolution Agreement* all'art. 11, che ha garantito i c.d. *back-in-right* (in una misura considerevole). Per *back-in-rights* s'intendono i diritti di "subentro" esercitabili dal Governo su ogni iniziativa, affare o impresa già avviata da terzi concessionari.

Tale articolo del *Resolution Agreement* dispone, infatti, che il Governo della Nigeria, tramite le proprie istituzioni e/o agenzie (evidentemente il riferimento implicito è alla società petrolifera di Stato), potrà decidere di partecipare in qualsiasi momento alla produzione del giacimento sino a una quota massima del 50%.

Tale clausola consentiva, quindi, al Governo della Nigeria non solo di ottenere direttamente i benefici economici derivanti dallo sfruttamento del giacimento OPL 245 senza correre rischi di investimento di capitale, ma anche, e soprattutto, di far

partecipare, da un punto di vista industriale, le aziende locali (la società petrolifera di Stato, ma non solo), consentendo a queste ultime una crescita in termini di *know how*, che avrebbe potuto realizzarsi in una situazione di relativa tranquillità sotto il profilo del rischio industriale.

Da un lato, infatti, l'art. 11 prevede che il Governo possa esercitare il diritto di partecipare alla produzione del giacimento in ogni momento.

E', dunque, ragionevole pensare, proprio al fine di ridurre qualsiasi rischio, che tale diritto venga esercitato quando si avrà certezza dell'entità delle capacità produttive del giacimento.

Sino a quel momento, il 100% del rischio sarebbe rimasto a carico di Eni e Shell (senza ritorni), mentre NNPC (ossia la società petrolifera dello Stato Nigeriano) sarebbe intervenuta a condividere lo sfruttamento di un campo, quando lo stesso fosse diventato "certo" e "produttivo", grazie agli investimenti miliardari di altri.

Dall'altro lato, l'esercizio di tale diritto viene esercitato ponendo l'attività che svolgeranno le istituzioni o le agenzie del Governo sotto l'egida del Governo stesso e di operatori qualificati quali, appunto, Eni e Shell.

Come provato in atti, la determinazione dei *back-in-right* nella misura stabilita all'articolo 11 fu, pertanto, una relevantissima modifica contrattuale (concessione per quanto attiene Eni e Shell) a favore del governo (e grazie all'opera dello stesso) rispetto al contenuto delle varie offerte a Malabu.

Per completare la descrizione della rilevanza della concessione dei *back-in rights* (in assoluto e nella relativa misura effettivamente concordata del 50%), occorre ricordare come OPL 245 era in origine esente da tale diritto di "subentro" governativo secondo i termini della licenza assegnata e che non constano precedenti di esercizio di *back-in-rights* superiori al 50% (anzi, storicamente e statisticamente, laddove esercitati, lo sono sempre stati per delle percentuali ben inferiori). Quindi un "bicchiere pieno" per la Nigeria, non "mezzo vuoto".

Come già richiamato nella parte storica (nonostante i contenuti della narrativa della Parte Civile), è un dato incontrovertibile che il Governo li esercitò in pendenza del presente giudizio.

Conclusivamente, si può dunque affermare che l'esame della normativa nigeriana conduce a conclusioni diametralmente opposte a quelle proposte dalla pubblica accusa.

Non solo: dagli atti processuali non emerge alcun profilo giuridico in grado di provare l'illiceità del *Resolution Agreement*, ma, al contrario, **l'analisi della normativa nigeriana richiamata da tale documento conferma la sua piena conformità a quanto stabilito dalla legge della Nigeria e la piena conformità ad una "correttezza" sostanziale del contemperamento contrattuale dei contraenti, teso a tutelare le lecite e legittime aspettative delle parti.**

In diritto italiano, è evidente che non vi fu alcun "comune motivo illecito" che potrebbe portare ad una nullità del *Resolution Agreement*.

E d'altro canto, in assenza di un tale profilo, non si comprende come la parte civile possa avanzare richieste risarcitorie.

Nel 2017 la EFFC (che non è il governo) chiese un "sequestro" respinto dai Tribunali Nigeriani, nel 2020 (innanzi alle Corti di Londra, non si capisce come competenti) la Nigeria ha visto respinta ogni propria istanza, indirizzando a questa Corte la competenza sulle domande Nigeriane e le domande di parte civile non includono la dichiarazione di nullità del *Resolution Agreement* (sempre ammesso che Vi possa essere giurisdizione in materia).

Insomma una babele di richieste che fa strame di ogni principio base del diritto (come quella del lucro cessante o di un danno emergente al paese, quando il petrolio non è mai stato estratto ed il paese si è arricchito delle infrastrutture esplorative pagate da Eni e Shell e liberato dalle cause pendenti). Si discuta e

dibatta pure della pretesa corruzione (che non c'è), ma la richiesta della parte civile è totalmente infondata.

Il tutto nel tentativo di far trascorrere il tempo in vista della scadenza naturale della licenza esplorativa dell'11 maggio 2021 e procedere poi ad adottare ulteriori misure volte a sottrarre la licenza alle filiali nigeriane di Eni e Shell.

Alla luce di queste considerazioni viene meno uno degli elementi oggettivi sui quali l'ufficio del Pubblico Ministero ha ritenuto che sia configurabile l'accusa, profilo oggettivo che si affianca a quanto dimostrato dalle difese delle persone fisiche a proposito di un'attività negoziale lunga e complessa, ma totalmente lecita e aderente alla evoluzione delle circostanze, senza prova che vi sia stata dazione di denaro ai pubblici ufficiali direttamente coinvolti nell'operazione *de qua* o che vi sia stato un accordo illecito.

Viene tuttavia meno, altresì, ed è quanto interessa specificamente in questa sede, **la presenza di segnali “anche flebili” di allarme** – le asserite, ma inesistenti, violazioni della legislazione nigeriana – **alla cui stregua avrebbe potuto essere costruito un profilo di colpa della società sotto la veste di una insufficienza di attenzione doverosa, data la specifica situazione, al rischio reato di corruzione contestato in relazione alle inesistenti violazioni del quadro normativo nigeriano.**

III

L'assenza di violazioni di regole cautelari di carattere generale con riferimento alle verifiche sui soggetti e sui flussi di denaro.

Stabilito, con una conclusione ragionevole e giuridicamente corretta che, nel caso di specie, difettano le violazioni di legge e, conseguentemente, l'atto antiggiuridico alla cui stregua costruire in qualche modo un primo profilo di violazione di cautele doverose, e quindi di colpa, di Eni, vi è da chiedersi quali sarebbero – secondo la prospettiva accusatoria – le ulteriori regole cautelari, alla cui inosservanza potrebbe essere affidato il riconoscimento di una colpa dell'ente.

Esse non potrebbero che riguardare uno dei due seguenti possibili profili: *i) omessa o inadeguata (doverosa) verifica sui soggetti* che hanno concluso il *Resolution Agreement*; *ii) omessa o inadeguata (doverosa) verifica sui flussi di denaro* derivanti dal *Resolution Agreement*.

Iniziamo dal primo profilo. Per inquadrarlo correttamente occorre necessariamente soffermarsi sia pure brevemente su alcuni profili di fatto della vicenda.

Come emerge dalla documentazione in atti, Eni ha stipulato il *Resolution Agreement* con il Governo della Nigeria, il quale aveva dovuto precedentemente (seppure nello stesso contesto) ottenere la rinuncia da parte del concessionario Malabu a ogni diritto e pretesa sulla concessione esplorativa 245.

Il Governo della Nigeria era, al momento della stipula del *Resolution Agreement* con Eni, non solo il proprietario della risorsa ai sensi della Costituzione della Nigeria, ma anche il titolare certo dei diritti di concessione esplorativa sul Blocco 245 per effetto del proprio separato accordo con Malabu.

In altri termini, Eni ha avuto come controparte (in ultima istanza) non una singola persona fisica, non una società, non un soggetto privato, ma il Governo Nigeriano, in rappresentanza della Repubblica Federale della Nigeria.

Per di più, Eni non solo ha trattato gli strumenti dotati di rilevanza giuridica contrattuale e normativa con quel soggetto pubblico detentore del bene e dei diritti sul bene secondo legge e costituzione, ma ha sottoscritto ed eseguito un atto direttamente strumentale alla realizzazione e al perseguimento degli interessi pubblici dello Stato della Nigeria.

Occorre ricordare, infatti, che tali finalità si sono concretizzate nel mettere lo Stato della Nigeria nelle condizioni di poter godere degli enormi benefici economici per il Paese derivanti dall'avvio dello sfruttamento del giacimento libero dai contenziosi precedentemente in essere, ossia di quelli intentati da Shell e da Malabu.

Ed è questa indagine ed il comportamento del Governo Nigeriano successivo al giugno 2018 che ne ha bloccato lo sviluppo, creando non solo il danno che Eni lamenta (e che recupererà nelle dovute sedi ICSID internazionali, già attivate, a carico della Nigeria), ma infliggendo al popolo nigeriano (in termini di tasse, posti di lavoro, ricchezza, competenze professionali scuole e infrastrutture, oltre al 50% dei benefici conseguenti ai back-in-rights) un danno enorme.

Non solo.

Se si presta attenzione alla fase antecedente (2010-2011), cioè a quella della trattativa instaurata da Eni con la società privata Malabu, **la stessa risultava titolare della concessione esplorativa sul Blocco, in forza dell'accordo transattivo stipulato col Governo nel novembre 2006 (ed ulteriormente confermato nel luglio 2010) ed era pertanto legittimata a disporre.**

Come vedremo, il fascicolo dibattimentale consente, d'altronde, di evidenziare le plurime iniziative e cautele assunte da Eni al fine di verificare tale titolarità, e pertanto dell'identità, dei poteri e dei diritti della società privata, con la quale aveva inizialmente intrapreso la trattativa, poi non andata in porto.

Ebbene, l'analisi degli atti concernenti la procedura seguita nello svolgere la trattativa dimostra che, sotto il profilo della verifica dei soggetti costituenti la controparte contrattuale, nessuna violazione di cautele doverose può essere elevata nei confronti della società.

Sicuramente nessun profilo di colpa di Eni può essere rinvenuto con riferimento alla fase nella quale essa ha trattato (e concluso) con il Governo della Nigeria (come è accaduto anche all'esito delle raccomandazioni e delle scelte ispirate alla massima prudenza di Eni e delle proprie funzioni interne).

La ragione è evidente. Trattando con il Governo, nessuna attività di *compliance* con riferimento all'interlocutore poteva e doveva, in linea generale, essere compiuta.

Le persone fisiche che compongono il Governo sono soggetti che rappresentano uno Stato Sovrano.

La controparte del *Resolution Agreement* era lo Stato della Nigeria. Ebbene, **non è neppure immaginabile che una società che inizia una trattativa con uno Stato sovrano sia costretta, in funzione cautelare, ad espletare sullo stesso verifiche di tipo soggettivo**, tanto più trattandosi di uno Stato rappresentato da un Governo eletto democraticamente, non presente in alcuna *black-list* antiriciclaggio internazionale e per di più, come nel caso di specie, sicuramente proprietario e titolare esclusivo dei diritti di esplorazione sul Blocco 245.

Una diversa conclusione equivarrebbe ad una ingerenza indebita nell'altrui sfera di sovranità, inesigibile e sconsigliabile in capo ad un soggetto imprenditoriale come Eni, che opera a livello planetario (cercando di farlo con qualche *chance* di successo anche in relazione al comportamento dei propri concorrenti).

Oltre ad apparire potenzialmente delicata sul piano "politico", una soluzione, che imponesse quindi di svolgere attività di ricerca rafforzate su interi governi di stati sovrani, troverebbe inoltre una smentita nel fatto che addirittura lo Stato italiano s'ispira ad un principio di non ingerenza negli affari interni degli altri Stati.

È questa, infatti, la *ratio* che si ritiene sottesa alla scelta, operata dall'art. 322-bis c.p., di non punire il pubblico ufficiale corrotto (BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Cedam, 2016 p. 364; *rationes* analoghe in CENTONZE - DELL'OSSO, *La corruzione internazionale. Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 215 ss., e bibliografia ivi citata). E nello stesso senso depone la particolare cautela che permea l'art. 25 comma 4 d.lgs. 231/2001 laddove, sempre in relazione all'art. 322-bis, limita la risposta punitiva alle sole sanzioni pecuniarie (senza cioè prevedere altresì sanzioni interdittive).

Stabilito che nessun profilo di colpa di Eni può essere desunta dalla circostanza di non avere espletato specifiche verifiche sui soggetti pubblici che rappresentavano lo Stato della Nigeria nella fase finale delle trattative, nessuna colpa di Eni sarebbe in

realtà configurabile neppure con riferimento alla fase nella quale le trattative erano intercorse con la società privata Malabu.

Ma alcuna colpa si potrebbe muovere ad Eni neppure se avesse concluso la trattativa con Malabu e ciò in quanto quest'ultima società era comunque legittima titolare della concessione (come emerge dall'analisi documentale dei diritti che Malabu vantava su OPL 245 nella prima fase delle trattative).

Peraltro, Eni aveva riavviato le trattative con Malabu sulla scorta dell'evidenza che la stessa fosse titolare dei diritti di cui disponeva (e comunque sotto la condizione di tale conferma da parte dello stato nigeriano, come si legge chiaramente dal contenuto dispositivo di tutte le offerte formulate da Eni a Malabu nel corso del 2010).

La scansione dei fatti emergenti dalla documentazione in atti è al riguardo illuminante. Siano sufficienti pochi cenni. Nei primi mesi del 2010 NAE iniziò a raccogliere informazioni sia storiche che tecniche sul Blocco OLP 245.

In data 8 gennaio 2010 (in applicazione delle procedure anticorruzione vigenti in Eni per le operazioni di joint venture) inviò ad Obi un questionario da compilare, contenente quesiti sull'assetto proprietario, sull'attività di Malabu e sui suoi rapporti con il FGN.

Nel corso delle trattative fu altresì previsto l'accesso di Eni ad una *Virtual Data Room* predisposta da EVP, contenente documentazione e informazione relative a Malabu ed al Blocco.

Nel febbraio 2010 si svolsero anche negoziazioni tra Eni ed EVP aventi ad oggetto, fra l'altro, la stipula di un accordo di riservatezza finalizzato a permettere lo scambio reciproco di informazioni e la richiesta di NAE ed EVP di vedere il mandato conferitogli da Malabu.

Nel marzo 2010 Eni richiese alla società cui si era già rivolta nel 2007, *The Risk Advisory Group* (TRAG), di fare un aggiornamento della *due diligence* su Malabu e incaricò anche un legale nigeriano (Paul Erokoro) di raccogliere documentazione

presso la Commissione Affari Societari (la TRAG inviava ad Eni la relazione conclusiva il 1 aprile 2010).

In data 7 aprile 2010 NAE inviò a *Raiffesen Investment* lettera di accettazione della *Process Letter* (precedentemente inviata da Reiffesen a NAE), subordinando il tutto - seguendo le indicazioni ricevute dalle diverse competenti funzioni Eni interessate alla vicenda - al ricevimento del mandato di Malabu ed EVP, alla dimostrazione della piena titolarità del Blocco da parte di Malabu e all'accesso di NAE alla *Data room*.

Il testo della proposta preliminare non vincolante per l'acquisto del Blocco fatta da NAE a *Raiffesen Investment* il 27 aprile 2010 era subordinato a varie, e significative, clausole (conclusione di una soddisfacente *due diligence*; risoluzione delle controversie pendenti; autorizzazione delle transazioni da parte delle autorità nigeriane, ecc.).

Il Consiglio di Amministrazione di Eni veniva periodicamente informato sullo stato dell'operazione.

Identiche cautele furono, d'altronde, espletate nelle fasi successive della trattativa con Malabu: proposta vincolante del 16 giugno 2010 e fase della trattativa con il coinvolgimento di Shell (ad esempio, anche le ulteriori offerte erano subordinate a diverse condizioni, fra le quali che Malabu fornisse a NAE informazioni aggiornate e documenti societari ufficiali, nonché prove soddisfacenti circa l'identità dei suoi azionisti e direttori, che le autorità statali nigeriane fornissero le indispensabili autorizzazioni all'accordo, ecc.).

Nulla, pertanto, si sarebbe potuto addebitare ad Eni sul piano dell'osservanza delle regole precauzionali di attenzione in ordine al soggetto privato Malabu. Assolutamente nulla. Anche sotto questo profilo difetta pertanto ogni possibile configurabilità di un comportamento colposo della società.

A questo punto affrontiamo il secondo profilo menzionato, ovvero se, nel caso concreto, potessero esservi in capo ad Eni obblighi di verifica sui flussi di denaro derivanti dal *Resolution Agreement*. Anche per rispondere a questo secondo quesito è necessario soffermarsi su alcuni fatti della vicenda.

Eni non può essere attinta da alcun rimprovero potenzialmente costitutivo di una sua responsabilità per colpa, per non aver vigilato, cosa peraltro impossibile, sulla destinazione del denaro che non rientrava nella sua sfera di controllo.

La prima circostanza di fatto, fondamentale, che deve essere richiamata è **che il trasferimento di denaro che rientrava nella sfera di controllo di Eni** (ovverossia quello derivante dalla stipulazione del *Resolution Agreement* con il Governo) **è stato sottoposto ad una disciplina contrattuale, voluta specificamente da Eni, che ha di fatto azzerato qualsiasi rischio di comportamenti illeciti.**

Le somme oggetto del *Resolution Agreement* con il Governo della Nigeria vennero, infatti, trasferite presso un conto **intestato al Governo** attraverso un *escrow agent* nel momento in cui Eni ebbe certezza dell'emissione a proprio favore dei diritti pattiziamente acquisiti nel *Resolution Agreement* stesso.

Inoltre, il trasferimento delle somme di denaro venne affidato a JP Morgan con sede a Londra e New York e pertanto sottoposto, proprio in relazione al trasferimento in questione, alle stringenti norme anti corruzione USA e Inglesi, oltre che agli obblighi del diritto bancario internazionale.

Ebbene, gli obblighi di verifica e di cautela a cui era tenuta Eni, con riferimento ai flussi di denaro che rientravano nella sua sfera di controllo, furono compiutamente assolti attraverso la scelta di questo peculiare, e garantitissimo, meccanismo di pagamento.

Tutto ciò che sul terreno dei flussi di denaro è avvenuto dopo il versamento sul conto del governo nigeriano a seguito del *Resolution Agreement* era del tutto

al di fuori dei poteri di controllo da parte della società, che non aveva pertanto nessun dovere, oltre che nessun potere di intervento. E se non c'era né dovere, né potere di intervento, nessun profilo di colpa può essere configurato a suo carico.

E nessun altro obbligo di verifica sui flussi di denaro in capo ad Eni sarebbe ipotizzabile dopo il trasferimento avvenuto a seguito del *Resolution Agreement*.

Se, infatti, si ritiene, come deve essere, che la responsabilità dell'ente è una responsabilità penale regolata dal principio di colpevolezza, secondo quanto stabilito dall'art. 27 della Costituzione, allora è evidente che Eni non potrà rispondere né dei trasferimenti di denaro effettuati dal Governo nigeriano a Malabu (peraltro assolutamente leciti in quanto rispettosi di precisi impegni contrattuali assunti fra Stato e Malabu al momento della revoca della concessione a quest'ultima), **né a fortiori dei trasferimenti di denaro effettuati da Malabu in un momento giuridico e temporale completamente al di fuori dalla sfera di controllo di Eni (tre livelli a valle del pagamento al governo e mesi e mesi – se non anni – dopo maggio 2011).**

Imputare ad Eni tali flussi ulteriori significherebbe trascendere non soltanto dai canoni della responsabilità colpevole, ma addirittura da quelli della responsabilità per fatto proprio, finendo per fare carico alla società – al di fuori dalla verifica della esistenza dello stesso rapporto causale - condotte ed eventi addebitabili esclusivamente a terzi.

A tacere dalla circostanza che addebitare in termini di colpevolezza ad Eni il mancato controllo di flussi di denaro provenienti da Malabu, e a valle della recezione dello stesso da parte di Malabu, finirebbe per imporre assurdamente ad Eni un (impossibile) dovere di controllo di flussi contabili di cui, fra l'altro, non si ha prova che siano stati utilizzati illecitamente.

Pertanto, si attribuirebbe ad Eni l'obbligo non tanto di prevenire un reato, ma di prevenire il semplice rischio astratto che possa essere commesso un illecito. Saremmo davvero all'assurdo.

Al riguardo è sufficiente leggere le dichiarazioni dibattimentali del Col. Ferri nonché i tabulati dei flussi finanziari redatti dalla polizia giudiziaria.

Da tale documentazione non emerge alcun pagamento né ad Eni, né al Dott. Descalzi, né ad altri amministratori, dirigenti di Eni (salvo un pagamento a Vincenzo Armana ben due anni dopo la conclusione della transazione).

Sempre sulla base della medesima documentazione e dei medesimi tabulati, non emerge peraltro alcun pagamento a funzionari pubblici nigeriani (assai numerosi e con funzioni ed incarichi vari e specificamente attinenti a tutti gli aspetti dell'operazione) connessi alle trattative e neppure alcun pagamento ai funzionari pubblici con i quali Eni interagì direttamente durante il negoziato (ossia con W. F. Dublin-Green, Director of Petroleum Resources, Dr. Aboki Zhawa, Permanent Secretary Ministry of Petroleum Resources, M. A. Ofurhie, Director of Petroleum Resources, nonché il Sig. del Obaje e il Sig. Chikwendu addetti agli affari giuridici del DPR, Mohammed Bello Adoke (SAN), Attorney General and Minister of Justice, Diezani Alison-Madueke, Ministro, Akinbowale Phillips, Registered Surveyor, e U. F. Abdullahi, Registrar General, il Prof. Bern Angwe, segretario della commissione parlamentare sui diritti umani e materie giudiziarie, il Prof. Y. Omorogbe, Mrs. T. Adesanya, Mrs. D Usman, Victor Omoluabi funzionari della NNPC, nonché ai cinque funzionari del Ministero delle Finanze nigeriane, che a vario titolo daranno corso alle istruzioni di pagamento ai sensi dell'*Escrow Agreement* con JPMorgan).

Con riguardo, poi, ai prelievi in contanti, sui quali in discussione il Pubblico Ministero ha rivolto la propria attenzione, occorre ricordare che Alyu Abubakar, ossia il soggetto che ha effettuato quei prelievi, ha dichiarato che essi servirono ad acquistare “(1) circa tre proprietà a Maitama e (2) due proprietà nella zona centrale di Abuja, (3) Tre proprietà a Lagos a IKOYI, LEKKI e Victoria Garden City VGC (4) un Centro Commerciale a Dubai, UAE e un immobile residenziale sempre a Dubai UAE”.

In conclusione, per le ragioni esposte, non è possibile muovere ragionevolmente alcuna colpa ad Eni per avere trattato con Malabu, ossia il precedente titolare della concessione e, a maggior ragione, per avere concluso la trattativa con un Governo Sovrano. **non è neppure possibile muovere ad Eni alcuna colpa in merito alla destinazione ultima delle somme di denaro oggetto del *Resolution Agreement*.**

IV

Sulla inapplicabilità ad Eni di specifiche norme cautelari ‘rafforzate’ previste dalla legislazione internazionale ed italiana.

Sulla base della rilevanza delle normali regole cautelari di diligenza e prudenza, desumibili dai principi generali enunciati in materia di responsabilità colpevole, non pare dubbio che nessun rimprovero di scarsa attenzione rispetto alle precauzioni che devono essere assunte per evitare che abbiano a verificarsi episodi di corruzione nel caso di specie può essere elevato.

Per un massimo scrupolo difensivo, vogliamo tuttavia ulteriormente chiederci se dalla normativa internazionale ed europea, o dalle stesse pieghe della normativa italiana, siano desumibili, con riferimento al caso di specie, principi di particolare cautela, la cui inosservanza sarebbe stata in grado di fondare in ogni caso una responsabilità colposa dell’ente.

Sotto questo ulteriore profilo occorre riproporre le seguenti due questioni: i) se l’ipotizzato obbligo di verifica da parte di Eni sui trasferimenti di denaro effettuati da Malabu a valle della operazione - nonostante il nesso di causalità fra condotta di Eni e tali pagamenti si sia eliso al momento del trasferimento dei denari al Governo della Nigeria – fosse imposto da una qualche normativa *ad hoc*; ii) se, alla luce delle medesima normativa, sia ipotizzabile un qualche profilo di più specifico controllo da parte di Eni sul Governo nigeriano, con il quale concluse l’operazione, o qualche controllo più penetrante rispetto a quelli già compiuti nei confronti di Malabu, con la quale furono condotte originariamente le trattative.

Per comprendere se esista o meno in capo ad Eni un obbligo giuridicamente rilevante – desumibile da specifiche disposizioni di legge - di verifica sui trasferimenti di denaro effettuati dal Governo della Nigeria o, addirittura, sui trasferimenti effettuati dai soggetti privati a cui il Governo trasferì parte delle somme percepite da Eni e Shell, occorre riferirsi al quadro normativo esistente a livello internazionale, comunitario e nazionale al tempo dell'operazione in oggetto.

In particolare, la fonte normativa relativa agli obblighi di verifica rafforzata della clientela in materia di trasferimenti di denaro, deriva dalla normativa antiriciclaggio rispetto alla quale il legislatore ha ben presente il legame criminologico che potrebbe sussistere tra attività di riciclaggio e attività corruttive.

Ebbene, la lettura dell'intero compendio normativo esistente, come vedremo, conduce alla conclusione che Eni non era in alcun modo tenuta agli obblighi ivi previsti e che pertanto non esiste alcuna norma, in termini di colpa specifica, in grado di sorreggere un eventuale giudizio di rimproverabilità nei confronti di Eni.

La normativa in esame, innanzitutto, prevede che le verifiche sui trasferimenti di denaro abbiano come presupposto la verifica dell'identità della cd. clientela. **E quindi già solo per la natura del soggetto (clientela) destinatario degli obblighi della normativa in esame, quest'ultima non sarebbe applicabile al caso dell'OPL 245, nel quale Eni ha trasferito somme di denaro non a un cliente ma a una controparte contrattuale (peraltro pubblica).**

Inoltre, **gli obblighi di verifica circa l'identità della clientela e i relativi trasferimenti di denaro sono specificatamente volti alla prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, nel cui spettro cautelare non rientra la corruzione, e riguardano i soli intermediari finanziari o chi svolga in maniera collaterale attività di intermediazione finanziaria, nonché esclusivamente le operazioni finanziarie che implicino transiti in ingresso di denaro (e per ciò si parla di "clienti").**

Eni non è certamente un operatore finanziario e, nell'ambito dell'operazione relativa all'OPL 245, non si sono verificati per Eni transiti in ingresso di denaro (con la sola eccezione delle somme pervenute da Shell sul conto vincolato destinato al pagamento del prezzo convenuto a favore del Governo della Nigeria ai sensi del *Resolution Agreement*).

Sempre dalla lettura della normativa in esame, risulta necessario distinguere l'ipotesi in cui il rapporto intercorra con un'istituzione pubblica (inevitabilmente rappresentata da una persona fisica) da quello in cui la persona la quale abbia legami politici agisca per proprio conto come soggetto privato: riservando soltanto a tale persona la denominazione "tecnica" di persona politicamente esposta (PEP).

La distinzione è necessaria in quanto gli obblighi specifici di verifica previsti in quest'ultimo caso non sono ovviamente estensibili al caso in cui si tratti con la persona fisica che rivesta il ruolo in rappresentanza di un ente pubblico, che è la vera e sostanziale parte della trattativa (come nel caso dell'operazione sull'OPL 245 in cui la controparte era uno Stato Sovrano).

Illustrato, il quadro d'insieme della normativa di riferimento, vediamo di esaminare i dettagli legislativi, partendo dalle fonti internazionali.

1. La Convenzione ONU contro la corruzione.

Nell'analisi della disciplina di riferimento, il primo atto che viene in considerazione è la **Convenzione ONU contro la corruzione**, conclusa a New York il 31 ottobre 2003, entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005 e ratificata dall'Italia nel 2009.

Tale importante documento normativo prevede obblighi attivi di verifica con riguardo alla c.d. "clientela".

Dal che, come detto, si può desumere come tale normativa non sia applicabile al nostro caso, nel quale Eni e Shell hanno avuto a che fare non certo con un cliente, ma con una controparte contrattuale, peraltro di diritto pubblico.

In ogni caso, anche a prescindere da tale considerazione, analizzando i contenuti della Convenzione ci si avvede che Eni non può essere destinataria degli obblighi ivi prescritti.

La Convenzione ONU contro la corruzione individua obblighi di identificazione, come detto, della clientela nel contesto normativo del contrasto alla corruzione, nonché obblighi di verifica sui trasferimenti di denaro.

In particolare, l'articolo 52 avente ad oggetto la prevenzione e individuazione di trasferimenti di proventi di reato al primo comma stabilisce che: “[...] **ciascuno Stato Parte adotterà le misure necessarie, in conformità con il proprio diritto interno, per richiedere alle istituzioni finanziarie** soggette alla propria giurisdizione di verificare l'identità dei clienti, adottare provvedimenti ragionevoli per determinare l'identità degli aventi diritto ai fondi depositati su conti di cospicuo valore e condurre un attento esame dei conti richiesti o mantenuti da o per conto di persone che esercitino o abbiano esercitato funzioni pubbliche prominenti e loro familiari e collaboratori stretti. Tale attento esame dovrà essere ragionevolmente strutturato per individuare le transazioni sospette, al fine di informarne le autorità competenti e non deve essere concepito come deterrente o impedimento per le istituzioni finanziarie dall'intrattenere rapporti d'affari con clienti legittimi”.

La Convenzione ONU contro la corruzione obbliga dunque gli Stati a porre doveri di verifica della clientela e dei relativi trasferimenti di denaro esclusivamente e specificamente in capo a «istituzioni finanziarie» (si vedano in particolare anche i commi successivi ⁽¹⁾).

⁽¹⁾ Si riporta il testo dei commi da 2 in poi. « 2. Al fine di agevolare l'applicazione delle misure previste nel paragrafo 1 del presente articolo, ciascuno Stato Parte, in conformità con il proprio diritto interno ed ispirandosi

Dal dato positivo, e particolarmente dall’obbligo di “informare le autorità competenti”, si evince inoltre che gli obblighi medesimi mirano a prevenire direttamente il riciclaggio e solo mediamente la corruzione: nella misura in cui, rendendo difficile la ripulitura del denaro sporco, ostacolano anche quella del denaro proveniente da corruzione, per un verso, e la formazione di riserve occulte destinate a corrompere pubblici ufficiali, per altro verso.

alle pertinenti iniziative di organizzazioni regionali, interregionali e multilaterali per la lotta contro il riciclaggio di denaro, dovrà:

a) impartire direttive riguardo ai tipi di persone fisiche o giuridiche sui conti delle quali le istituzioni finanziarie soggette alla propria giurisdizione dovranno condurre attento esame, ai tipi di conti e transazioni cui dovranno prestare particolare attenzione, nonché relativamente alle modalità appropriate di apertura di conti, tenuta degli stessi e registrazione delle operazioni, da applicare a tali conti; e

b) se del caso, notificare alle istituzioni finanziarie soggette alla propria giurisdizione, su richiesta di un altro Stato Parte o su propria iniziativa, l’identità delle persone fisiche o giuridiche sui conti delle quali dovrà condurre attento esame, oltre a quelle che le istituzioni finanziarie possono identificare con altre modalità.

3. Nel contesto del paragrafo 2 (a) del presente articolo, ciascuno Stato Parte attuerà misure per garantire che le proprie istituzioni finanziarie mantengano le adeguate registrazioni, per un congruo periodo di tempo, dei conti e delle transazioni relative alle persone menzionate nel paragrafo 1 del presente articolo, che dovrebbero contenere, come minimo, informazioni concernenti l’identità del cliente, oltre che, nei limiti del possibile, dell’avente diritto.

4. Al fine di impedire e di individuare trasferimenti di proventi del crimine previsti dalla presente Convenzione, ciascuno Stato Parte applicherà misure appropriate ed efficaci per impedire, con l’ausilio dei propri organismi di regolamentazione e supervisione, l’istituzione di banche che non abbiano una presenza fisica o che non siano affiliati ad alcun gruppo finanziario regolamentato. Inoltre, gli Stati Parte potranno considerare la possibilità di esigere dalle proprie istituzioni finanziarie di rifiutare di avviare o continuare ad intrattenere rapporti con tali istituzioni, in qualità di banche corrispondenti e di astenersi dallo stabilire rapporti con istituzioni finanziarie straniere che consentano l’utilizzo dei propri conti da parte di banche che non hanno una presenza fisica e che non siano affiliate ad alcun gruppo finanziario regolamentato.

5. Ciascuno Stato Parte considererà la possibilità di predisporre, in conformità con il proprio diritto interno, efficaci sistemi di divulgazione delle informazioni finanziarie per i pubblici ufficiali appropriati e stabilire adeguate sanzioni in caso di mancato adempimento. Ciascuno Stato Parte prenderà altresì in considerazione la possibilità di adottare le misure necessarie per consentire alle proprie autorità competenti di condividere tali informazioni con le autorità competenti di altri Stati Parte, qualora si renda necessario effettuare indagini sui proventi del crimine previsti nella presente Convenzione, ovvero di richiedere o recuperare gli stessi.

6. Ciascuno Stato Parte prenderà in considerazione la possibilità di adottare le necessarie misure, in conformità con il proprio diritto interno, per richiedere agli appropriati pubblici ufficiali, aventi un diritto o una delega di firma ovvero un qualsiasi altro potere su un conto finanziario in un Paese straniero, di segnalare tale rapporto alle autorità competenti e di mantenere le opportune registrazioni relative a tali conti. Tali misure dovranno altresì includere le opportune sanzioni in caso di mancato adempimento».

Nessun specifico obbligo giuridico di cautela scaturisce pertanto a carico di Eni da questa prima fonte normativa. La medesima conclusione si desume d'altronde dalla analisi dell'ulteriore normativa internazionale.

2. Le Raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale.

A livello internazionale un'ulteriore importante fonte normativa (ancorché non giuridicamente vincolante) è costituita dalle **Raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale**.

Il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (*Financial Action Task Force*) è un organismo intergovernativo, istituito dal G7 nel luglio 1989 allo scopo di promuovere strategie volte al contrasto del riciclaggio di capitali a livello nazionale e internazionale, mediante l'adozione di appropriate misure da parte di tutti i paesi che ne sono membri.

Le 40 Raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale emanate nel 1989 (e successivamente rivisitate) costituiscono il quadro generale su cui si basano le normative nazionali di lotta al riciclaggio.

Con i suoi 35 membri, tra cui la Commissione Europea, il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale si occupa di monitorare il livello di armonizzazione agli standard globali dei vari paesi e collabora con altri importanti organismi internazionali quali la Banca Mondiale, il Fondo monetario internazionale, la Banca Centrale Europea, l'Organizzazione delle Nazioni Unite e il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria.

Ebbene, **le Raccomandazioni vigenti al momento (2011) della conclusione del *Resolution Agreement* da parte di Eni già includevano misure di “Adeguata identificazione e verifica del cliente”** (seppure con una numerazione diversa dall'attuale) e, dopo aver affermato che “*deve essere fatto divieto alle istituzioni finanziarie di tenere conti anonimi o conti intestati a nominativi manifestamente fittizi*”, disponevano che: “*le istituzioni finanziarie devono essere obbligate ad adottare misure di adeguata verifica del cliente allorché: (i) instaurano un rapporto*

d'affari; (ii) eseguono operazioni occasionali: (i) superiori alla soglia designata applicabile (USD/EUR 15.000), o (ii) sotto forma di bonifico nelle circostanze descritte nella Nota Interpretativa alla Raccomandazione 16,(iii) vi è sospetto di riciclaggio di denaro o di finanziamento del terrorismo, o (iv) l'istituzione finanziaria ha dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti ai fini dell'identificazione del cliente”.

Esse specificano anche che: *“gli adempimenti di adeguata verifica del cliente consistono nelle seguenti attività: (a) identificare il cliente e verificarne l'identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da fonte affidabile e indipendente; (b) identificare il titolare effettivo e adottare misure ragionevoli per verificarne l'identità, affinché l'istituzione finanziaria possa essere certa di sapere chi è il titolare effettivo. Per le persone giuridiche e i negozi giuridici di natura fiduciaria, ciò deve implicare che le istituzioni finanziarie conoscano la proprietà e la struttura di controllo del cliente; (c) comprendere e, se del caso, ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura del rapporto d'affari; (d) svolgere un controllo costante del rapporto d'affari ed un'analisi accurata delle transazioni eseguite nel corso dell'intera durata di tale rapporto, al fine di garantire che le transazioni in fase d'esecuzione siano compatibili con le informazioni in possesso dell'istituzione finanziaria circa il proprio cliente, le sue attività e il profilo di rischio, ivi inclusa, ove necessario, l'origine dei fondi”.*

Tra le altre cose, la normativa in esame stabiliva e tuttora stabilisce che: *“ove non sia in grado di adempiere agli obblighi di cui alle summenzionate lettere (a)-(d) (la cui estensione è suscettibile di opportune modifiche in maniera proporzionale al rischio specifico associato), l'istituzione finanziaria deve essere obbligata a: non accendere il conto; non instaurare il rapporto d'affari o non eseguire l'operazione; oppure deve essere obbligata a: porre termine al rapporto d'affari; e valutare la necessità di effettuare una segnalazione di operazione sospetta in relazione al cliente”.*

Al pari della Convenzione Onu contro la corruzione, anche le Raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria si indirizzano soltanto alle «istituzioni finanziarie» e non a qualunque imprenditore.

Inoltre, tali raccomandazioni mirano a prevenire la ripulitura – da parte di tali istituzioni finanziarie – di denaro proveniente da corruzione (o altro reato), ovvero a evitare che denaro di provenienza criminosa – come tale non tracciato – sia usato per costituire le riserve occulte da destinare alla corruzione di pubblici funzionari o per finanziare il terrorismo.

Le Raccomandazioni tendono dunque a disciplinare situazioni del tutto diverse dall’omessa verifica – nell’esercizio della normale attività imprenditoriale – dei profili soggettivo/reputazionali del contraente pubblico (attraverso una pretesa negligenza che avrebbe agevolato – secondo la ricostruzione degli inquirenti, nel caso oggetto di attenzione – la sua contestata corruzione).

Esse mostrano d’altronde un legame soltanto molto indiretto con la corruzione. Quest’ultima, pur rientrando genericamente con il riciclaggio nel fenomeno complessivo da un punto di vista criminologico, resta sullo sfondo delle motivazioni empiriche delle Raccomandazioni stesse e viene oltretutto ostacolata in modo soltanto mediato, cioè con il rendere più difficile la costituzione delle provviste necessarie al mercato della funzione pubblica.

Non essendo, dunque, possibile ascrivere agli obblighi di verifica previsti nelle Raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale una finalità immediatamente anticorruptiva, **viene meno nella specie il presupposto necessario ad affermare la responsabilità dell’ente nel caso di eventuale violazione di tali obblighi.**

Le raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale riguardano però anche le persone esposte politicamente: esse obbligano le istituzioni finanziarie, in aggiunta alle misure di normale *due diligence*, a: “(a) *disporre di adeguati sistemi di gestione del rischio che consentano di stabilire se il cliente o il titolare effettivo sia una persona politicamente esposta;* (b) *ottenere l’approvazione dell’alta dirigenza per instaurare (o proseguire, nel caso di clienti già esistenti) tali rapporti;* (c) *adottare misure ragionevoli per stabilire l’origine del*

patrimonio e l'origine dei fondi, e (d) assicurare un attento monitoraggio nel continuo del rapporto d'affari".

Nella versione del 2012, emanata dopo la conclusione del contratto tra Eni e la Nigeria, la Raccomandazione in oggetto (dall'identico contenuto) è numerata 12; si trova inserita nel capo intitolato alle "Misure supplementari per attività e clienti particolari" ; si indirizza formalmente agli Stati che devono obbligare le istituzioni finanziarie agli adempimenti riportati nel testo; precisa che le persone politicamente esposte possono essere sia clienti sia titolari effettivi; equipara alle persone politicamente esposte straniere quelle c.d. domestiche prevede infine che *"Le istituzioni finanziarie devono essere obbligate ad **adottare misure ragionevoli per stabilire se il cliente o il titolare effettivo sia una persona politicamente esposta a livello nazionale o che occupi (o abbia occupato) importanti cariche nell'ambito di organizzazioni internazionali. Qualora i rapporti d'affari con tali persone presentino profili di rischio più elevati, le istituzioni finanziarie devono essere obbligate ad applicare le misure di cui alle lettere (b), (c) e (d)**"* nonché *"I requisiti previsti per tutti i tipi di persone politicamente esposte devono essere applicati anche ai loro familiari diretti e ai soggetti con i quali esse abbiano legami stretti"*.

Nel 2013 – anche a seguito dei rilievi sollevati in ordine ad una certa oscurità del testo delle Raccomandazioni – sono state emanate alcune Linee Guida (ben 36 pagine) volte a chiarirne i punti più controversi. Esse definiscono in particolare i rapporti tra le Raccomandazione 10 (Obblighi generali di verifica della clientela) e Raccomandazione 12 (Obblighi rafforzati nel caso di persone politicamente esposte), i cui contenuti sono stati prima riportati.

Premessa la precisazione (di rito) iniziale – secondo cui le attività preventive descritte non devono essere interpretate nel senso che tutte le persone politicamente esposte sono necessariamente coinvolte in attività criminali – le Linee Guida propongono tra l'altro **una proceduralizzazione del percorso di verifica o forniscono indicazioni per il corretto uso di fonti esterne di informazione, quali**

internet e i database commerciali, utilizzabili per stabilire se un cliente rientri o meno nella definizione di persone politicamente esposte.

L'allegato alle Linee Guida suggerisce inoltre **una serie di indicatori (cd. *red flags*) che aiutano ad individuare comportamenti non corretti, quando le istituzioni finanziarie instaurano un rapporto economico con una persona politicamente esposta.**

Tra questi si richiamano l'uso di "*strumenti aziendali*" per oscurare la reale composizione delle proprietà delle persone politicamente esposte, le informazioni fornite dalle persone politicamente esposte incoerenti o contraddittorie con altre informazioni pubblicamente disponibili, come dichiarazioni patrimoniali o stipendi resi ufficialmente pubblici, l'essere in relazioni d'affari con Paesi ad alto rischio (ad esempio quelli segnalati da FATF), o, infine, il fatto di operare in industrie o settori ad alto rischio.

Le Linee Guida in considerazione sono state emanate in data successiva alla realizzazione dei fatti oggetto di contestazione.

Ciò nondimeno, aspirando ad avere una portata di mera "interpretazione autentica" delle Raccomandazioni già emanate, esse potrebbero (seppur destinate alle istituzioni finanziarie) essere intese come astrattamente pertinenti anche al caso oggetto del presente processo penale.

Appare opportuno richiamare l'attenzione su un profilo.

Al punto 32, le Linee guida in oggetto si interessano della verifica del destinatario effettivo dei pagamenti da parte delle istituzioni finanziarie e precisano che il PEP (ossia la persona politicamente esposta) potrebbe essere il cliente diretto delle stesse oppure il beneficiario di fatto cui è riconducibile tale cliente diretto, avendo cura altresì di specificare che la persona politicamente esposta corrotta potrebbe aggirare i presidi anticiclaggio ed anticorruzione aprendo acconti, intrattenendo affari o conducendo transazioni mediante intermediari/parti terze, poiché la prassi ha evidenziato che le persone politicamente esposte spesso ricorrono ad avvocati, agenti

immobiliari e di fondi di garanzia, lobbisti, promotori finanziari e soggetti in genere legati al mondo finanziario, per tenere oscura la propria identità e mettere distanza tra loro e le transazioni.

Alla luce di quanto precisato, nonostante che la *ratio* della Raccomandazione in oggetto non sia di immediata evidenza (né le Linee Guida del 2013 dissolvono i dubbi sul punto), è plausibile ritenere che essa miri ad incardinare nell'intermediario finanziario il sospetto che il denaro portato dalla persona politicamente esposta all'istituzione finanziaria derivi – con probabilità maggiore che negli altri casi – da reati preesistenti, in considerazione dell'esposizione di tale persona a un maggior rischio-corruzione rispetto ad altri soggetti.

In parole diverse, se chi svolge attività finanziaria riceve somme significative di denaro provenienti da una persona politicamente esposta, secondo la logica del Gruppo di Azioni Finanziaria Internazionale (e non soltanto), negli intermediari dovrebbe attivarsi una sorta di “allerta”, dovrebbe cioè insinuarsi il dubbio sulla lecita provenienza delle somme, potendo il cliente essere inserito in una rete di rapporti economici complessi, spesso transnazionali, che accrescerebbe la tentazione di delinquere, con conseguente produzione di denaro sporco. E chi aveva quest'onere (nella transazione) lo fece.

Dal che il monito ad usare cautele particolari.

Anche volendo astrattamente traslare su Eni l'esigenza di tali particolari cautele (pur non essendone gravata, non essendo un intermediario finanziario ed avendo operato su base contrattuale con il Governo), si sarebbe verificato il contrario di ciò che è accaduto nel caso di specie, dove Eni ha interrotto la trattativa precedente con un possibile soggetto (Malabu) legato ad una persona politicamente esposta (Dan Etete), per proseguirla direttamente e concluderla con il Governo nigeriano, senza l'utilizzo di intermediari (ed avendo, per di più, escluso di fatto anche gli intermediari di Malabu).

Non solo: Eni si assicurò altresì, attraverso lo schema contrattuale adottato con il Governo, che un soggetto (JP Morgan), gravato proprio dai sopra menzionati obblighi di verifica (se applicabili), ricevesse il pagamento di Eni e desse corso ai pagamenti ordinati dal Governo della Nigeria. E tale soggetto (JP Morgan, appunto) si rivolse poi (con esito positivo) alle proprie autorità anti-riciclaggio allo scopo di adempiere ai propri doveri in qualità di intermediatore finanziario.

Del tutto “fuori *target*” si conferma d'altronde, e comunque, la situazione in cui – allo scopo di evitare danni reputazionali – un'impresa, nell'esercizio della sua normale attività economica, si rivolga direttamente a un soggetto pubblico istituzionale competente alla stipula di quel contratto.

3. Le Direttive Europee vigenti al momento in cui si sarebbero svolti i fatti oggetto di contestazione.

La lettura proposta delle Linee Guida del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale è avallata, poi, dall'analisi delle direttive europee vigenti al momento in cui si svolsero i fatti oggetto di contestazione.

3.1. La DIRETTIVA 2005/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 ottobre 2005 ha ad oggetto “*la prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo*”.

A proposito degli obblighi rafforzati di verifica, l'art. 13, comma 4 prevede che, per quanto riguarda le operazioni o i rapporti d'affari con persone politicamente esposte residenti in un altro Stato membro o in un paese terzo, gli Stati membri impongano agli enti e alle persone fisiche: “(a) di disporre di adeguate procedure basate sul rischio per determinare se il cliente sia una persona politicamente esposta; (b) di ottenere l'autorizzazione dei massimi dirigenti prima di avviare un rapporto d'affari con tali clienti; (c) di adottare ogni misura adeguata per stabilire l'origine del patrimonio e dei fondi impiegati nel rapporto d'affari o nell'operazione; (d) di assicurare un controllo continuo e rafforzato del rapporto d'affari”.

Secondo il Considerando 24 della Seconda Direttiva: *“la normativa comunitaria dovrebbe riconoscere che alcune situazioni comportano un maggiore rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Fermo restando che è indispensabile stabilire l'identità ed il profilo economico di tutti i clienti, esistono casi nei quali sono necessarie procedure d'identificazione e di verifica dell'identità dei clienti particolarmente rigorose”*.

Il successivo considerando 25 aggiunge che: *“Ciò vale in particolare per i rapporti d'affari con persone che ricoprono o che hanno ricoperto cariche pubbliche importanti, specie nei paesi in cui la corruzione è fenomeno diffuso”*. Immediatamente di seguito avverte che *“Tali rapporti possono esporre il settore finanziario a notevoli rischi di reputazione e/o legali. Gli sforzi condotti sul piano internazionale per combattere la corruzione giustificano inoltre che si presti particolare attenzione a tali casi e che si applichino tutti i normali obblighi di adeguata verifica della clientela nei confronti delle persone politicamente esposte a livello nazionale o obblighi rafforzati di adeguata verifica della clientela nei confronti delle persone politicamente esposte residenti in un altro Stato membro o in un paese terzo”*.

Vero è quindi che, nei considerando citati, torna ad essere espressamente prospettato (come nella Convenzione ONU contro la corruzione) il rapporto tra riciclaggio e corruzione, con specifico riferimento alle persone politicamente esposte.

Tuttavia, l'art. 3, comma 5, lett. e), dedica un'espressa citazione alla corruzione, che prescrive agli Stati di considerare presuntivamente tra i reati gravi che fungono da presupposto del riciclaggio.

Conferma così (e ancora una volta) che gli obblighi di identificazione sono direttamente funzionali a questo (il riciclaggio) e non a quella (la corruzione).

Inoltre, è evidente come la direttiva – ciò risulta dalla sintesi “ufficiale” dei competenti uffici in sede UE ⁽²⁾ – mostri una ben precisa proiezione finalistica, in quanto mira a prevenire l’uso dei settori finanziari e non finanziari a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, in linea con gli standard globali del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale.

Che poi la direttiva non concerna le normali transazioni commerciali e in particolare i flussi di denaro in uscita, bensì soltanto quelle finanziarie e i flussi di denaro in entrata si evince, ancora una volta, dal fatto che le misure volte a stabilire la vera identità dei clienti, a segnalare operazioni sospette e a istituire sistemi di prevenzione sono previste – sin dal titolo della direttiva e dettagliatamente nell’articolato normativo (articolo 2) - a carico di: *“enti creditizi; enti finanziari; revisori dei conti, nonché a contabili esterni e consulenti tributari, notai e altri liberi professionisti legali, quando prestano la loro opera o partecipano in nome e per conto del loro cliente ad una qualsiasi operazione finanziaria o immobiliare o assistono i loro clienti nella progettazione o nella realizzazione di operazioni riguardanti l’acquisto e la vendita di beni immobili o imprese o la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni dei clienti; l’apertura o la gestione di conti bancari, libretti di risparmio o conti titoli; l’organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all’amministrazione di società; la costituzione, la gestione o l’amministrazione di trust, società o strutture analoghe; a prestatori di servizi relativi a società o trust; ad agenti immobiliari; alle altre persone fisiche o giuridiche che negoziano beni, soltanto quando il pagamento è effettuato in contanti per un importo pari o superiore a 15 000 EUR, indipendentemente dal fatto che la transazione sia effettuata con un’operazione unica o con diverse operazioni che appaiono collegate; a case da gioco”*.

⁽²⁾ Si veda: http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/money_laundering.html

Sono categorie di soggetti e di attività tassativamente individuate, tra cui ancora una volta non compaiono soggetti che svolgano normali transazioni commerciali.

Si noti d'altronde che, laddove tali soggetti furono coinvolti nelle vicende legate all'OPL 245, risulta dal fascicolo processuale che ciascuno di essi seguì scrupolosamente vincoli, obblighi e raccomandazioni, generando altresì segnalazioni alle competenti autorità (JPMorgan alla SOCA britannica in data 10 giugno 2011) e ricevendone un "via libera".

Deve poi aggiungersi che, a mente dell'art. 11, comma 2, lett. c), gli Stati possono autorizzare gli enti e le persone soggetti alla presente direttiva a non applicare gli obblighi di adeguata verifica della clientela, in relazione "*alle autorità pubbliche nazionali*", evidentemente sulla base del presupposto che una cosa è trattare con una persona politicamente esposta nelle vesti di soggetto privato che opera per proprio conto; altra cosa è trattare con una persona che agisce nell'esercizio delle sue funzioni, come rappresentante dello Stato, competente nella specifica materia.

3.2. Particolarmente calzante appare poi la DIRETTIVA 2006/70/CE DELLA COMMISSIONE del 1 agosto 2006, recante misure di esecuzione della direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Tale direttiva non modifica l'ambito applicativo della disciplina, riferito ancora esclusivamente ai soggetti che svolgono, in maniera istituzionale o meno, un'attività finanziaria (e non quindi a qualunque impresa).

Da essa trapela, inoltre, la finalizzazione degli obblighi di verifica della clientela in un modo, se possibile, ancora più chiaro che nella direttiva del 2005 (di cui quella in oggetto rappresenta una costola).

Si pensi al Considerando 2. Esso ammette che: "*Gli enti e le persone soggetti alla direttiva 2005/60/CE possono non riuscire a identificare un cliente quale appartenente a una delle categorie di persone politicamente esposte, pur avendo preso misure ragionevoli e adeguate a tal fine*".

Aggiunge, immediatamente di seguito, che: *“In tali circostanze, nell’esercizio dei loro poteri in relazione all’applicazione di detta direttiva, gli Stati membri devono tenere debito conto della necessità di assicurare che dette persone non siano ritenute automaticamente responsabili di tale omissione”* (inoltre, *“Gli Stati membri devono altresì prendere in esame la possibilità di agevolare l’osservanza della direttiva fornendo le indicazioni necessarie a questo riguardo agli enti e alle persone interessate”*).

La Direttiva pertanto prevede un esplicito caso di esenzione dalla responsabilità qualora la persona che porta il denaro in banca occulti o comunque non manifesti la sua qualifica di persona politicamente esposta o il suo rapporto con una persona politicamente esposta.

Una situazione ben diversa, dunque, da quella in cui una pubblica istituzione, essendovi legittimata, stipuli “alla luce del sole” un contratto con un soggetto imprenditoriale.

Il che conferma ulteriormente quale sia l’ambito d’applicazione della normativa in materia di verifica rafforzata delle persone politicamente esposte.

Una situazione è infatti quella in cui il rapporto intercorra con una persona politicamente esposta la quale agisce come privato imprenditore, personalmente o per il tramite di un’entità giuridica. Tale situazione ha esclusivamente a che fare con il rischio-riciclaggio.

Ben diverso è invece il caso in cui l’impresa si relazioni con un’istituzione pubblica competente a contrarre, che ovviamente non potrà non essere rappresentata dalla persona fisica la quale momentaneamente riveste la carica.

In questa seconda ipotesi si trascendono i confini della normativa sulla persona politicamente esposta.

3.3. Per completezza – sebbene non fosse ancora stata emanata al momento in cui si svolsero i fatti oggetto di contestazione nel processo – si accenna infine alla

DIRETTIVA (UE) 2015/849 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo. Essa ha modificato il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e ha abrogato la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione.

Un elemento importante di novità di tale Direttiva è rappresentato dalla consacrazione dell'approccio (inaugurato in sede di Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale) fondato sull'analisi del rischio.

Per porre rimedio al rilievo secondo cui le precedenti Direttive sarebbero state "eccessivamente permissive" – poiché avevano previsto l'esenzione totale di alcune categorie di clienti o di operazioni dagli obblighi corrispondenti (così, Illustrazione alla proposta di Direttiva) – la nuova disciplina ha subordinato la possibilità di una verifica semplificata o del relativo esonero ad un'analisi del rischio-reato. Il che peraltro conferma come, sotto il vigore delle Direttive precedenti, si dessero ipotesi di esenzione *tout court* dalla verifica.

Sotto altro e più specifico profilo, alle persone politicamente esposte sono dedicati gli artt. 20, 21 e 22 della Direttiva, i cui contenuti appaiono, per quel che qui rileva, perfettamente sovrapponibili a quelli della normativa precedente.

Tuttavia, colpiscono alcuni, seppur tenui segnali della volontà di arginare l'onnivora logica del sospetto ormai imperante in questa materia.

Colpiscono in particolare l'intento di non aggravare ulteriormente gli obblighi antiriciclaggio degli enti finanziari; nonché il tentativo – esperito per la prima volta – di contemperare tali obblighi con la tutela di interessi contrapposti.

Sotto il primo aspetto rileva, seppure indirettamente, il considerando 19, a mente del quale la normativa nazionale deve coinvolgere i professionisti solo quando il rischio di riciclaggio sia particolarmente elevato. **Se ne desume la volontà di non estendere gli obblighi a tutto il mondo imprenditoriale.**

Più direttamente, nel considerando 33 si trova affermato che *“Gli obblighi relativi alle persone politicamente esposte hanno natura preventiva e non penale, e non dovrebbero essere interpretati come volte a stigmatizzare tali persone in quanto soggetti coinvolti in attività criminose”*. Sicché – viene precisato, immediatamente a seguire – *“rifiutare un rapporto d'affari con una persona semplicemente in ragione del fatto che questa è politicamente esposta è in contrasto con la lettera e con lo spirito della presente direttiva nonché con le raccomandazioni riviste del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale”*.

Insomma, rendendosi conto del fatto che la logica del sospetto è stata forse spinta troppo in là, la Direttiva del 2006 spiega che non dovrebbe essere possibile far derivare responsabilità penali automaticamente dall'inadempimento di quella che è una cautela solo potenziale (visto che una persona politicamente esposta non va considerata automaticamente alla stregua di un riciclatore).

Sotto il secondo aspetto, il considerando 43 cerca di bilanciare gli obblighi di identificazione con la disciplina in materia di *privacy* e di trattamento dei dati personali, raccogliendo in proposito le preoccupazioni espresse quanto agli eccessi della disciplina, evidentemente sulla base della consapevolezza, finalmente acquisita, che l'adempimento degli obblighi di verifica rafforzati in materia di persona politicamente esposte equivale allo svolgimento di una vera e propria attività investigativa.

La direttiva del 2015 troverà attuazione in Italia mediante l'esercizio della delega contenuta nella LEGGE 12 agosto 2016, n. 170. L'art. 15, comma 2, n. 4 di tale legge delega dispone *“al fine di assicurare la proporzionalità tra l'entità delle misure preventive di adeguata verifica della clientela e il livello di rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo connesso a determinate tipologie di clientela o di relazioni di affari, apportare alle disposizioni vigenti in materia di adeguata verifica rafforzata di persone politicamente esposte e alla relativa definizione le modifiche necessarie a garantirne la coerenza e l'adeguamento a quanto prescritto dagli*

standard internazionali del Gruppo d'azione finanziaria internazionale (GAFI) e dalla direttiva (UE) 2015/849”.

É appena il caso di chiosare come il tenore testuale del criterio di delega riveli anch'esso (al pari della Direttiva del 2006), se non una resipiscenza normativa, quantomeno l'intento di non assecondare il *trend*, spingendo oltre il segno attuale la *compliance* antiriciclaggio, evidentemente nel timore di compromettere (ulteriormente) interessi concorrenti, pur meritevoli di tutela.

3.4. A questo punto non rimane che analizzare la normativa interna antiriciclaggio rappresentata dal D.Lgs. 231/2007 (Testo Unico Antiriciclaggio).

Quest'ultimo ha recepito gli stimoli provenienti dalla legislazione sovranazionale e dalle Raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale.

Ebbene, in tale normativa, le persone politicamente esposte fanno ingresso sin dalle definizioni contenute nell'art. 1 che, al comma 2, lett. o), li definisce, in perfetta continuità con la normativa sopra citata, come: *“le persone fisiche residenti in altri Stati comunitari o in Stati extracomunitari, che occupano o hanno occupato importanti cariche pubbliche nonché i loro familiari diretti o coloro con i quali tali persone intrattengono notoriamente stretti legami, individuate sulla base dei criteri di cui all'allegato tecnico al presente decreto”.*

Alla definizione fa seguito la disciplina dell'art. 28, comma 5, il quale, nel declinare gli “Obblighi rafforzati”, prescrive: *“Per quanto riguarda le operazioni, i rapporti continuativi o le prestazioni professionali con persone politicamente esposte residenti in un altro Stato comunitario o in uno Stato extracomunitario gli enti e le persone soggetti al presente decreto devono: (a) stabilire adeguate procedure basate sul rischio per determinare se il cliente sia una persona politicamente esposta;(b) ottenere l'autorizzazione del Direttore generale, di suo incarico ovvero di un soggetto che svolge una funzione equivalente, prima di avviare un rapporto continuativo con tali clienti;(c) adottare ogni misura adeguata per stabilire l'origine*

del patrimonio e dei fondi impiegati nel rapporto continuativo o nell'operazione;(d) assicurare un controllo continuo e rafforzato del rapporto continuativo o della prestazione professionale”.

A mente del comma 7 dello stesso articolo 28, inoltre: *“Gli enti e le persone soggetti al presente decreto prestano particolare attenzione a qualsiasi rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo connesso a prodotti o transazioni atti a favorire l'anonimato e adottano le misure eventualmente necessarie per impedirne l'utilizzo per scopi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo”.*

Come si vede, sia la specifica *sedes materiae*, sia il dato testuale, circoscrivono gli obblighi rafforzati di verifica alla prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

Inoltre, il capo terzo del d.lgs. (articoli da 10 a 14) elenca con precisione minuziosa i *“Destinatari degli obblighi”*, ponendosi in perfetta coerenza con quanto disposto dalle fonti sovranazionali ed estendendo tali obblighi altresì alla pubblica amministrazione; ma ha riguardo pur sempre allo svolgimento, sebbene secondario e collaterale, di attività finanziaria. **Non si applica dunque agli imprenditori nell'esercizio della loro normale attività economica.**

Infine, l'art. 19, dopo aver disposto che l'identificazione e la verifica dell'identità del titolare effettivo è effettuata contestualmente all'identificazione del cliente, disciplina le modalità attraverso cui provvedere all'identificazione del cliente effettivo (ricorso a pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque contenenti informazioni sui titolari effettivi, richiesta ai propri clienti i dati pertinenti o «altro modo»), confermando che l'attenzione del legislatore si rivolge alle forme di aggiramento fraudolento della normativa sulla identificazione del cliente e non certo al caso di operazioni intrattenute immediatamente con gli organi competenti.

In nessun modo, dunque, gli obblighi di identificazione delle persone politicamente esposte dettati nel nostro ordinamento possono essere messi in relazione con la specifica vicenda storica che il Tribunale deve giudicare.

In aggiunta a quanto sopra, va sottolineato come l'art. 23 del Testo Unico Antiriciclaggio preveda, allorquando si tratti, sempre nell'ambito di attività di intermediazione finanziaria, con Pubbliche Amministrazioni, obblighi di verifica semplificati.

Ciò a ulteriore conferma del fatto che quando si tratta con un soggetto pubblico vi è una presunzione di legittimità e liceità dei comportamenti posti in essere dalla controparte, che evidentemente autorizza ad adottare verifiche meno stringenti.

Se pertanto, con riguardo ad attività che possano essere intrinsecamente ad alto rischio, (quale appunto l'attività di intermediazione finanziaria) il legislatore distingue il soggetto persona fisica che svolge la propria funzione in forza di un rapporto organico con la Pubblica Amministrazione rispetto a una persona politicamente esposta, a maggior ragione tale distinzione deve valere allorquando, come nel nostro caso, il soggetto pubblico è addirittura una parte contrattuale di un'attività che nulla ha a che fare con l'attività di intermediazione finanziaria e che anzi è strumentale al perseguimento delle finalità pubbliche di uno stato Sovrano.

Alla luce di quanto considerato si può conclusivamente affermare che dalla normativa esistente **non emerge alcun obbligo giuridico scritto che preveda, in capo ad imprenditori quali Eni e per attività di trasferimento dei diritti di esplorazione, in merito ai controlli sui flussi di denaro o sulla controparte, di verifiche rafforzate o maggiori di quelli effettivamente adottate.**

In altri termini, non vi è alcuna colpa specifica in capo ad Eni derivante dalla violazione di tali norme, in quanto nessun obbligo giuridico, sotto tale profilo, è stato violato.

Ma la colpa può avere anche una connotazione di **colpa generica** ossia potrebbe declinarsi nella colpa di non avere adottato, al di là del rispetto o meno di regole scritte più o meno rafforzate, comuni regole di diligenza e prudenza non scritte.

E, tuttavia, anche se si esamina la questione sotto la lente della colpa generica, le conclusioni circa l'assenza di rimproverabilità nei confronti di Eni

non cambiano e sono perfettamente coincidenti con le conclusioni a cui siamo giunti esaminando il profilo della colpa specifica.

V

Inesistenza di profili di colpa c.d. generica: la totale diligenza di Eni

Domandiamoci ora se nel trattare la vicenda OPL, Eni si sia attenuta a regole non scritte di ordinaria diligenza, si sia, in altre parole, attenuta alle c.d. *best practice* anticorruzione internazionali.

Per stabilire quali siano queste *best practice* internazionali nel settore petrolifero si deve, oggi, fare riferimento al c.d. **Manuale OCSE**, pubblicato nel 2015. Si tratta infatti di un testo, predisposto partendo dalla analisi (anonima) di ben 131 casi di corruzione (alcuni riscontrati in giudizio) verificatisi nel settore petrolifero, che fornisce indicazioni di comportamento virtuoso basate sull'esperienza.

Da un lato esso “fotografa”, infatti, gli aspetti patologici che possono caratterizzare le diverse attività che possono essere compiute nel settore petrolifero, dall'altro (ed è questa la parte significativa ai nostri fini) fornisce alle parti pubbliche (Governi) e alle imprese estrattive private raccomandazioni utili per gestire i fattori di rischio corruttivo presenti in tale settore.

Ebbene, si può osservare che, sebbene nel momento in cui si è sviluppata la vicenda contrattuale OPL, il Manuale OCSE non fosse ancora stato scritto, ENI risulta avere comunque rispettato tutte le sue indicazioni sulla base di una autonoma scelta di comportamento ispirato a massima cautela.

Innanzitutto si deve annotare che il Manuale OCSE non fa nessun riferimento al tema del controllo dei flussi contabili, evidentemente perché i suoi compilatori ritenevano che la *sedes materiae* più idonea a trattare gli obblighi di controllo doveroso su tali flussi fosse quello della normativa antiriciclaggio, dettata con riferimento ai doveri di cautela concernenti gli operatori ed intermediari finanziari.

Esso richiama per altro verso grande attenzione sulla necessità di verifica delle parti contrattuali.

È tuttavia interessante rilevare che, con riferimento a questo tema, esso insiste significativamente sulla necessità di assumere tutte quelle iniziative di verifica e controllo in grado di contenere i rischi entro confini ragionevoli, non imponendo mai, in nessuna delle sue raccomandazioni, di annullare il rischio di fenomeni corruttivi.

OCSE ha dunque ben presente che ci si muove nel settore di attività comunque ‘pericolose’ e che pertanto non si possono imporre cautele che, di fatto, imporrebbero ai soggetti economici obblighi che non potrebbero adempiere se non, nella stragrande parte dei casi, rinunciando alla stessa attività di impresa.

Ebbene, già con riferimento a questa doppia indicazione di cautele doverose (doveri di controllo sulla controparte in grado di ridurre al minimo i rischi di fenomeni corruttivi; nessun dovere di controllo specifico sui flussi contabili) alla luce di quanto si è già rilevato in precedenza emerge che ENI si è comportata in modo addirittura più attento e virtuoso rispetto a quanto è stato (successivamente) raccomandato dal Manuale.

Da un lato si può osservare che ENI non si è limitata a cercare di circoscrivere il rischio corruzione (predisponendo - nel periodo in cui ha trattato con Malabu – le doverose *due diligence*, ponendo condizioni alla efficacia delle proposte di accordo e richiedendo la approvazione delle proposte di accordo da parte del Governo), ma ha deciso di interrompere la trattativa in corso sino a che non avesse avuto piena certezza che alcun rischio, ovviamente per quanto in suo potere, si sarebbe verificato.

Le trattative, ad un certo punto interrotte, si sono d'altronde riattivate quando la controparte contrattuale è diventata il Governo, ossia l'organo pubblico sovrano che, anche in base al manuale OCSE, è a sua volta, tenuto ad effettuare tutti i controlli necessari ad evitare i fenomeni corruttivi in modo ancora più penetrante rispetto a quanto è richiesto ai soggetti privati.

Dall'altro si può rilevare che, anche se ciò non le era imposto da nessuna specifica regola di cautela, ENI si è preoccupata di fare mediatamente controllare, fin dove le era possibile, i flussi contabili mediante la specifica modalità di pagamento affidata a JP Morgan della quale abbiamo già parlato in precedenza.

Risulta, infatti, che le banche che sono state contrattualmente coinvolte per il trasferimento delle somme di denaro, hanno effettuato, anche in condivisione con le competenti Autorità di Vigilanza Antiriciclaggio del Regno Unito, tutte le verifiche necessarie e che, in forza di tali verifiche, **è stato comunque deciso da parte dell'intermediario finanziario in questione (JP Morgan) di effettuare i trasferimenti di denaro disposti dal Governo della Nigeria non solo a Malabu "in generale", ma anche nella consapevolezza di una possibile riconducibilità (totale o parziale) di quest'ultima a Dan Etete.** In particolare, la documentazione depositata dalla Procura (si veda specificatamente il doc. 3452), conferma come JP Morgan, dopo aver riscontrato le difficoltà di BSI a processare il pagamento, in data 10 giugno 2011 – in ossequio alla normativa antiriciclaggio sopra richiamata, che imponeva anche obblighi di segnalazione – **inoltrava le segnalazioni per attività sospetta (*suspicious activity report* – SAR -) all'autorità antiriciclaggio inglese (la SOCA)**, che evidentemente non ritenne opportuno adottare un provvedimento di congelamento dei relativi fondi, consentendo a JP Morgan poi di trasferire la provvista (dopo l'ulteriore tentativo con Banque Misr a cui seguì altrettanta attenzione) sui conti correnti nigeriani indicati da Malabu e confermando ancora una volta che l'operazione con il Governo non era viziata da alcun profilo di illegittimità (così come certamente non lo appariva ad Eni). Essendo per altro verso evidente che Eni non aveva più alcun potere – né da un punto di vista giuridico, né fattuale – per controllare la destinazione del denaro trasferito dall'*escrow account* al conto del Governo nigeriano.

Vediamo d'altronde alcune specifiche raccomandazioni OCSE.

Tra i casi a più alto rischio corruzione, il Manuale cita quello in cui vengano riscontrati profili di opacità sull'identità del titolare effettivo, raccomandando, in casi di questo tipo, alle società petrolifere di designare un funzionario al fine di verificare

che le informazioni fornite dalle controparti in merito al proprio titolare effettivo e alla propria catena partecipativa siano corrette e di limitare il più possibile operazioni e transazioni finanziarie che coinvolgano società *off-shore* (Capitolo 1 del Manuale, raccomandazioni in merito al fattore di rischio “*Opacity on beneficial ownership*” dove, con riferimento all’opacità del titolare effettivo della controparte si prescrive invece, al settore pubblico, di adottare provvedimenti normativi volti a garantire la trasparenza della proprietà e al settore privato di verificare sui pubblici registri predisposti dalle autorità pubbliche le informazioni fornite dalla controparti).

Ebbene, ENI ha meticolosamente rispettato questa regola di prudenza: essa si è infatti ripetutamente attivata per identificare il titolare effettivo di Malabu, anche avvalendosi del supporto di una primaria società di *business intelligence* (*The Risk Advisory Group*, che predispose ben due relazioni su Malabu) e di due noti studi legali nigeriani (Paul Erokoro e Aluko&Oyebode).

Anzi, proprio le incertezze derivanti dalla difficoltà di ricostruire la catena partecipativa e l’azionariato di Malabu – diventate ancora più palesi alla fine del 2010, quando Eni è stata informata da Shell dell’azione avviata dal figlio dell’ex Presidente Sani Abacha per rivendicare la titolarità di Malabu – portarono il Dott. Descalzi a raccomandare al Consiglio di Amministrazione di Eni di congelare la trattativa.

Per altro verso, la stessa discesa in campo del Governo nigeriano, che ha consentito di riattivare una trattativa ormai interrotta, appare assolutamente conforme alle regole enunciate dal Manuale OCSE.

Come sappiamo, il Governo Nigeriano, che aveva interesse a sbloccare una situazione che aveva ritardato per molti anni la messa in produzione del Blocco, con conseguenze nefaste per l’Erario Nigeriano e che si era reso conto che l’*impasse* era in gran parte dovuto alle pretese esose del concessionario Malabu (il suo *petitum* era di circa due miliardi di dollari), ad in certo punto decise di attivare i poteri che gli erano concessi dal *Petroleum Act*, risolse i contenziosi in corso e decise di trattare direttamente con Eni e Shell.

Ebbene, proprio avendo in mente situazioni simili a quella appena descritta, il Manuale dell'OCSE fornisce raccomandazioni utili a gestire i rischi connessi a possibili opacità nel processo di riallocazione di una concessione, prescrivendo che – allorquando vi sia il sospetto che un'allocazione originaria possa essere stata condizionata da episodi corruttivi – i Governi sono tenuti a definire in maniera trasparente un nuovo processo di riallocazione della concessione, anche al fine di sollevare il nuovo concessionario da eventuali responsabilità connesse agli illeciti commessi dal precedente titolare e prevedendo che le società petrolifere gestiscano i rischi connessi a tali opacità, svolgendo una *due diligence* completa sui diritti estrattivi e gli *asset* che intendono acquistare, al fine di ricostruirne le vicende passate, incluse quelle relative all'allocazione originaria (Capitolo 3 del Manuale, con riferimento al rischio “*Opacity in the process of reallocation of a license or contract to a third party*”).

La decisione del Governo Nigeriano di entrare in campo e potere così provvedere all'assegnazione di OPL 245 a due operatori reputati e capaci, tenendo altresì indenni tali due operatori dai rischi connessi alle vicende pregresse attraverso un'apposita manleva, era dunque perfettamente in linea con quanto è stato successivamente suggerito come regola di prudenza dagli organismi internazionali.

Sempre il Manuale dell'OCSE fornisce raccomandazioni per gestire i rischi corruttivi che potrebbero derivare dall'inadeguatezza delle norme e delle procedure societarie interne volte a gestire le operazioni di acquisizione.

In particolare, il Manuale raccomanda agli operatori petroliferi privati di rafforzare i propri controlli sulle operazioni di acquisizione con profili *cross-border*, di assicurare un'adeguata segregazione di ruoli e doveri nel processo di acquisizione e di garantire uno stretto coordinamento e un'attenta supervisione da parte della capogruppo delle attività acquisitive delle società controllate, anche richiedendo che tali attività ottengano l'approvazione preventiva della casa-madre.

È pacifico che quanto prescritto dal Manuale OCSE coincide perfettamente con quanto previsto dalle procedure interne di Eni ed effettivamente posto in essere dalle sue funzioni interne.

In particolare, la Circolare interna di Eni n. 569 del 2 aprile 2010, denominata “*Modalità attuative del processo di autorizzazione e controllo degli investimenti della divisione E&P*”, disciplinava la procedura che la Divisione *Exploration & Production* di Eni, all’epoca guidata dal Dott. Descalzi, doveva seguire ogniqualvolta prendeva in considerazione l’ipotesi di effettuare un investimento.

Tale documento interno era integrato e corroborato dalle *best practice* sul processo di esplorazione convenzionale descritto dall’*Opportunity & Project Exploration System*, che disciplinava prevalentemente gli aspetti tecnici dell’esercizio di valutazione dei progetti.

Come raccomandato dal Manuale OCSE, tali procedure configuravano un procedimento autorizzatorio abbastanza complesso, che prevedeva che, qualora un’opportunità di investimento fosse sufficientemente matura e definita, l’*exploration manager* competente poteva presentare una proposta di investimento, richiedendone la validazione ad un comitato tecnico ed economico, con lo scopo di:

- (i) verificare e confermare le ipotesi adottate in riferimento alla valutazione del potenziale di idrocarburi e relativo rischio minerario, ai profili di produzione e investimento e ai termini contrattuali;
- (ii) standardizzare le metodologie, i criteri, i principi e gli strumenti per le valutazioni tecnico-economiche in ambito Eni; e
- (iii) supportare la condivisione delle informazioni.

Proprio sulla base di quanto emerso da queste verifiche – tutte rigorosamente compiute da Eni - e all’impossibilità di avere la certezza – non solo documentale, ma anche sostanziale – che Malabu non fosse riconducibile (in tutto o in parte) alla figura di Dan Etete, Eni ritenne percorribile (ed opportuno) accettare la proposta del Governo Nigeriano di assumere la veste di unico interlocutore e controparte contrattuale.

Tale proposta costringeva di fatto Malabu (la cui compagine societaria continuava a presentare profili di incertezza) a rinunciare alle proprie rivendicazioni (eccessive) sul Blocco 245, garantendo al contempo ad Eni la possibilità di concludere un'operazione totalmente trasparente e scevra dai rischi legati alla menzionata incertezza circa la compagine societaria di Malabu.

Ma, ciononostante, Eni ha ritenuto opportuno osservare ogni cautela mitigatoria possibile, di cui la scelta di riprendere le trattative con il Governo (nel suo complesso ed in tutte le sue declinazioni e funzioni) quale controparte contrattuale rappresenta evidentemente un ulteriore momento “strutturale”.

Massima correttezza e trasparenza che Eni utilizzò anche nei rapporti con il Governo Nigeriano, che – secondo quanto rilevato dalla stessa Accusa – furono tenuti da un numero sostanzioso di vertici apicali e dirigenti di Eni, appartenenti a funzioni diverse, che predisponavano note illustrative per tenere aggiornato il Consiglio di Amministrazione in merito all'andamento dei negoziati.

Non solo: è chiaramente desumibile dalle acquisizioni e dai documenti processuali che il Governo si è attivato attraverso i rappresentanti “strutturalmente” corretti e competenti e che le decisioni del Governo Nigeriano non erano (né tantomeno apparivano) guidate da un singolo funzionario (seppur ministro), ma erano soggette (ed oggetto) di un processo di *governance* interna del Governo Nigeriano stesso.

Basti pensare alle varie funzioni della NNPC, del Dipartimento del Petrolio, dei professionisti esterni utilizzati dal Governo nelle trattative e nelle riunioni.

Anche tali comportamenti furono assolutamente in linea con le raccomandazioni del Manuale OCSE, che – al fine di mitigare i rischi connessi al potere discrezionale dei soggetti pubblici ed alla politicizzazione del processo decisionale – suggerisce alle società petrolifere di controllare e monitorare attentamente i rapporti tra i propri funzionari e i pubblici ufficiali, adottando procedure e codici di condotta, di prevedere che le discussioni e le interazioni con i pubblici

ufficiali coinvolgono sempre almeno due funzionari delle società e che gli stessi riportino periodicamente alle funzioni superiori in merito alla natura e ai contenuti dei rapporti intrattenuti con i pubblici ufficiali, di attuare un sistema di autorizzazione e deleghe di poteri interni che sposti a un piano superiore la decisione in merito a quanto discusso con i pubblici funzionari e di adottare un sistema di tracciabilità e trasparenza dei pagamenti.

Si tratta di accorgimenti ampiamente rispettati da Eni – le cui procedure interne erano state disegnate con il supporto dei migliori consulenti del mondo – e dai propri funzionari.

Per ciò che attiene l'individuazione del titolare effettivo, la ricostruzione della catena partecipativa, la verifica delle attività delle controparti, si vada a pag. 22 del Manuale OCSE: si leggerà che, con riferimento all'opacità del titolare effettivo della controparte, si prescrive al settore pubblico di adottare provvedimenti normativi volti a garantire la trasparenza della proprietà e al settore privato (invece) di verificare sui pubblici registri predisposti dalle autorità pubbliche le informazioni fornite dalla controparte.

Operazioni, ancora una volta, puntualmente compiute da Eni ben prima che l'OCSE le prevedesse come regola di best practice.

In conclusione, è giusto affermare che, laddove ogni attività o circostanza della vicenda OPL 245 potesse rientrare tra quelle che dovevano generare “attenzione” (secondo i criteri identificati quattro anni dopo da OCSE), Eni, già quattro anni prima della pubblicazione del Manuale, si comportava concretamente (in attuazione delle regole di prudenza e di buona amministrazione oltre che del proprio Modello di Organizzazione) secondo le migliori regole: nessun pagamento anticipato, nessun intermediario, *due diligence* sulla struttura societaria, separazione strutturale tra le funzioni di valutazione, negoziazione ed *Anti-corruption*, ecc.

Dunque nessuna colpa anche sotto questo profilo.

VI

Il modello di organizzazione di Eni è assolutamente idoneo a prevenire il reato contestato di corruzione internazionale: anche sotto questo profilo non è configurabile colpa nel comportamento dell'ente.

Stabilito che non vi è stata da parte di Eni nessuna violazione di regole di diligenza o di norme cautelari previste dalla legge per evitare la commissione del reato di corruzione internazionale, non rimane che esaminare se sia stato predisposto e poi attuato quel modello organizzativo idoneo a prevenire reati del tipo di quello contestato che il D. Lgs. 231/2001 ha specificamente richiesto per potere fondare, o eventualmente escludere, la colpevolezza dell'ente.

Si tratta di un complesso di norme cautelari che non sono definite dallo Stato con suoi interventi legislativi, ma la cui formulazione è stata delegata alle singole società, che, nella loro elaborazione dovranno/potranno ispirarsi ai modelli forniti dalle loro associazioni rappresentative di categoria.

Prima di entrare nel merito della questione sotto i suoi duplici versanti - se il modello sia astrattamente idoneo a prevenire i reati e se il modello sia stato effettivamente attuato ed applicato nel caso di specie - deve essere fatta una premessa.

Né nel capo di imputazione, né tanto meno nella discussione finale, vi è traccia di quali siano le ragioni o i fatti che hanno indotto il Pubblico Ministero a ritenere che il modello organizzativo adottato da Eni ai sensi del D. Lgs. 231/2001 fosse inidoneo o insufficiente ovvero che vi siano stati comportamenti da parte degli apicali della società in violazione di procedure aziendali al punto da ipotizzare una responsabilità penale in capo ad Eni quale persona giuridica.

In realtà, a ben vedere, esiste la prova del contrario, ossia esiste **la prova che nessuna procedura aziendale è stata violata**. Così come è pacifico che il modello organizzativo adottato da Eni è stato già **ritenuto** perfettamente idoneo a prevenire i reati in materia di corruzione.

In particolare, con riguardo al primo punto, **il 17 novembre 2010, le funzioni aziendali interne competenti di controllo davano, infatti, il nulla osta all'operazione OPL 245**“..*assumendo che l'acquisto avvenga ad un valore congruo (secondo la metodologia utilizzata dalla divisione) e che vi sia un avvallo governativo all'operazione (ri-emissione da parte delle autorità nigeriane della licenza a nome di NAE e SNEPCO*” (ossia le società operative nigeriane rispettivamente controllate da Eni e Shell).

Con riguardo all' idoneità ed efficacia del Modello Organizzativo adottato da Eni, il Pubblico Ministero ha ignorato il fatto che **il Modello Organizzativo di Eni era stato certificato a livello internazionale come idoneo a prevenire fenomeni di reato in materia di corruzione.**

Eni, infatti, è stata la prima società italiana a ottenere la certificazione ISO37001 da parte dell'Organizzazione internazionale per la normazione (ISO - *International Organization for Standardization* - la più importante organizzazione a livello mondiale per la definizione di norme tecniche, di cui fanno parte gli organismi nazionali di standardizzazione di 162 paesi del mondo), che attesta il rispetto da parte del proprio Modello Organizzativo 231 di una serie di normative e linee guida – quest'ultime ben più stringenti dei dettati legislativi – che definiscono i requisiti per la realizzazione di un sistema di prevenzione volto a evitare (il più possibile) casi di corruzione

Ciò posto, in via preliminare va ricordato che il Modello 231, in vigore all'epoca dei fatti, era stato approvato dal Consiglio di Amministrazione di Eni il 14 marzo 2008, unitamente alla versione aggiornata del Codice Etico, che ne costituiva una parte integrale e sostanziale. La terza componente del Modello 231, ossia il documento contenente le attività sensibili e gli standard di controllo specifici venne approvato dall'Amministratore Delegato il 21 ottobre 2009.

La versione del Modello 231, approvata ed in vigore nel 2009, rappresentava un'evoluzione del primo Modello 231 adottato da Eni nel 2004 e comportava alcune

modifiche al Modello 231 originario, volte a recepire i primi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali maturati in materia di responsabilità degli enti, alcuni miglioramenti conseguenti all'analisi della prassi interna e un importante lavoro di aggiornamento svolto su più fronti con diversi *advisor* di primissimo *standing* nazionale e internazionale (il Codice Etico venne rivisto dal Prof. Montalenti – luminaire assoluto in materia di diritto societario – il Modello 231 venne rivisto da *Ernst&Young* – una delle principali società di revisione del mondo – e dallo Studio Legale NCTM – uno dei principali studi legali italiani – mentre il sistema normativo interno, che costituiva anch'esso una parte del sistema 231, venne revisionato, sempre nel 2009, da *PricewaterhouseCoopers* – la società di revisione più grande del mondo – e Boston Consulting Group – una delle tre più grandi società di consulenza strategica del mondo), nonché ad adeguare il Modello 231 ai cambiamenti organizzativi di Eni e all'evoluzione del quadro normativo applicabile.

Emerge già da questa primissima introduzione come il Modello 231 di Eni vigente all'epoca dei fatti (l'operazione relativa all'OPL 245, dopo l'inizio del 2007 rapidamente interrotto, entrò nella fase operativa nell'autunno del 2009) **fosse stato appena revisionato da Eni, col supporto di rinomatissimi *advisor* dalle più alte e variegate competenze tecniche, fatto già di per sé indice del livello di impegno ed attenzione profuso dalla società.**

Al contempo, le specificità di Eni sopra richiamate, facevano sì che il Modello 231 di Eni rappresentasse probabilmente il modello 231 più avanzato e quello su cui erano state investite in assoluto maggiori risorse economiche nel panorama di riferimento dell'agire delle aziende italiane.

Ciò, ovviamente, non basta di per sé a provarne l'idoneità astratta alla prevenzione dei reati oggetto della norma, ma – in un contesto normativo lacunoso e in assenza di pronunce giurisprudenziali che abbiano specificamente e concretamente identificato esempi virtuosi da seguire, e sovente appiattitesi invece su una sorta di responsabilità oggettiva determinata “ex post” – **prova come, almeno in termini di investimento e attenzione (diciamo pure, di buona volontà) Eni non avesse**

risparmiato sforzi e risorse (interne e di investimento esterno) per dotarsi di un Modello 231 all'avanguardia e di assegnare maniacale attenzione alla relativa applicazione concreta.

Se mai dovesse essere inopinatamente accertata anche l'inidoneità del Modello 231 di Eni, molti operatori privati potrebbero pensare che non ha senso investire risorse per dotarsi di un Modello 231, quando neanche la più grande società italiana, che capitalizza decine di miliardi di Euro e può permettersi i migliori *advisor* del mondo, è riuscita in questa impossibile sfida.

E allora tanto varrebbe risparmiare le risorse per pagare le eventuali sanzioni con buona pace delle finalità preventive che avevano ispirato l'introduzione della responsabilità amministrativa degli enti.

In termini di struttura, come anticipato, il Modello 231 di Eni si articolava in più documenti e precisamente in un documento denominato Modello 231, contenente le regole generali del sistema 231, con allegato il documento "*Attività Sensibili e standard di controllo specifici del Modello 231*" ("**ASSCS**"), che identificava le attività dove ipoteticamente era possibile la commissione dei reati e i relativi presidi di controllo. Come anticipato, costituiva ancora parte integrante del Modello 231 il Codice Etico, con i principi guida inderogabili per le attività negoziali (una sorta di Costituzione del sistema 231 di Eni).

Esaminando nello specifico il contenuto del Modello 231, emerge che esso conteneva, oltre il citato Codice Etico, la metodologia di analisi dei rischi, i compiti dell'organismo di vigilanza, i destinatari e le regole per l'applicazione del Modello 231 alle società controllate, nonché i principi adottati per la comunicazione al personale e al mercato, la struttura del sistema disciplinare e sanzionatorio, i presidi di controllo e le regole per l'aggiornamento.

Il Modello 231 copriva dunque tutte le aree affrontate dalle due principali linee guida italiane in materia (le "*Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex. D.Lgs. 231/01*" elaborate da Confindustria e

le “Linee guida per l’organismo di vigilanza ex d. lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale” emanato dall’Istituto di ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili), **nonché quelle identificate dalle best practice internazionali, dalla dottrina, nonché dalla limitata giurisprudenza in materia.**

Strutturalmente, dunque, il Modello 231 era conforme a quanto raccomandato dagli esperti.

Come argomberemo in seguito, tale conclusione sarà vera per tutti gli aspetti formali del Modello 231, in quanto lo stesso era stato appena aggiornato con l’ausilio di rinomatissimi *advisor* incaricati proprio di allineare il Modello 231 di Eni ai più elevati *standard* identificati dagli organismi di categoria rappresentative degli Enti.

Partendo dall’analisi delle attività propedeutiche alla predisposizione del modello, si riscontra la piena sovrapposibilità tra quanto raccomandato nelle linee guida di Confindustria e quanto svolto da Eni in materia di mappatura dei rischi (attraverso l’analisi del contesto aziendale per identificare le aree e i settori dove si potevano verificare eventi pregiudizievoli per gli obiettivi indicati dal D.Lgs 231) e progettazione del sistema di controllo (ossia la valutazione del sistema esistente all’interno di Eni e il suo eventuale adeguamento attraverso la definizione di protocolli decisionali ed esecutivi).

In particolare, in ossequio a quanto raccomandato da Confindustria e dalla migliore dottrina ⁽³⁾, la metodologia adottata da Eni aveva il pregio di stabilire un collegamento diretto tra i rischi e le procedure per gestirlo (cd. corpo normativo),

⁽³⁾ A. Presutti, A. Bernasconi, Manuale della responsabilità degli enti, Giuffrè editore, 2013 (pag. 96-97): “Il primo passo comporta la valutazione dei vari settori dell’azienda, allo scopo di individuare le aree più esposte al rischio della commissione dei reati presupposto e di analizzare i sistemi di controllo alto stato funzionanti (la “mappatura dei rischi”: art.6 comma 2 lett. a); in termini aziendalistici, questo viene definito un sistema di auto valutazione dei rischi, che deve risultare con i più consolidati indirizzi internazionali e con le best practice in materia di controllo interno e di corporate governance”.

consentendo un più rapido aggiornamento delle stesse ove, a valle della mappatura dei rischi, tali procedure fossero risultate inadeguate rispetto al rischio identificato. In altre parole, prima di predisporre il proprio modello, Eni – col supporto dei propri consulenti – aveva fatto diligentemente i compiti a casa, identificando tutti i rischi potenziali.

Sempre con riferimento alla mappatura dei rischi giova sottolineare come trovassero dimora nell'ASSCS anche le attività sensibili e gli standard di controllo specifici in relazione ai reati nei rapporti con la Pubblica Amministrazione e che pertanto il Modello 231 di Eni vigente all'epoca contemplava e affrontava espressamente i reati oggetto di contestazione.

Con riferimento invece al cd. corpo normativo di Eni, che costituiva l'insieme delle regole e delle procedure che dovevano essere seguite nell'operatività aziendale e dei controlli preventivi volti a prevenire la commissione dei reati, va ricordato che proprio nel 2009 (qualche mese prima dell'avvio dell'operazione sull'OPL 245) Eni aveva avviato un progetto teso a una razionalizzazione del corpo normativo, dopo aver affidato a PwC e Boston Consulting Group il compito di individuare le migliori *best practice* a livello internazionale nel settore energetico.

Tale progetto portò, a partire dal 2010, a una razionalizzazione delle procedure interne, che vennero organizzate secondo un sistema gerarchico di quattro livelli che comprendeva strumenti di indirizzo, coordinamento e controllo (documenti di policy e linee guida di gestione del sistema) e strumenti di operatività (procedure e istruzioni operative).

Al di sopra di questo livello di normazione primaria, si ponevano lo statuto sociale, il codice etico, il codice di autodisciplina derivante dalla scelta di Eni di aderire al Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana, i principi del Modello 231, i principi di sistema di controllo sull'informativa societaria (derivante dalla natura di società quotata) e il cd. quadro di riferimento emanato dal Comitato di *Sponsoring Organizations*.

Tale complesso di norme organizzato gerarchicamente, in ossequio al Modello 231 di Eni, **veniva aggiornato periodicamente** in coerenza con gli assetti organizzativi aziendali, nel rispetto delle relative competenze e del quadro normativo applicabile e veniva pubblicizzato all'interno e all'esterno attraverso la pubblicazione sul sito aziendale.

Per Eni il proprio Modello 231 era ed è una fonte normativa primaria, come tale considerata e rispettata.

All'interno del corpo normativo vi erano anche i presidi di controllo che integravano i principi "costituzionali" del Codice Etico, fornendo *standard* generali di trasparenza delle attività e standard di controllo specifici volti a disciplinare aspetti peculiari delle attività sensibili.

In relazione ai reati oggetto di contestazione, che riguardano prevalentemente ed in ultima analisi rapporti con la Pubblica Amministrazione, e all'operazione OPL 245 va ricordato che i presidi di controllo prevedevano regole generali e regole specifiche per la negoziazione e l'esecuzione di contratti con stazioni appaltanti (incluse le concessioni) a quali si perviene attraverso affidamento diretto o trattativa privata, nonché in materia di gestione dei rapporti con i funzionari pubblici per l'ottenimento di autorizzazioni e licenze.

A titolo esemplificativo tali regole comprendevano i seguenti divieti per i soggetti che intrattenevano rapporti o effettuavano le negoziazioni con la Pubblica Amministrazione: divieto di stipulare da soli e liberamente i contratti negoziati; divieto di accedere da soli e liberamente alle risorse finanziarie e/o autorizzare disposizioni di pagamento; divieto di conferire da soli e liberamente mandati professionali a consulenti; divieto di stipulare da soli e liberamente contratti di intermediazione in autonomia; divieto di concedere da soli e liberamente utilità; divieto di assumere da soli e liberamente il personale.

A capo di tali presidi si affiancavano, ovviamente, un insieme di procedure specifiche per le negoziazioni con la Pubblica Amministrazione, che specificavano, in

maniera dettagliata, i passi operativi e di controllo che dovevano essere seguiti dal personale Eni. **Il rispetto di tali procedure era posto sotto il monitoraggio del sistema di controllo interno, che, su incarico dell’Organismo di Vigilanza di Eni, svolgeva anche attività di vigilanza in relazione al rispetto del Modello 231.**

Al Modello 231 era allegato, come detto, il Codice Etico, che ne costituiva una parte integrante e sostanziale.

Il Codice Etico, vigente al tempo dell’operazione, era stato appena aggiornato e disciplinava in maniera inderogabile i principi generali in materia di sostenibilità e responsabilità d’impresa, i canoni di comportamento – che dovevano essere improntati all’etica, trasparenza, correttezza e professionalità – i rapporti con gli *stakeholder* (portatori di interessi in senso lato quali azionisti, il mercato, le istituzioni, le associazioni, le comunità locali, i clienti e fornitori, il management, i dipendenti e i collaboratori), gli strumenti di applicazione del Codice Etico, quali il sistema di controllo interno, la tutela della salute, sicurezza e ambiente e dell’incolumità pubblica, la ricerca, innovazione e tutela della patrimonio intellettuale, la riservatezza, nonché gli ambiti di applicazione e strutture di riferimento del Codice Etico, con l’obbligo di conoscenza del Codice e di segnalazione di possibili violazioni, le strutture di riferimento e di vigilanza, la revisione del Codice e il suo valore contrattuale.

Tale contenuto era perfettamente in linea con le indicazioni fornite dalle Linee Guida di Confindustria (versione da ultimo aggiornata il 18 maggio 2004) nel capitolo denominato “*Il codice etico con riferimento ai reati ex D. Lgs. N. 231/2001 e sistema disciplinare*”.

Con specifico riferimento alle previsioni in materia anticorruzione, il Codice Etico prevedeva che, in nessun modo, la convinzione di agire a vantaggio o nell’interessi di Eni potesse giustificare, anche solo parzialmente, l’adozione di comportamenti in contrasto con i principi e i contenuti del Codice Etico.

Prevedeva il divieto espresso di porre in essere pratiche di corruzione, favori illegittimi, comportamenti collusivi, sollecitazioni e accettazione di denaro da persone

che intendono entrare in rapporto con Eni; una disciplina espressa degli atti di cortesia, che limitava ad atti di modico valore e opportunamente autorizzati, prevedeva il divieto espresso di erogare contributi, sotto qualsiasi forma, a soggetti politici, l'obbligo di regolamentare i rapporti con i fornitori mediante contratti con specifiche clausole, che richiedevano la conoscenza e l'osservanza del Codice Etico e il divieto di erogare compensi ai fornitori eccedenti quelli pattuiti, col divieto di effettuare pagamenti a soggetti diversi dalla controparte contrattuale.

La vigilanza sul rispetto del Modello 231 era affidata all'Organismo di Vigilanza di Eni ("OdV"), che era strutturato come un organo collegiale dotato, come richiesto dall'art. 6, comma 1, lett. b), del D. Lgs. 231/2001 di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

L'OdV godeva di ampi margini di autonomia e indipendenza, riportando direttamente al vertice societario, come richiesto dalle Linee Guida di Confindustria ed essendo dotato di una propria segreteria tecnica e di risorse finanziarie per lo svolgimento delle attività di propria competenza (solo per gli importi superiori a un milione di Euro era prevista la necessità di informare l'Amministratore Delegato), che garantivano l'indipendenza anche operativa e funzionale dalle altre strutture societarie.

I compiti affidati dal Modello 231 all'OdV riguardavano, soprattutto, la vigilanza sull'attuazione dello stesso, la sua adeguatezza e funzionalità, nonché l'aggiornamento del Modello e il mantenimento dei flussi informativi con le funzioni aziendali e con gli organismi di vigilanza delle società controllate. **Tali compiti erano perfettamente coerenti con quanto previsto dal D. Lgs. 231/2001 e dalle Linee Guida di Confindustria.**

Tra le responsabilità dell'OdV vi erano anche quelle relative al sistema sanzionatorio previsto dal Modello 231, che dedicava un apposito capitolo alle azioni che, se poste in essere, costituivano una violazione del Modello stesso, specificando espressamente che la mancata osservanza delle procedure aziendali e dei presidi di controllo costituivano violazione del Modello stesso.

Infine il Modello 231 prevedeva, sempre come richiesto dalle migliori *best practice* internazionali, che i principi e le regole in esso contenute venissero adeguatamente pubblicizzate e comunicate internamente ed esternamente.

Come emerge da questa breve disamina, il sistema 231 di Eni, in vigore all'epoca dei fatti, era perfettamente in linea con le migliori *best practice* nazionali e internazionali, era appena stato aggiornato col supporto di alcuni dei migliori professionisti e *advisor* del settore e rappresentava un vero e proprio ordinamento Kelseniano di norme organizzate gerarchicamente, presidiate da un sistema sanzionatorio e da un'autorità indipendente, che ne vigilava l'attuazione.

Eni, in ragione del proprio status di società quotata a *Wall Street* e a Piazza Affari, aderiva volontariamente ai migliori codici di autodisciplina disegnati per le società quotate, che miravano a garantire la trasparenza nella gestione.

In altre parole, all'epoca dei fatti nessuna società italiana poteva vantare sulla carta un sistema 231 più avanzato, articolato e costoso di quello di Eni.

Al fine di valutare il comportamento effettivamente tenuto dalle funzioni interne di Eni nell'ambito dell'operazione oggetto di giudizio è opportuno, oltre alla disamina del Modello 231, **esaminare il contenuto delle altre procedure che contenevano i presidi anticorruzione all'epoca dei fatti, contenute in tre documenti: la Circolare n. 377 del 12 novembre 2009, contenente le Linee Guida in materia di Compliance Anticorruzione, la Circolare 335 del 19 novembre 2008, sostituita dalla Circolare 422 del 14 dicembre 2010 in materia di operazione di M&A e la Circolare 294 del 26 novembre 2007, contenente le liste di riferimento.**

Partendo dalle Linee Guida in materia di Compliance Anticorruzione (cd. Compliance Program Anticorruzione di Eni), va notato come le stesse fossero state elaborate un mese prima del riavvio dell'operazione (la Circolare n. 377 è datata 12 novembre 2009, mentre la manifestazione di interesse di NAE è datata 26 dicembre 2009) ed erano quindi aggiornatissime rispetto alle normative nazionali e

internazionali anticorruzione vigenti e perfettamente allineate alla struttura organizzativa di Eni all'epoca dei fatti.

L'adozione delle Linee Guida Anticorruzione era inoltre obbligatoria per tutte le società del gruppo Eni, comprese quelle coinvolte nell'operazione.

Vale qui solo la pena notare che, comunque, volendo esaminare le iniziative poste in essere sin dal 2007 (primissimo contatto di Eni sull'OPL 245), le tutele ed attività poste in essere appaiono già all'epoca perfettamente in linea con il modello in essere e anche rispetto ad ogni futura esigenza.

Nel gennaio 2010, quando l'operazione era ancora in uno stadio preliminare ad esito del riavvio dei contatti (e legata ad una struttura affatto diversa da quella poi effettivamente conclusa, poiché si parlava di un investimento diretto del 40% nell'OPL 245, mentre il *Resolution Agreement* concluse con un partenariato insieme a Shell sul 100% di una licenza conferita direttamente dal governo su OPL 245), in attuazione delle stesse Linee Guida Anticorruzione, **Eni istituì l'*Anti-Corruption Legal Support Unit*, con il ruolo di prestare assistenza legale specialistica in materia di anticorruzione alla capogruppo.**

All'epoca dei fatti, dunque, Eni vantava addirittura un ufficio interno esclusivamente dedicato e specializzato alle tematiche anticorruzione, che infatti ritroveremo nel pieno dello svolgimento – in totale autonomia – delle proprie funzioni.

Tra le dichiarazioni di *policy* previste dalle Linee Guida Anticorruzione troviamo il divieto di offrire, promettere, dare, pagare, accettare qualsiasi richiesta di regali dai Pubblici Ufficiali o autorizzare chiunque a dare o pagare, direttamente o indirettamente qualsiasi somma o altro beneficio o vantaggi o qualsiasi cosa di valore ad o per un Pubblico Ufficiale.

Viene specificato, inoltre, che Eni vietava qualsiasi pagamento, inclusi ma non solo quelli sopra descritti, a qualsiasi persona che fosse a conoscenza che tale pagamento sarebbe stato condiviso con un pubblico ufficiale o con suoi familiari o designati.

Le persone soggette alle Linee Guida Anticorruzione erano considerate a conoscenza che il pagamento va a beneficio di un pubblico ufficiale o di suoi familiari o designati se le stesse avevano agito con grave negligenza, ovvero ignorando consapevolmente i segnali di allarme o i motivi di sospetto, ad esempio omettendo di condurre un adeguato livello di *due diligence* secondo le circostanze.

Con riferimento all'acquisto di titoli minerari, come la concessione esplorativa sul Blocco 245, trovava specifica applicazione la Circolare 335 del 19 novembre 2008, sostituita dalla Circolare 422 del 14 dicembre 2010, che disciplinavano le procedure per l'autorizzazione e controllo delle operazioni con terzi di acquisto, vendita, scambio di una serie di beni, inclusi i titoli minerari, che prevedevano le seguenti fasi:

- (i) individuazione dell'iniziativa (fase 1);
- (ii) approvazione ad avviare l'istruttoria;
- (iii) istruttoria e negoziazione (fase 2);
- (iv) autorizzazione a procedere;
- (v) esecuzione (fase 3) che include le attività concernenti la due diligence.

Il processo descritto in procedura prevedeva i seguenti diversi ruoli:

- Proponente - ravvisa un'opportunità di compravendita, ne avvia lo studio e la definizione ed è responsabile del raggiungimento degli obiettivi identificati;
- Project leader - responsabile di gestire l'operazione di compravendita e, in particolare, di costituire e coordinare il team di lavoro nelle fasi di istruttoria, negoziazione ed esecuzione dell'operazione;
- Approvatore - responsabile del benessere a procedere nella fase istruttoria dell'operazione;
- Autorizzatore - esamina la proposta di compravendita e ne autorizza l'esecuzione.

La Circolare del 2009 prevedeva lo svolgimento della *due diligence* nella fase dell'esecuzione, disciplinando addirittura la composizione del *due diligence team* e il

contenuto del cd. report (la relazione che riassume quanto emerso dall'esercizio di *due diligence*) che doveva contenere informazioni in merito agli esami effettuati e ai relativi esiti, alle deduzioni e raccomandazioni fatte e alle eventuali modifiche agli accordi da proporre alla controparte.

La Circolare del 2010, invece, pur mantenendo la stessa impostazione della precedente, anticipava la *due diligence* alla seconda fase, facendola diventare parte dell'istruttoria condotta nel corso dell'operazione e migliorando così la visibilità delle funzioni interne di Eni sui termini dell'operazione.

In particolare, la nuova circolare strutturava il processo nelle seguenti fasi:

- (i) individuazione dell'iniziativa (fase 1);
- (ii) approvazione ad avviare l'istruttoria;
- (iii) istruttoria e negoziazione, comprendente l'esecuzione di una due diligence esterna (per le acquisizioni) o interna (per le cessioni) (fase 2);
- (iv) autorizzazione a procedere;
- (v) esecuzione (fase 3).

Sempre con riferimento all'esercizio di *due diligence*, va segnalato che tale circolare ne estendeva l'applicazione anche alla fase della valutazione economica dell'*asset* (elemento questo di assoluta e fondamentale rilevanza per tutte le considerazioni svolte in merito alla correttezza del prezzo e l'impossibilità per i singoli funzionari di determinarlo o variarlo in via autonoma -) e prevedeva il coinvolgimento sia della funzione legale dell'Eni che dell'*Anti-corruption Legal Support Unit* al fine di individuare i principali fattori di rischio.

L'esercizio di *due diligence* doveva riguardare sia l'oggetto della compravendita, che i partner potenziali, al fine di accertarne l'affidabilità, sui quali andavano svolti opportuni accertamenti, attingendo sia alle informazioni fornite dal potenziale partner, che da fonti pubbliche e estendendo le verifiche all'intera catena di controllo.

Per quanto riguarda l'esercizio di *due diligence* le procedure di Eni rappresentavano standard di livello avanzatissimo, superando le stesse Linee Guida di Confindustria, che si limitavano a prevedere lo strumento della *due diligence* non in via generale, ma esclusivamente in caso di specifiche operazioni in contesti critici o in presenza di elementi di rischio già individuati.

L'analisi condotta sulle procedure conferma che Eni aveva delineato delle procedure con specifici presidi di controllo anticorruzione e che le suddette procedure erano perfettamente integrate e coerenti con i principi previsti da Modello 231 e dal Codice Etico.

Considerando che solo di recente alcuni gruppi di grandi dimensioni hanno introdotto normative interne e presidi anticorruzione, il sistema anticorruzione di Eni rappresentava in Italia una delle realtà di riferimento con la definizione di linee guida e di procedure relative alle operazioni maggiormente a rischio e l'introduzione nel sistema di controllo interno in ambito anticorruzione.

Da questa disamina emerge chiaramente come il disegno del sistema 231 di Eni fosse altamente avanzato e perfettamente allineato alla normativa vigente, alle *best practice* nazionali e internazionali, agli orientamenti dottrinali e gestito da un numero relevantissimo di persone, uffici e *advisor* esterni che ne curavano l'accuratezza e l'aggiornamento.

Dato che nulla può essere rimproverato a Eni in termini di disegno del Modello 231, occorre ora verificare se il Modello 231 di Eni e le relative procedure – perfette sulla carta – siano state effettivamente attuate nel contesto dell'operazione riguardante l'OPL 245. La prossima parte della memoria affronterà proprio quest'analisi, ricostruendo l'operazione e quanto compiuto dalle funzioni interne di Eni.

Per completare l'analisi dell'organizzazione di Eni e del proprio agire rispetto al caso concreto, occorre, dopo avere analizzato la normativa interna, anche confrontarsi (in astratto e nel caso concreto, dettagliatamente esaminato nei capitoli

che precedono) con l'ordinamento internazionale in materia di anticorruzione, già delineato sopra al fine di identificare la ripartizione di ruoli tra stati ed imprese.

Esso è costituito da norme riconducibili a tre principali categorie di fonti: i trattati e le convenzioni internazionali, le normative nazionali volte a recepire tali trattati e le *best practice*, intese quali linee guida, istruzioni, modelli e contratti-tipo internazionali.

I trattati e le convenzioni internazionali sono vincolanti esclusivamente per gli stati sovrani firmatari e prevedono soltanto obbligazioni indirette di mezzo a carico dei privati (i.e., le previsioni dei trattati internazionali non vincolano direttamente i privati salvo che non siano recepiti nella normativa nazionale e, in ogni caso, tali previsioni non prevedono obbligazioni di risultato specifico a carico dei privati), lasciando al settore pubblico la guida e la responsabilità per la prevenzione della corruzione.

Non esistono dunque norme sovranazionali vincolanti per gli operatori privati, con le quali confrontare l'operato di Eni nell'ambito dell'operazione oggetto di giudizio.

Al fine di diventare vincolanti per gli operatori privati le norme poste a livello sovranazionale attraverso i trattati internazionali devono essere recepite nelle legislazioni nazionali.

Tale esercizio ha portato all'introduzione di nuove fattispecie penali in materia di reati contro la pubblica amministrazione (es. il reato di corruzione internazionale) e numerose altre modifiche in diversi ordinamenti nazionali, come l'introduzione di leggi contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri. L'argomento a favore dell'adozione di adeguati modelli aziendali di prevenzione e controllo dei rischi associati ai reati di corruzione (di seguito, per comodità: "modelli di compliance") ha trovato, quindi, recepimento anche in Italia proprio con l'emanazione del D. Lgs. 231 del 2001.

A differenza di quanto avvenuto nel sistema statunitense, in cui i trattati internazionali sono stati attuati prevedendo un regime di responsabilità oggettiva per

le persone giuridiche che si rendono colpevoli di episodi corruttivi, la normativa in materia di quasi tutti i paesi europei, compresa l'Italia, prevede invece obbligazioni di mezzi in capo ai soggetti privati, attraverso l'adozione di adeguati modelli organizzativi per la prevenzione e il controllo dei rischi associati ai reati di corruzione, che consentono alle persone giuridiche di non essere colpite da sanzioni penali.

Volendo valutare se gli operatori privati hanno effettivamente adottato i mezzi necessari a prevenire la commissione di reati, i modelli di *compliance* adottati possono essere raffrontati con le *best practice* raccomandate per il settore di competenza dagli organismi internazionali.

Tali *best practice* internazionali prescrivono principi, comportamenti, procedure in materia di prevenzione della corruzione per le imprese in termini, generalmente, giuridicamente non obbligatori e riguardano i comportamenti (i.e. i 'mezzi') che le imprese dovrebbero porre in essere al fine di prevenire la corruzione, senza alcuna garanzia di risultato.

Ne deriva che, qualora un'impresa – pur avendo aderito in maniera scrupolosa alle *best practice* rilevanti – si trovi comunque coinvolta in una condotta penalmente rilevante, non potrà concludersi in maniera automatica che il suo sistema di *compliance* non sia adeguato alle *best practice* (o alla sua estrinsecazione normativa italiana), ciò che altrimenti introdurrebbe una responsabilità oggettiva, che, invece, norme e prassi hanno inteso escludere.

È noto, purtroppo e come già sopra esposto ed analizzato, che l'applicazione giurisprudenziale, pur accogliendo (e non poteva essere altrimenti) l'impostazione normativa, nei fatti non si è pressoché mai pronunciata in termini positivi su ciò che le aziende dovrebbero fare, limitandosi a valutare "ex post" l'inadeguatezza per il solo fatto che una condotta avesse potuto verificarsi.

A differenza dei trattati internazionali, che parlano esclusivamente agli stati, le *best practice* sono rivolte anche alle imprese, alle quali sono indicati comportamenti virtuosi e procedure, che dovrebbero ridurre il rischio corruttivo.

Tuttavia le stesse *best practice* mantengono molto chiaro il confine tra le attività preventive di competenza degli stati sovrani e quelle di competenza degli operatori privati.

In materia anticorruptiva permane, quindi, una netta distinzione tra ciò che spetta alle autorità pubbliche e ciò che, invece, grava sui privati al fine di attenuare i rischi di corruzione.

Tra le fonti di best practices internazionali più rilevanti è opportuno ricordare proprio il “*Corruption in the Extractive Value Chain. Typologies of Risks, Mitigation Measures and Incentives*”, pubblicato dall’OCSE nel 2016 e richiamato nell’esposizione iniziale di questa nota.

Confrontando, quindi, ed in via specifica l’operato di Eni nel contesto dell’operazione oggetto di giudizio con quanto raccomandato dalle *best practice* internazionali in materia anticorruptiva (operando cioè un’analisi che eccede tale verifica rispetto al Modello 231, che costituisce una “porzione” di tali *practice*), deve concludersi che non possano addebitarsi ad Eni comportamenti difformi da quanto prescritto dalle regole aziendali (sistema normativo, codici, circolari, prassi applicative, ecc.), che sono conformi alle prescrizioni di legge e a quanto suggerito dall’esperienza per cautelarsi dal compiere illeciti nel perseguimento delle attività aziendali.

Non vi sono motivi per addebitare a Eni una mancata aderenza agli standard di *best practice* di identificazione, mitigazione e gestione del rischio, considerate proprio le varie cautele messe in atto nel perfezionare l’operazione sul piano contrattuale e legale, e, da ultime, con l’intervento del Governo Nigeriano e la decisione di addivenire ad accordi giuridicamente vincolanti (il *Resolution Agreement*) solo ed esclusivamente con esso.

Risultano altresì provate le cautele poste in essere da Eni nel contesto dell’operazione, con diversi esercizi di *due diligence* condotti su Malabu e i propri *business partner*, e l’ampio coinvolgimento dei numerosi uffici competenti, inclusi

quelli deputati alla gestione dei rischi corruttivi in tutte le fasi dell'operazione, dimostrando così come Eni avesse svolto un'adeguata valutazione dei rischi – geografico, settoriale e specificamente relativi all'acquisizione del Blocco 245 – connessi all'operazione.

I numerosi accertamenti compiuti dall'Eni su Malabu e la propria struttura societaria (si ricordino le due *due diligence* commissionate da Eni al TRAG, gli accertamenti compiuti internamente e riflessi nella “nota due diligence Circolare 379/2009”, nonché gli accertamenti commissionati a due noti studi legali nigeriani - Paul Erokoro e Aluko&Oyebode - conseguenti all'azione di Mohamed Sani Abacha volta a rivendicare la titolarità di Malabu, che comportarono la discesa in campo del Governo Nigeriano) sono perfettamente in linea proprio con il Manuale dell'OCSE sui rischi e le relative misure di mitigazione nel settore estrattivo.

Come risulta dalla stessa documentazione acquisita agli atti dell'inchiesta, Eni valutava e gestiva quindi adeguatamente i rischi connessi al coinvolgimento di intermediari nell'operazione – citato in quasi tutte le *best practice* internazionali come uno dei principali fattori di rischio – non avvalendosi di intermediari e valutando con estrema attenzione le credenziali del Dott. Obi (si veda la cronologia predisposta dal Dott. Armanna e la corrispondenza interna di Eni, da cui emerge come le funzioni interne richiesero insistentemente copia del mandato conferito da Malabu a EVP), che veniva (poi tra l'altro) riconosciuto comunque come un intermediario totalmente alieno ad Eni, peraltro serio, competente e valido nel giudizio di fronte alla *High Court of Justice* deciso dal giudice Gloucester con un giudizio ex-post la cui valenza deve essere ben compresa e valorizzata.

È agevole poi riscontrare che, come raccomandato dalle *best practice* anticorruptive, i flussi comunicativi tra direzione centrale di Eni e le diverse unità, incluse quelle impegnate in Nigeria, sono frequenti, così come è frequente il coinvolgimento dell'*Anti-corruption Unit* di Eni.

Più in generale si può anche osservare che le procedure e politiche di lotta alla corruzione adottate da Eni erano e sono adeguatamente pubblicizzate all'interno e all'esterno dell'azienda (anche attraverso la pubblicazione sul sito internet) e il sistema di reporting e documentazione di quanto posto in essere dalle varie funzioni è chiaramente riscontrato dall'enorme mole di documentazione acquisita agli atti.

Inoltre, sempre come previsto dalle migliori prassi internazionali in materia anticorruptiva, Eni ha predisposto un'apposita procedura per le relazioni e la tutela dei c.d. "*whistle-blowers*";

Infine, come verrà di seguito specificato, le numerose funzioni di Eni coinvolte nell'operazione hanno tutte scrupolosamente seguito le procedure interne in materia nell'ambito dell'applicazione del Modello 231 e delle politiche anti-corruzione dell'azienda.

Proprio le funzioni e le procedure interne di Eni misero in luce, più di una volta, l'incompletezza delle informazioni disponibili e la necessità che una conclusione positiva della trattativa con Malabu (mai concretizzatasi per l'ingresso in scena del Governo Nigeriano) fosse subordinata a tale completamento, richiedendo da subito e mantenendo sino alla fine l'inclusione di un'apposita condizione nella lettera di offerta a Malabu del 30 ottobre 2010 (ultimo atto della fase "privata" della trattativa).

Per certi versi, se ne può anche concludere che il coinvolgimento del Governo Nigeriano fece seguito proprio all'attivazione delle funzioni interne di Eni che, seguendo le procedure adottate dalla società, ponevano paletti insormontabili (per normativa interna, non per violazione di leggi applicabili) alla definizione dell'operazione con Malabu come parte privata.

VII

Il modello di organizzazione e le procedure interne di Eni sono state pienamente rispettate nel contesto dell'operazione.

Dato che nulla può essere rimproverato a Eni in termini di disegno del Modello Organizzativo, occorre verificare se lo stesso e le relative procedure – perfette sulla carta – siano state effettivamente attuate nel contesto dell'operazione riguardante l'OPL 245.

Come noto, l'operazione oggetto di indagine è stata caratterizzata da un rilevante grado di complessità e ha subito nel tempo un'evoluzione e diversi cambi di struttura legati all'evoluzione del negoziato e delle controparti anche in relazione al rispetto delle procedure interne di Eni vigenti nelle singole fasi dell'operazione, che iniziarono nel 2007 e si protrassero fino alla primavera del 2011.

Possiamo anticipare che dalla ricostruzione temporale delle cinque fasi dell'operazione che hanno portato all'acquisto dell'OPL 245 e dall'analisi dell'approccio tenuto dalla Società all'operazione, delle modalità con cui si sono svolte le trattative con Malabu prima e con il Governo Nigeriano poi e del coinvolgimento e dell'operato delle diverse funzioni interne di Eni, emerge chiaramente il pieno rispetto del Modello Organizzativo e delle procedure interne adottate dalla Società.

Prima Fase

L'interesse di Eni ad acquisire la concessione esplorativa sul Blocco 245 non si manifestò per la prima volta nel 2009, ma ben due anni prima. Il primo contatto fra Eni e Malabu avvenne infatti nel 2007, quando Malabu – dopo aver sottoscritto in data 30 novembre 2006 un accordo transattivo (“*Settlement Agreement*”) col Governo Nigeriano (quello che pose fine alle controversie pendenti tra le parti nigeriane sull'OPL 245 ma che aprì il varco a diversi contenziosi internazionali miliardari promossi da Shell) – ritenne che vi fossero le condizioni per coinvolgere sul

progetto un *partner* internazionale con le capacità tecniche necessarie per mettere in produzione il Blocco 245.

In questa prima fase Malabu appariva rappresentata da Dan Etete, che si accreditava come un consulente (non proprietario) della società.

Malabu prese contatto con alcune delle principali società petrolifere del mondo, tra cui anche Eni, al fine di sondare la loro disponibilità a collaborare con Malabu per la messa in produzione del Blocco.

In tale contesto si svolse la prima fase delle trattative tra Malabu e NAE (la società di diritto nigeriano controllata da Eni), caratterizzata da alcuni incontri (tenutisi tra l'8 e il 23 febbraio 2007) e la sottoscrizione di un successivo accordo di riservatezza (“*Confidentiality Agreement*”) datato 23 febbraio 2007, col quale NAE, come usuale prassi in questo tipo di operazione, assumeva alcuni impegni di riservatezza rispetto alle informazioni fornite da Malabu in ragione del possibile interesse di NAE per l'operazione.

Già nel 2007, in ossequio alle buone prassi e alle procedure interne di Eni, le funzioni competenti del Gruppo si attivarono immediatamente per svolgere una prima *due diligence* su Malabu e la titolarità dell'OPL 245 – esattamente come raccomanderà di fare l'OCSE nel proprio Manuale del 2016 intitolato “*Corruption in the Extractive Value Chain. Typologies of Risks, Mitigation Measures and Incentives*” nei casi di opacità in merito al titolare effettivo e al procedimento di allocazione delle concessioni.

Tali attività culminarono nel mandato di *due diligence* a *The Risk Advisory Group* ⁽⁴⁾, una nota Società attiva nel settore del *business intelligence*, che evidenziò le criticità legali connesse ai contenziosi intentati da Shell in merito alla titolarità della concessione.

⁽⁴⁾ Vedasi Proc. 54772/13 – 014431 per i report di *due diligence* su Malabu.

Questa prima fase delle trattative si interruppe molto presto su iniziativa del Dott. Descalzi – all’epoca Direttore Generale della Divisione *Exploration & Production* di Eni – sia a seguito delle citate criticità riscontrate in sede di *due diligence*, sia per effetto di una sorta di diffida ricevuta da Shell, che avvertiva Eni delle possibili conseguenze connesse ai contenziosi pendenti sulla titolarità della concessione e sui diritti vantati dalla stessa Shell sul Blocco 245.

Questa prima fase delle trattative dimostra inequivocabilmente che Eni era già a conoscenza dell’opportunità connessa all’OPL 245 (seppure già da allora OPL 245 si presentasse come una *res litigiosa*) e che quindi non necessitava di intermediari per accreditarsi presso il venditore.

Al contrario risulta provato che era Malabu ad avere necessità di trovare – come poi fece, attraverso EVP e Obi – un canale di comunicazione con Eni per riallacciare i rapporti e provare a concludere, alcuni anni dopo, la trattativa soltanto abbozzata nel 2007.

Già da questo elemento si comprende chiaramente come EVP e Obi non agirono di certo per conto di Eni o dei suoi manager (Eni non vuole e non può utilizzare intermediari). Al tempo stesso, ai fini dell’analisi condotta in questa memoria, è fondamentale notare come già in questa prima fase si attivarono le stesse funzioni interne di Eni che poi si riattivarono nel 2010.

Furono commissionate indagini e *due diligence* a soggetti esterni (per la verità anche se le procedure interne all’epoca vigenti le prevedevano in una fase più avanzata delle trattative) a cui si chiese successivamente di aggiornare le proprie indagini, a dimostrazione che l’operato di Eni nel 2010/2011 non fu viziato da anomalie procedurali o condizionamenti interni o esterni, essendo perfettamente coerente con quello che la Società aveva fatto in relazione allo stesso Blocco due anni prima, quando alcune persone a giudizio (Bisignani, Di Nardo, Obi, Falcioni, Armanna, etc.) non avevano proprio ancora fatto il loro ingresso sulla scena.

Seconda Fase

Gli anni che separarono il primo contatto tra Eni e Malabu dall'ingresso in scena di Obi non trascorsero in un vuoto temporale rispetto alle vicende dell'OPL 245, ma furono invece caratterizzati dai conteziosi miliardari promossi in varie sedi nazionali e internazionali da Shell contro Malabu, il Governo Nigeriano e la NNPC (*National Petroleum Company*, la società petrolifera di stato della Nigeria), innescati proprio dalla conferma in capo a Malabu (per via del citato *Settlement Agreement* del 30 novembre 2006) della piena e libera titolarità della concessione sul Blocco 245.

Nonostante i diversi tentativi di giungere a un componimento complessivo delle controversie pendenti, le parti non riuscirono a raggiungere un accordo definitivo che ponesse fine alle rispettive pretese sul Blocco (e nonostante che il Governo Nigeriano avesse addirittura offerto a Shell l'assegnazione di una nuova concessione di valore equivalente a quello dell'OPL 245 a compensazione della riallocazione di quest'ultima a favore di Malabu).

Alla fine del 2009 la situazione operativa del Blocco 245 era ancora completamente ingessata: in tale contesto prese il via la seconda fase delle trattative, che si protrasse fino al mese di giugno dell'anno successivo. Esse si svolsero sotto l'egida e la regia di EVP e di Obi ⁽⁵⁾, che il 15 novembre 2009, informarono Eni di aver ricevuto un mandato in esclusiva della durata di due mesi per la vendita della concessione, invitando NAE a formulare un'offerta relativa alla vendita del 40% dell'OLP 245 ⁽⁶⁾.

EVP lavorò dunque soltanto per Malabu, interfacciandosi per conto di quest'ultima non soltanto con Eni, ma anche con altre *major* petrolifere (è illogico anche solo ipotizzare che EVP agisse per Eni quando la stessa EVP lavorò invece alacremente per aumentare il più possibile il numero dei soggetti interessati

⁽⁵⁾ Vedasi Proc. 54772/13 – 014438 n. 5 e 6; Proc. 54772/13 – 014450 n. 23 e 24.

⁽⁶⁾ Vedasi Proc. 54772/13 – 014443 n. 9 e 10.

all'operazione al fine di massimizzare il ritorno economico per Malabu e – di riflesso – le proprie commissioni).

Sempre in merito al ruolo di EVP, va sottolineato come Eni e NAE condussero da subito una serie di approfondimenti su Obi, che comportarono l'analisi dei documenti ottenuti a fronte di richieste documentali all'interessato (credenziali e copia del mandato ricevuto da Malabu) e ricerche su fonti aperte (internet e giornali *online*).

A supporto di tali attività di verifica condotte da Eni/NAE su Obi sono stati acquisiti i seguenti documenti che identificano le analisi svolte da Eni:

- (i) Email del 23 febbraio 2010 dal Responsabile delle attività M&A nella divisione trattative dell'Eni indirizzata alla *Senior Vice President International Negotiations - Exploration & Production*, in cui venivano fornite informazioni su Obi ed EVP.
- (ii) Email del 10 marzo 2010 dalla *Legal Assistance Manager North Africa, Middle East and Reserves* indirizzata alla *Senior Vice President International Negotiations - Exploration & Production*, in cui sono riportati gli esiti della ricerca svolta su siti internet sul Dott. Obi e sono allegati anche alcuni link che rimandano ai siti internet consultati.

Dalla documentazione sopra identificata, emerge chiaramente come Eni condusse adeguate verifiche anche sul consulente della propria controparte, nonostante le procedure al momento vigenti non le contemplassero, al fine di provare a fare chiarezza sui propri interlocutori e a riprova dell'attenzione riposta da Eni nelle verifiche su Malabu.

Proprio in merito alle verifiche condotte in questa fase iniziale su Malabu, Eni – in aggiunta alle verifiche commissionate a *The Risk Advisory Group* – richiese direttamente alla società nigeriana una serie di informazioni attraverso la compilazione di un questionario previsto dalla propria normativa interna (si veda la precedente analisi della circolare n. 422, che imponeva l'acquisizione di informazioni dal partner potenziale, attraverso la compilazione del questionario allegato alla normativa

“Autorizzazione e Controllo delle Operazioni di Compravendita e di Affitto di Rami d’Azienda”) al fine di acquisire informazioni dai partner potenziale in cui, tra le altre, erano presenti due domande sull’assetto proprietario e sui rapporti della Società con il Governo Nigeriano.

Nel questionario, datato 12 marzo 2010, Malabu rispose “No” alle domande poste per verificare se uno dei proprietari/titolari fosse un ex funzionario del Governo Nigeriano e “Non pertinente” alla domanda se negli ultimi cinque anni uno dei titolari fosse stato indagato o condannato per un reato o fosse stato oggetto di contestazioni di concussione o corruzione.

Questa area di “attenzione” fu ben presente sino alla fine del processo negoziale ed ispirò sia le condizioni apposte all’offerta, sia l’interruzione delle trattative con Malabu, sia – infine - il mutamento di struttura e controparte contrattuale

La seconda fase negoziale che vide coinvolte da subito diverse funzioni interne di Eni, tra cui anche il Consiglio di Amministrazione stesso nella sua interezza, proseguì con la sottoscrizione di un secondo accordo di riservatezza in data 17 febbraio 2010.

Eni avviò fin dal mese di febbraio 2010 un’attività di *due diligence* nei confronti di Malabu, al fine di confermare chi ne fosse il proprietario e se quest’ultima avesse un titolo valido sull’OPL 245.

Tale attività risulta già conforme ed in via anticipatoria a quanto previsto dalle Circolari n. 335 del 2008, n. 422 del 2010 (seppur non ancora in vigore) e n. 379 del 2009, dove viene riportato che “*Il Project Leader con il supporto del team di lavoro e di eventuali Advisor specialistici coordina le attività di due diligence esterna (nel caso di acquisizioni) o interna (nel caso di cessioni) sull’oggetto della compravendita e sul potenziale Partner al fine di accertarne l’affidabilità. Il Project Leader redige inoltre il rapporto di due diligence*”.

La necessità di effettuare l’esercizio di *due diligence* venne confermata dalle Linee Guida Anticorruzione che al Par. 5.8 dedicato alle operazioni di acquisizione e

cessione affermava “*Un importante aspetto di qualunque acquisizione o cessione proposta è rappresentato dalla due diligence (con riguardo anche al rispetto delle Legge Anticorruzione) esterna (nel caso di acquisizioni) o interna (nel caso di cessioni)*”.

Da ultimo, a confermare l'importanza per Eni dell'espletamento della *due diligence*, va segnalato che tutte le proposte avanzate da Eni a Malabu erano deliberatamente ed espressamente condizionate a un esito soddisfacente della *due diligence* in corso, che rappresentava dunque un elemento fondamentale per il processo decisionale di Eni (ed eventualmente ostativo della conclusione di atti aventi effetti giuridici rilevanti).

Nel mese di aprile del 2010 il Dott. Descalzi attivò un primo contatto con Shell, effettuando una telefonata esplorativa con il Dott. Brinded, suo omologo nella società anglo-olandese che vantava diritti ed interessi sull'OPL 245 (Shell aveva avviato un'azione miliardaria per rivendicare la proprietà dell'OPL 245 e già nel 2007 aveva chiaramente detto ad Eni di “stare alla larga” da OPL 245, che evidentemente Shell sentiva come “cosa propria”). La Procura ha collocato invece, erroneamente (anticipando il fatto) questo contatto nel febbraio 2010.

Sondata la disponibilità di Shell a essere coinvolta nel progetto (contrariamente al 2007 quando Eni fu diffidata da Shell a continuare le valutazioni sul Blocco), Vincenzo Armanca ricevette in data 27 aprile 2010 istruzioni di trasmettere **una prima offerta preliminare, condizionata e non vincolante da parte di NAE ⁽⁷⁾, che – in ossequio alla normativa interna di Eni – fu predisposta con tutte le strutture interne di Eni preposte, ovvero quella legale, di pianificazione e controllo e quella deputata alle negoziazioni.**

Occorre a questo punto esaminare il contenuto economico intrinseco nonché giuridico di tale offerta. La Procura ha concentrato erroneamente tutta la propria

⁽⁷⁾ Vedasi Proc. 54772/13 – 014485 n. 63.

ricostruzione su un “prezzo” (che evidentemente si ritiene sbagliato – inflazionato per eccesso o per difetto, questo non si capisce – oltre che consegnato in mani sbagliate per ottenere illeciti vantaggi e per generare retrocessioni illecite), legato a un’operazione che si ritiene di corruzione.

Ciò che appare evidente è che l’Accusa non si è curata di esaminare adeguatamente tutte le condizioni essenziali della proposta di Eni, che fanno parte – unitamente al prezzo (sul quale ci soffermeremo in seguito) – di un’unica ed inscindibile volontà negoziale. Tale esame è indispensabile per comprendere se sia ipotizzabile o meno (e non lo è) che prezzo e condizioni delle offerte di Eni (e quelle che diventeranno poi quelle effettivamente previste nel *Resolution Agreement* con il governo) consentissero una lettura di indizi corruttivi.

Nella sua prima offerta (preliminare, condizionata e non vincolante) Eni chiarì fin da subito di essere interessata a proseguire i negoziati e a valutare l’acquisizione del - solo -40% (in quel momento) dell’OPL 245, soltanto a condizione che:

- (i) il contratto di compravendita (*sale and purchase agreement*) venisse approvato da parte di SNUD (Shell);
- (ii) venisse perfezionata la transazione delle controversie esistenti in merito alla titolarità della concessione;
- (iii) fossero ottenute tutte le autorizzazioni necessarie da parte delle autorità nigeriane, incluse quelle del Ministro del Petrolio e del Ministro delle Finanze;
- (iv) NNPC/DPR rinunciassero all’eventuale esercizio dei *back-in rights* ⁽⁸⁾.

Tali condizioni erano assolutamente coerenti con la normale prassi societaria e *transactional* e non solo riflettevano le giuste preoccupazioni delle funzioni interne di Eni in quel momento della trattativa, ma spiegavano anche perfettamente perché il coinvolgimento di Shell nell’operazione (i contatti tra i Dott. Descalzi e Brinded) era

⁽⁸⁾ Vedasi Proc. 54772/13 – 014494 n. 78.

una condizione essenziale per consentire a Eni di acquisire la concessione libera da pretese di terzi.

A seguito della presentazione della prima offerta preliminare, condizionata e non vincolante, EVP ritenne che vi fossero le condizioni per fornire a Eni ulteriori informazioni sul Blocco, richiedendo tuttavia alla società italiana il pagamento di una somma a copertura dei costi di processo ⁽⁹⁾...

In data 28 maggio 2010 Eni effettuò il pagamento dopo aver ottenuto conferma da parte della LGT BANK IN LIECHTENSTEIN AG che il nome del beneficiario corrispondeva all'IBAN del conto aperto presso la filiale svizzera della banca.

In particolare, venne corrisposto l'importo di Euro 500.000 a fronte di fattura datata 10 aprile 2010, fattura regolarmente recante le coordinate bancarie per il bonifico.

In merito a tale pagamento va chiarito come nell'ambito della trattativa EVP richiese a Eni altri due pagamenti cui Eni non diede corso, limitandosi a compartecipare ai costi di accesso alla *data room* virtuale contenente informazioni sul Blocco 245.

Sul punto va ricordato come lo svolgimento di una *due diligence* sulle informazioni messe a disposizione del venditore fosse perfettamente coerente con quanto raccomandato dalle migliori *best practice* internazionali (oltre che con la prassi di mercato *transactional*). A ulteriore conferma dell'assoluta trasparenza del pagamento, l'ottenimento dell'accesso alla suddetta *data room* venne citato nel corso dell'informativa data al CdA di Eni in data 25 febbraio 2010 (dove si legge "*è previsto un accesso in Data Room che consentirà di approfondire la valutazione*

⁽⁹⁾ Sul punto va ricordato come EVP e Malabu fossero perfettamente a conoscenza del fatto che Eni deteneva già dei diritti esplorativi su un Blocco attiguo a quello oggetto della trattativa e che quindi Eni fosse particolarmente interessata a visionare ulteriori informazioni su quell'area, che avrebbero potuto avere per la società italiana un interesse ultroneo rispetto alla mera valutazione dell'opportunità di acquisire i diritti sul Blocco 245.

tecnico/economica dell'asset e verificare gli aspetti contrattuali e legali"), nonché in un'email del 16 aprile 2010 trasmessa da Giordani a Vincenzo Armana, *Project Leader* del progetto, in cui venivano formulate alcune considerazioni circa il contenuto della stessa *data room*: "... Segnaliamo brevemente che:

- *Il materiale presente è quasi lo stesso della Data Room del 2007*
- *I nuovi documenti presenti e relativi al periodo marzo – giugno 2007 (non inclusi nella precedente Data Room) includono della corrispondenza tra Malabu, Ministro del Petrolio, Shell e il Presidente, ventilano il possibile ingresso nel blocco da parte di NNPC, aumentando l'incertezza circa l'effettivo framework legale/fiscale relativo all'OPL 245.*
- *Manca qualsiasi informazione successiva al giugno 2007, sia per quanto riguarda la corrispondenza/accordi tra Malabu/Governo/Shell sia per quanto riguarda la disputa tra Shell ed il Governo ...".*

Come detto, Eni si rifiutò invece di effettuare gli ulteriori pagamenti richiesti da EVP nel contesto dell'operazione, ossia il pagamento per l'esclusiva nell'operazione, pari a circa 5 milioni di dollari, in quanto tale pagamento era subordinato al positivo riscontro della *due diligence* su Malabu, che – a riprova dell'ottimo lavoro svolto dalle funzioni interne – non fu mai ritenuta pienamente soddisfacente da Eni, e al deposito non rimborsabile di 100 milioni di dollari che non fu mai effettuato da Eni (proprio le miglior *best practice* internazionali in materia di negoziazione contrattuale sconsigliano il pagamento di depositi non rimborsabili)⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Un documento recentemente elaborato congiuntamente dal *World Economic Forum*, dalle Nazioni Unite, da *Transparency International* e dall'ICC prevede che le imprese debbano approntare: "*specific guidelines dedicated to negotiations that expressly address the kickback issue with the obligation to immediately report any solicitation to management*". Si veda United Nations Global Compact/ World Economic Forum/ICC/Transparency International, *RESIST Resist Extortion and Solecitation in International Transactions* (2011), 8; United Nations Global Compact, *Fighting Corruption in the Supply Chain*, (United Nations Global Compact, 2016), p. 22, 25-6.

Dopo una serie di attività svolte dalle varie funzioni tecniche di Eni sulla valutazione dei valori dell'operazione e della relativa congruità in termini di prezzi e ritorni per la società (anche con il coinvolgimento attivo dell'Unità *Anti-corruption*), questa seconda fase delle trattative si concluse con la presentazione in data 16 giugno 2010, di una offerta non-vincolante. Tale offerta venne rifiutata da Raiffeisen il 6 luglio 2010, sul presupposto che il prezzo indicato (tra 460 e 620 milioni di dollari in funzione di condizioni variabili) fosse significativamente più basso rispetto alle aspettative di Malabu ⁽¹¹⁾.

È opportuno richiamare nuovamente in questa sede le condizioni apposte da Eni che, come già ricordato, devono leggersi come un tutt'uno con il prezzo:

- (i) l'ottenimento di tutte le necessarie approvazioni aziendali;**
- (ii) la risoluzione definitiva di tutte le controversie esistenti sull'*asset* e la conferma definitiva concernente l'assenza di qualsivoglia contenzioso pendente sullo stesso;**
- (iii) il completamento del processo di *due diligence* su Malabu con esito pienamente soddisfacente a discrezione esclusiva di NAE;**
- (iv) la definizione di adeguate e soddisfacenti regole di *governance* dell'interesse comune risultante dalla conclusione dell'operazione che doveva prevedere un adeguato sistema di controllo interno (si ricorda, era per il 40%);**
- (v) la piena efficacia dei termini e delle condizioni legali, fiscali e contrattuali applicabili all'OPL 245;**
- (vi) l'approvazione da parte di soggetti terzi aventi un interesse nell'*asset*, se del caso;**

⁽¹¹⁾ Vedasi Proc. 54772/13 – 014496 n. 81 e 82.

- (vii) **l'ottenimento da parte delle autorità nigeriane di tutte le necessarie approvazioni per l'operazione, incluse quelle del Presidente, del Ministero del Petrolio e del Ministero delle Finanze;**
- (viii) **nessun esercizio da parte di NNPC dei *back in rights*;**
- (ix) **la clausola di stabilizzazione contro qualsiasi modifica del regime fiscale applicabile;**
- (x) **la verifica di soddisfazione di NAE dei dati tecnici basati sulle informazioni messe a disposizione in *data room*;**
- (xi) **l'applicazione di termini fiscali ai sensi del *Production Sharing Contract 2000* in caso di corrispettivo pari ad USD 620 milioni;**
- (xii) **l'applicazione di termini fiscali ai sensi del *Production Sharing Contract 2005* in caso di corrispettivo pari ad USD 460 milioni.**

Basta questo lungo elenco di condizioni a confermare sia l'approccio iper-conservativo di Eni nelle trattative con Malabu, sia la perfetta adesione alle tutele imposte dalle procedure interne, che imponevano di gestire con rimedi contrattuali le varie criticità emerse nel corso della *due diligence*.

È anche importantissimo notare come si fosse da subito avviata la procedura di coinvolgimento tecnico/finanziario delle funzioni di Eni preposte a tale fine, valutazioni che rimasero sostanzialmente ferme e che non rientravano per espressa procedura interna nella autonoma disponibilità di nessuna funzione apicale coinvolta in questo procedimento.

EVP e Raffeisen, comunicarono quasi immediatamente il rifiuto di Malabu dell'offerta, invitando al contempo alla continuazione delle trattative.

Terza Fase

Il 10 luglio 2010 Malabu ottenne dal Ministero del Petrolio Nigeriano – con una modalità simile al “giudizio di ottemperanza” previsto dal diritto italiano – la conferma scritta del rilascio della concessione già prevista dal *Settlement Agreement* stipulato col Governo Nigeriano nel 2006 ⁽¹²⁾.

Iniziò quindi la terza fase, che riflette un ulteriore mutamento significativo di struttura: si passò da un’ipotesi di cessione del 40% dei diritti a Eni a quella di una cessione del 100% degli stessi congiuntamente a Eni/Shell.

Eni si attivò di nuovo, anche ai fini delle proprie valutazioni interne, per verificare con le fonti pubbliche le novità giuridiche rappresentate da Malabu e richieste di poter svolgere una nuova *due diligence* sui dati tecnici relativi al Blocco 245 elaborati da Shell nel corso delle attività esplorative svolte negli anni passati.

Inoltre, sempre al fine di avere la massima trasparenza su Malabu, Eni richiese a Shell di condividere le risultanze delle rispettive *due diligence* svolte sulla società nigeriana, che vennero trasmesse a Eni con un’email del 13 ottobre 2010 di Shell.

Gli elementi evidenziati dall’esame della documentazione trasmessa da Shell sono desumibili dall’estratto dell’email del 14 ottobre 2010 inviata da Kulsum Rashid a Giovanni Grugni.

Come conseguenza dell’acquisizione delle risultanze della *due diligence* condotta da Shell su Malabu in data 13 ottobre 2010 il *Vice President Africa, Middle East and Reserves Legal Assistance* di Eni trasmise al *General Counsel Extra Europe Senior Vice President*, un’email dove venivano evidenziati i rischi in merito all’opacità

(12) Dalle carte acquisite dalla Procura attraverso la rogatoria olandese si riscontra, proprio in relazione alla notizia relativa al rilascio del provvedimento del 10 luglio, il timore di Shell che Malabu a quel punto, una volta ottenuta conferma dal Governo della piena, lecita e legittima titolarità sul 100% dei diritti sull’OPL 245 su base c.d. “*sole risk*”, alzasse la posta delle trattative.

della *corporate governance* di Malabu (“*Rischiamo che qualcuno firmi a nome di Malabu senza averne i poteri. Da qui la segnalazione*”).

In data 13 agosto 2010 in occasione di un incontro di vertice Eni informò le Autorità nigeriane che – anche per mitigare i rischi legati alle enormi dimensioni degli investimenti sul progetto e quelli su Malabu emersi nelle varie *due diligence* svolte – Eni era interessata ad acquisire una partecipazione e l’*operatorship* nell’OPL 245 solo in *partnership* con Shell (che già aveva contratto con Malabu).

Vista la rilevanza del progetto, la delicatezza della situazione (stante i contenziosi avviati da Shell anche in sede internazionale), la necessità di continuare a destinare risorse importanti e significative nella trattativa e gli investimenti “*monstre*” richiesti per rendere operativo il Blocco, la visita alle Autorità Nigeriane da parte dei vertici di Eni (criticata dalla Procura) appare in realtà assolutamente dovuta, anche in considerazione degli altri *asset* e interessi detenuti da Eni in Nigeria.

Il Ministro del Petrolio richiese in ogni caso ad Eni di indicare per iscritto i termini essenziali del proprio interesse, riservandosi verifiche con i suoi legali ed una risposta formale anche sulla questione aperta dei *back-in rights*, nonché sul titolo della concessione. Il Governo Nigeriano manifestò quindi la sua attenzione per l’operazione già in questa fase.

Sul punto occorre precisare che l’interesse si giustificava con la necessità di risolvere definitivamente la vicenda connessa all’OPL 245 e i vari contenziosi avviati da Shell nei confronti del Governo Nigeriano, anche di fronte alla Banca Mondiale, che giocava un ruolo determinante per lo sviluppo economico della Nigeria.

Il Ministero del Petrolio fece seguito alle posizioni di Eni, insistendo invece per la conferma dei *back-in rights* a favore della NNPC (il proprio braccio operativo).

Tale circostanza dimostra come il Governo fosse tutt’altro che condizionato da eventuali dazioni illecite e anzi cercò di bilanciare gli interessi in gioco, tutelando l’interesse nazionale, attraverso la ri-emissione di una concessione “*sole risk*”, ma richiedendo comunque la concessione dei *back-in rights* a favore della NNPC.

La vicenda relativa ai *back-in-rights* (che porta ad affermare con pacifica serenità che la conclusione con il Governo Nigeriano peggiorò le condizioni economiche inizialmente considerate da Eni nelle precedenti offerte, in cui si assumeva l'assenza di tale onere, il bicchiere “pieno” di cui si diceva in precedenza) trovò alla fine componimento solo dopo il 30 marzo 2011, nella nuova struttura contrattuale e dopo vivacissime discussioni.

Infatti Eni e Shell accettarono di stipulare il *Resolution Agreement* non “limitando” al 50% la misura dell'esercizio dei *back-in-rights*, ma “concedendo” tale 50%, che non era previsto nelle trattative con Malabu e rappresentava comunque l'ammontare massimo mai richiesto dalla NNPC ad operatori petroliferi, in quanto si riteneva (non solo in Nigeria, ma in tutto il *West Africa*), che “espropriare” agli operatori petroliferi più del 50% dei giacimenti rappresentasse un disincentivo agli investimenti e non consentisse di massimizzare i profitti).

L'impalcatura accusatoria capovolge dunque le nozioni di fatto e di diritto, contestando come illecita la “limitazione ai *back-in rights*”, che rappresentava invece una “concessione” da parte di Eni e Shell, che accettarono di concedere *back-in rights* fino al 50%, quando molti altri operatori avevano beneficiato di un trattamento migliore e la NNPC non aveva mai esercitato tali diritti per partecipazioni superiori al 50% (proprio per non disincentivare gli investimenti delle compagnie petrolifere).

La scrivente difesa non può esimersi dal rilevare che la modifica *in pejus* dei termini della concessione comportò la riduzione proporzionale del valore dell'investimento da parte di Eni e Shell, circostanza incompatibile con qualsiasi ipotesi concreta o astratta che fosse, di accordi corruttivi. Nulla in sede dibattimentale ha cambiato questa constatazione.

A partire dal mese di agosto partirono serrate verifiche tecniche sui dati messi a disposizione da Shell e altrettante serrate trattative con EVP e Shell, che sfociarono nella presentazione dell'offerta (questa volta vincolante ma anch'essa sempre sottoposta a stringenti condizioni) del 30 ottobre 2010.

Nuovamente occorre declinare le condizioni associate a tale offerta e al prezzo che citiamo testualmente:

- *applicazione dei termini fiscali ai sensi del Deep Offshore and Inland Basin Production Sharing Contracts Act, Cap D3, Legge della Federazione della Nigeria 2004, ed in particolare:*
 - *Petroleum Profits Tax (PPT) per le operazioni petrolifere pari al 50%;*
 - *Investment Tax Allowance (ITA) per le operazioni petrolifere pari al 50%;*
 - *Royalty da corrisponderci a seconda delle aree nel modo che segue:*
 - *da 201 a 500 metri di profondità d'acqua: 12%;*
 - *da 501 a 800 metri di profondità d'acqua: 8%;*
 - *da 801 a 1000 metri di profondità d'acqua: 4%;*
 - *superiori ai 1000 metri di profondità d'acqua: 0%;*
- *applicazione della detrazione fiscale della somma pari ad USD 335.600.000 equivalente alla somma dei costi passati sostenuti da SNUD nell'esecuzione del programma di lavoro sull'asset secondo i termini del Production Sharing Agreement sottoscritto tra SNUD e NNPC in data 22 dicembre 2003;*
- *nessun diritto da parte di FGN o della NNPC e/o di qualunque delle rispettive agenzie e istituzioni competenti per acquisire qualsiasi interesse o qualsiasi titolo di qualsivoglia parte della produzione OPL 245;*
- *esenzione (anche per il rilascio della nuova licenza OPL 245) da tutte le imposte dirette e indirette, diritti e/o altri contributi in qualsiasi forma (anche a titolo di ritenuta), altrimenti a carico di Malabu;*
- *clausola di stabilizzazione contro qualsiasi modifica del regime fiscale applicabile;*
- *risoluzione ed interruzione di tutte le controversie concernenti SNUD e Malabu sull'OPL 245;*
- *risoluzione ed interruzione di tutte le controversie concernenti FGN e SNUD sull'OPL 245;*

- *approvazione da parte del Ministero delle Risorse Petrolifere del trasferimento dell'asset da Malabu a NAE;*
- *emissione dell'OPL 245 da parte del Dipartimento delle Risorse del Petrolio o qualsiasi altra autorità competente congiuntamente a NAE e SNEPCO;*
- *emissione da parte Ministero delle Risorse Petrolifere di una nuova licenza relativa a OPL 245 congiuntamente a favore di NAE e SNEPCO per una durata di dieci anni;*
- *approvazione da parte di soggetti terzi aventi un interesse nell'asset, se del caso;*
- *ottenimento di tutte le necessarie approvazioni aziendali.*

Anche questa offerta venne respinta da Malabu attraverso i propri *advisor*, in quanto non soddisfaceva gli “appetiti” economici di Malabu e presentava ancora delle condizioni che quest'ultima non era in grado di soddisfare.

A fronte della situazione di stallo nella trattativa, con Eni e Shell che continuavano a non volersi assumere rischi di natura giuridica, il Governo Nigeriano decise di farsi direttamente parte attiva nel mediare tra le posizioni delle parti ⁽¹³⁾, esercitando pressioni su tutte le parti coinvolte: su Malabu per calmierare le richieste di prezzo, su Eni e Shell per deporre certe richieste (*back-in-rights* a zero), sulle proprie funzioni interne (NNPC e DPR) per la definizione delle controversie in maniera consensuale e convenuta.

Prima di analizzare l'andamento delle trattative con il Governo Nigeriano è opportuno ricordare come, nel corso delle trattative con Malabu, Eni avesse tenuto un atteggiamento molto prudente rispetto a quest'ultima e avesse pienamente coinvolto la propria funzione interna *Anti-corruption*, competente in materia di anticorruzione, che aveva svolto un numero relevantissimo di attività per gestire il rischio di eventi corruttivi.

(13) Vedasi Proc. 54772/13 – 014590 n. 320 e 321; Proc. 54772/13 – 014594 n. 334.

Di seguito si fornirà una breve ricostruzione di tali attività e delle raccomandazioni fornite di Eni, che dimostrano inequivocabilmente come non sia imputabile ad Eni alcuna carenza organizzativa o mancanza procedimentale interna.

Una prima attività rilevante da parte dell'unità *Anti-corruption* si registra in data 12 maggio 2010 quando, in aderenza a quanto previsto dalla Procedura di Eni n. 377, l'Amministratore Delegato della NAE, trasmise all'unità *Anti-corruption* le risultanze delle attività di *due diligence* svolte fino a quel momento, allegando una nota di accompagnamento del *Project Leader*.

Nel rispetto delle normative Eni, l'unità *Anti-corruption*, in data 14 maggio 2010, trasmise un riscontro alla predetta nota, segnalando la mancanza di alcune informazioni importanti al fine della valutazione dell'operazione OPL 245.

In data 21 maggio 2010 sempre l'Amministratore Delegato della NAE rispose alla predetta email fornendo alcuni chiarimenti e integrazioni, in relazione alle osservazioni formulate dal *Legal Assistance for Criminal Law*, dell'unità *Anti-corruption*.

In data 25 maggio 2010 l'unità *Anti-corruption* trasmise un'email ai Dott. Pagano e Armanna per l'acquisizione dell'OPL 245, al fine di segnalare alcune considerazioni conseguenti all'esame della nota sul progetto in argomento e agli approfondimenti successivi, anche telefonici.

In data 27 maggio 2010, il *General Counsel Extra Europe Senior Vice President* di Eni inviò tramite email all'unità *Anti-corruption* una lettera contenente una bozza di offerta, a cui l'unità *Anti-corruption* apportò alcune integrazioni ed in cui precisava a EVP e a Malabu che l'offerta sarebbe stata subordinata al soddisfacente completamento della *due diligence*.

Sempre nell'email del 27 maggio 2010 viene ricordato dal *General Counsel Extra Europe Senior Vice President* di Eni che "... sarà necessaria anche una valutazione di congruità del corrispettivo da parte di un esperto terzo ...".

Successivamente alla modifica nella struttura dell'operazione, che vedeva Shell ed Eni *partner* per acquisire il 100% dei diritti esplorativi, si svolse un secondo *round* di attività rilevanti da parte dell'unità *Anti-corruption* prevalentemente volte a definire le opportune clausole anticorruzione da inserire nell'accordo fra Eni e Shell.

Al riguardo è stata acquisita agli atti un'email del 6 ottobre 2010 del *General Counsel Extra Europe Senior Vice President* di Eni, indirizzata all'unità *Anti-corruption*, in cui si faceva riferimento alla clausola proposta da Shell in merito al *participating interest* nell'*asset* nigeriano ed alle modifiche proposte da Eni. Nel documento si fa riferimento anche alla presenza della clausola relativa all'accettazione del Modello 231 di Eni. Al riguardo, nella medesima data, venne trasmessa un'email di risposta con la quale veniva fornita la clausola anticorruzione modificata.

Inoltre, in data 19 ottobre 2010, il *General Counsel Extra Europe Senior Vice President* di Eni trasmise un'email all'unità *Anti-corruption*, allegando una bozza preliminare della SPA con Malabu in cui veniva chiesto di verificare la clausola 7.6. A tale email l'unità *Anti-corruption* rispose in data 21 ottobre 2010, fornendo le proprie considerazioni: "... dalla bozza del contratto si desume un cambiamento del frame del "Progetto Clear Vision" rispetto allo schema preso in considerazione in origine, il quale prevedeva una partnership di Malabu con eni. Per una valutazione adeguata avremmo bisogno di un aggiornamento sul progetto rispetto al periodo in cui avevamo effettuato le nostre considerazioni, in particolare su: nuovo schema dell'operazione, eventuali sviluppi relativi alla controversia sulla titolarità della licenza, aggiornamento dei dati societari di Malabu ...".

In data 29 ottobre 2010 il *General Counsel Extra Europe Senior Vice President* di Eni rispose all'unità *Anti-corruption* indicando che il *Project Manager* avrebbe fornito gli aggiornamenti richiesti, come da procedura, fornendo un aggiornamento specifico in merito alle clausole *anti-corruption*.

Nelle fasi in cui Eni negoziò con Malabu, il coinvolgimento dell'unità *Anti-Corruption* nell'operazione fu effettivo e non limitato a una mera funzione di supporto

all'ufficio legale, avendo la stessa autorevolmente richiesto aggiornamenti e informazioni per verificare quanto compiuto dalle altre funzioni. Non si trattò dunque di un coinvolgimento di facciata, ma di ruolo ben più pregnante nel pieno rispetto delle procedure interne di Eni.

Quarta Fase

A seguito della decisione del Governo Nigeriano di assumere un ruolo attivo nella trattativa per cercare di sbloccare la situazione di *empasse* che si era creata tra Malabu e le due compagnie petrolifere, si attivò il Ministro della Giustizia Nigeriano, Dott. Adoke Bello (correttamente, trattandosi *in primis* di risolvere delle controversie che vedevano il suo Ministero come parte in causa), che, attraverso le funzioni del Ministero competenti, convocò le parti a sedere a un tavolo ministeriale, discutendo e negoziando i termini dell'operazione e fornendo le assicurazioni richieste da Eni e Shell per andare avanti nella stessa (che corrispondevano alle condizioni sospensive delle precedenti offerte).

Al tempo stesso Eni e Shell interruppero le trattative con EVP e Malabu.

In relazione alle attività anticorruzione condotte in questa fase dall'unità *Anti-corruption*, è stata acquisita l'email del 17 novembre 2010 trasmessa dall'unità *Anti-corruption* alla funzione legale dove, a fronte dei chiarimenti forniti all'unità *Anti-corruption* a seguito del cambio di struttura (uscita di scena di Malabu e ingresso del Governo Nigeriano), si specifica che "nulla osta" alla conclusione dell'operazione ".....*assumendo che l'acquisto avvenga ad un valore congruo (secondo la metodologia utilizzata dalla Divisione) e che vi sia un avallo governativo all'operazione (ri-emissione da parte delle autorità nigeriane della licenza a nome di NAE e SNEPCO), infine considerato anche che NAE sarà in JV con Shell/SNEPCO....*".

Il predetto documento dimostra pacificamente che furono condotte le dovute attività di *due diligence* e che dalle stesse furono evidenziate alcune criticità ritenute comunque superabili dal Responsabile *Anti-corruption*, purché il prezzo fosse congruo

e ci fosse la remissione del titolo da parte del Governo Nigeriano a favore di Eni e Shell.

Rilevante è anche la nota allegata al verbale del Consiglio di Amministrazione del 18 novembre 2010 dove, dopo aver chiarito che *“Non sono emersi elementi ostativi alla finalizzazione del contratto di acquisto con la società Malabu”* e che sono stati recepiti i commenti e le indicazioni dell’unità *Anti-corruption*, si espongono alcune informazioni circa la valutazione economica di OPL 245 confermando che: *“La valutazione economica dell’asset, in quota Eni con scenario prezzi di lungo termine (ottobre 2010) fornisce un valore di NPV (al lordo della consideration) variabile tra circa USD 1.2 miliardi e USD 1.8 miliardi, con wacc rispettivamente del 11,5% (Hurdle Rate per la Nigeria) e 9% (Wacc adjusted Nigeria). L’IRR dell’acquisizione (al netto della consideration) è superiore al 12,5%. La consideration di USD 980 milioni in quota eni è pertanto ampiamente coperta dalle valutazioni economiche, sulla base: (i) delle attuali assunzioni di investimento: (ii) del regime fiscale e contrattuale in corso di conferma con le autorità locali. Le riserve equity sottostanti sono di 230 milioni di barili (con potenziale esplorativo), con first oil nel 2017 e produzione di picco equity di 55 Kbbld nel 2018. Gli investimenti di sviluppo sono pari a circa USD 4,1 miliardi in quota eni, di cui circa USD 0,5 miliardi previsti nel quadriennio 2011-2014 (quasi interamente nell’ultimo anno)”*.

I suddetti elementi confermano che, come previsto dalla procedura Eni applicabile, fu svolta un’attenta e dettagliata valutazione economica dell’operazione e che il prezzo di acquisto risultò compatibile con la stessa.

Sul punto va rilevato anche che, al tempo dell’operazione, era vigente la circolare n. 335 del 19 novembre 2008, che non prevedeva tra le informazioni da inviare al CdA anche le informazioni emerse nell’ambito della *due diligence*. Pertanto l’inserimento di tali dati nell’informativa data al CdA rappresenta un *quid pluris* rispetto alle stesse procedure interne di Eni.

Nonostante il citato passaggio in CdA e le pressioni del Ministero della Giustizia Nigeriano per addivenire a una rapida chiusura dell'operazione, la stessa si interruppe nuovamente.

Infatti, il 26 novembre 2010, Eni apprese da Shell della causa intentata dal figlio dell'ex Presidente Sani Abacha per rivendicare la titolarità di Malabu, le cui implicazioni condizioneranno ulteriormente le successive fasi dell'operazione e il contenuto finale del *Resolution Agreement*.

A seguito di tale notizia, che apriva un nuovo capitolo giudiziario sull'*asset*, il Dott. Descalzi diede ordine di sospendere le trattative fino a quando non fossero stati chiariti la portata, i rischi e l'impatto di tale azione sull'operazione.

Molto importante è il legame tra la notizia della causa di M.S. Abacha e le attività che ne seguono: rileva un legame temporale tra la riunione del 25 novembre ed i contatti via sms del Dott. Descalzi con Obi, perché tali contatti erano dovuti proprio alla notizia della nuova azione giudiziaria.

La scrivente difesa tiene a valorizzare tale accadimento, perché dimostra che i contatti tra Eni ed EVP successivi all'entrata in scena del Governo, originavano da un motivo preciso e rilevantissimo, anziché dalla mera interposizione fittizia del Governo Nigeriano rispetto a Malabu.

A ogni modo, non avendo ricevuto rassicurazioni né da EVP, né da Shell, né dal Governo Nigeriano il 1° dicembre 2010, nel pieno rispetto della sua funzione, il Dott. Descalzi dirama istruzioni al team negoziale raccomandando attenzione e prudenza.

Lo scambio di sms tra parti nigeriane nei giorni a seguire sulle commissioni che Malabu avrebbe dovuto pagare ad EVP/Obi, ma che non voleva pagare, hanno segno davvero contrario e diverso, rispetto alle comunicazioni che intercorsero in casa Eni e tra Eni e Shell (si veda ad esempio quella tra Brinded e Descalzi del 6 dicembre 2010, in cui Descalzi è adamantino sulla posizione di fermezza di Eni). Tant'è vero

che gli agenti di Malabu, Obi ed Agaev, si scambiarono messaggi sulla possibile uscita di Eni dall'operazione.

Qualche giorno dopo Obi propose un incontro a Descalzi a Londra per chiarire la situazione e riportare Eni al tavolo, senza sortire effetti, visto che il Dott. Descalzi in data 15 dicembre 2010 (proprio la data che secondo il Procuratore sarebbe invece quella di "chiusura del deal" chiese al consiglio di amministrazione di Eni (autorità massima di controllo) di sospendere la trattativa.

Dunque il CdA, organo di sintesi di tutte le attività di controllo, era costantemente informato dell'operazione e dispose la sospensione delle trattative.

Quale responsabilità avrebbe Eni, quale procedura o regolamento interno sarebbe stato violato, quale buona norma, raccomandazione (anche solo di buon senso) si pretende violata o non osservata, quando il comportamento oggettivo e fattuale, riscontrato da ogni parte, fu invece coerente, giusto, improntato a prudenza e ricondotto all'organo gestorio della società, non è dato sapere.

A partire dal 20 dicembre 2010 le funzioni di Shell ed il Ministro della Giustizia nigeriano si attivarono per individuare una diversa struttura contrattuale che vide il Governo Nigeriano come unica controparte contrattuale di Eni e Shell, a fronte della rinuncia di Malabu alle proprie pretese sul Blocco come da separato accordo con il Governo.

Nacque così l'idea dell'accordo novativo, della separazione dei contratti e della modifica strutturale che vide il Governo Nigeriano come parte contrattuale diretta ed obbligata verso Eni e Shell.

A fronte dell'estromissione totale di Malabu dall'operazione, Obi (che, come emerge dallo scambio di sms con Agaev, era molto preoccupato che Malabu non pagasse le commissioni dovute), provò a farsi conferire un mandato da Eni, facendo predisporre una bozza di mandato e consegnandola al Dott. Casula, che scrupolosamente ne accusò la ricevuta. Il tentativo fu rimandato ovviamente al mittente ed Eni non conferì mai un mandato ad EVP.

Fu quindi in questo contesto che prese forma la struttura finale dell'operazione con il Governo Nigeriano, che si offrì come unico interlocutore contrattuale di Eni e Shell, anche al fine di superare i rischi connessi all'azione di Mohamed Sani Abacha, oltre che per offrire certezza di diritto sulla “*res litigiosa*” OPL 245.

Dunque, d'accordo con Shell, il Governo Nigeriano propose ad Eni una struttura diversa, che prevedeva che il Governo Nigeriano assumesse il ruolo di obbligato principale rispetto all'obbligo di far acquisire la concessione a Eni e Shell, transando le controversie pendenti.

Eni riavviò, dunque, con cautela le attività di approfondimento, ritenendo che fosse giusto e corretto stipulare con il Governo ed il Governo solo, in quanto unico titolare ai sensi della Costituzione Nigeriana della proprietà del bene e dei diritti concessori.

A fine gennaio 2011 Eni incontrò il Ministro della Giustizia e le funzioni dei vari dicasteri e soggetti interessati, tra cui anche il DPR e la NNPC, che il Ministero della Giustizia aveva tenuto costantemente coinvolto nelle trattative.

L'analisi delle riunioni svoltesi tra gennaio e febbraio 2011 non è un mero dettaglio “tecnico”: mostra invece una “*governance*” del governo nigeriano perfettamente e razionalmente funzionate, rispettosa di ruoli e presenza delle funzioni interessate: ben lungi da un quadro corruttivo. Proprio in tale contesto NNPC e DPR fecero fronte comune ⁽¹⁴⁾ sul tema dei “*back-in-rights*”, la cui mancata applicazione aveva sempre costituito un assunto essenziale per Eni per la determinazione del prezzo.

Nel mese di marzo 2011 l'operazione subì tuttavia un nuovo rallentamento su iniziativa del CdA di Eni in quanto, ancora una volta, le varie funzioni interne non erano ancora soddisfatte delle risultanze relative a Malabu.

⁽¹⁴⁾ Vedasi Proc. 54772/13 – 014628 n. 464 e 465; Proc. 54772/13 – 014631 n. 472.

Emerge dunque chiaramente come, nonostante il Governo Nigeriano e Shell volessero chiudere quanto prima la partita, le funzioni interne di Eni non fecero sconti a nessuno e insistettero sulla propria linea di fermezza e prudenza rispetto ai rischi evidenziati nell'operazione.

Quinta Fase

L'ultima fase delle trattative si svolse tra il 26 marzo 2011 e il 30 aprile 2011 e portò alla definizione della struttura finale riflessa poi nel *Resolution Agreement*, che assegnava al Governo Nigeriano il ruolo di unica controparte contrattuale di Eni e Shell, che si fece carico di predisporre e trasmettere i vari testi contrattuali ⁽¹⁵⁾.

Malabu uscì dunque di scena e non rappresentò più una potenziale controparte contrattuale di Eni.

Si susseguirono in queste cinque settimane una serie di discussioni e negoziati prevalentemente in merito ai *back in rights* ⁽¹⁶⁾.

Tra le principali criticità che emersero nel corso delle trattative finali occorre ricordare l'intervento del NNPC, che riteneva che gli accordi in corso di negoziazione fossero contrari all'interesse nazionale. Tale presa di posizione determinò un cambio di atteggiamento da parte del Governo Nigeriano, che continuò a giocare un ruolo attivo nelle trattative e comportò ulteriori concessioni da parte di Eni e Shell sui *back-in rights*.

E' evidente che tali fatti non erano compatibili con un contesto facilitato da un sottostante accordo corruttivo.

⁽¹⁵⁾ Vedasi Proc. 54772/13 – 014638 n. 489.

⁽¹⁶⁾ Vedasi Proc. 54772/13 – 014638 n. 491; Proc. 54772/13 – 014632 n. 475.

Il 29 aprile 2011 si svolse la riunione plenaria a cui partecipano i rappresentanti delle parti e ad esito della quale furono sottoscritti gli accordi contrattuali finali ⁽¹⁷⁾, rappresentati da tre accordi di risoluzione e due accordi di garanzia operanti in raccordo tra gli stessi.

Nonostante l'uscita di scena di Malabu e il coinvolgimento del Governo Nigeriano come controparte diretta di Eni e Shell, l'unità *Anti-corruption* continuò a vigilare e a incidere sull'operazione anche in quest'ultima fase svolgendo le attività di seguito descritte.

In data 18 aprile 2011 la Direzione Affari Legali di Eni trasmise all'unità *Anti-corruption* un'email con allegata una nota per il Consiglio di Direzione, avente ad oggetto l'OPL 245, evidenziando che la nuova struttura dell'operazione, senza il coinvolgimento di Malabu, eliminava molti dei *red flag* inizialmente segnalati.

Con la stessa email, tuttavia, vennero richiesti all'unità *Anti-corruption* alcuni approfondimenti sulla nuova struttura.

Tale aspetto conferma che venne rispettata la circolare n. 422 di Eni dove veniva riportato “...*La Direzione Affari Legali di eni e gli altri consulenti impegnati in ciascuna di tali operazioni daranno assistenza, con il supporto dell'Anti-Corruption Legal Support Unit di eni, nell'individuare i principali fattori di rischio e Red Flags da ricercare nelle acquisizioni ... omissis ... nonché nel redigere le dichiarazioni e le garanzie anti-corruzione da inserire nel contratto di vendita/acquisto/fusione ...*” .

In relazione alla citata email del 18 aprile 2011, in data 19 aprile 2011, l'unità *Anti-corruption* presentò, sempre per email, una serie di richieste riguardanti i nomi delle persone fisiche coinvolte nelle trattative per conto di Eni (nonché l'elenco delle persone che avevano incontrato e i relativi luoghi dove si erano svolti tali incontri), la conferma che non erano stati coinvolti intermediari, agenti o consulenti, a parte i

(17) Vedasi Proc. 54772/13 – 014644 n. 503.

consulenti legali esterni Aluko & Oyebode e Paul Erokoro & Co., a cui era stato affidato il compito di approfondire la tematica della titolarità di Malabu, i dettagli riguardanti il pagamento al Governo e la conferma che il pagamento sarebbe stato effettuato su un conto bancario intestato a quest'ultimo, nonché chiarimenti in merito all'impatto che i procedimenti legali riguardanti la proprietà di Malabu potevano avere sull'operazione.

Le richieste formulate dall'unità *Anti-corruption* furono riscontrate dal *General Counsel Extra Europe Senior Vice President* di Eni, che, in data 26 aprile 2011, fornì le risposte in merito ai punti riportati nell'email dell'unità *Anti-corruption*, chiarendo anche che il pagamento sarebbe stato effettuato al Governo Nigeriano per il tramite di JP Morgan.

In data 27 aprile 2011 il Consiglio di Amministrazione approvò definitivamente l'operazione e il relativo verbale del CdA riporta un'informativa sugli sviluppi intervenuti negli accordi per l'acquisizione del blocco OPL 245.

Vennero invitati a partecipare alla riunione i Dott. Descalzi e Magnani, *Executive Vice President Planning and Control, Reserves, Portfolio Optimisation and Continuous Improvement*, che illustrarono la documentazione precedentemente inviata.

In tale verbale, dopo aver richiamato la nota illustrativa del 18 novembre 2010 e del 2 marzo 2011 relative all'opportunità di acquisire una partecipazione del 50% del blocco OPL 245, si diede atto che “... *la società di Stato NNPC, il Department of Petroleum Resources (organo di controllo del Ministero del Petrolio), Shell e Malabu, sono ora invece previsti una serie di accordi finalizzati a (i) risolvere tutti i contenziosi in essere sul Blocco e (ii) assegnazione ex novo dei diritti sul Blocco ad eni (operatore) e Shell con una quota del 50% ciascuno. Rispetto a quanto rappresentato nella nota di aggiornamento del 2 Marzo, che evidenziava alcuni elementi ostativi alla conclusione della transazione, si sono registrati i seguenti progressi:*

- *con l'adozione del nuovo schema di transazione eni non avrà alcun rapporto contrattuale con Malabu.*
- *l'Attorney General e il Department of Petroleum Resources hanno confermato definitivamente l'applicazione di tutte le condizioni di fiscalità e contrattuali richieste da eni e Shell sulla licenza, nonché la stabilità nel tempo di tali condizioni a fronte di eventuali cambiamenti legislativi nel Paese.*

Quanto al diritto di "back-in" (ingresso non oneroso sul blocco) da parte del Governo Federale o NNPC, è stato chiarito che un loro eventuale ingresso nel blocco potrà avvenire solo per legge a condizione che sia limitato ad un massimo del 50% dei diritti spettanti alla First party; ed a fronte del rimborso su base proporzionale dei costi sostenuti da eni e Shell per l'acquisizione del Blocco, più interessi.

- *Infine, il procedimento giudiziale relativo al claim avanzato da un presunto azionista di Malabu, escluso dalla compagine societaria, è ancora in corso ma nessuna ingiunzione sul Blocco è ad oggi stata imposta dall'autorità giudiziaria.*

Qualora fra la firma del Resolution Agreement e il rilascio della licenza e il pagamento del relativo prezzo intervenisse un'ingiunzione, formalmente la transazione non potrebbe essere completata. Il Resolution Agreement fra eni, Shell, NNPC e Federal Government prevede comunque il rilascio da parte di quest'ultimo a favore di eni e Shell di una indemnity in relazione ad eventuali diritti pre-esistenti sul Blocco 245 ... omissis”.

Nel documento venne inoltre, illustrato il nuovo schema di transazione, informando che “... A fronte dell'attribuzione dei diritti sul Blocco e della chiusura di tutti i contenziosi, eni e Shell pagheranno al Governo Federale l'importo complessivo di USD 1,3 miliardi, di cui circa USD 208 milioni a copertura del bonus di firma per l'assegnazione del Blocco 245”. Il documento in parola, inoltre, informa circa la quota parte di prezzo a carico di Eni e Shell fornendo le relative motivazioni: “... Come già riportato nella nota informativa del 18 Novembre 2010, il prezzo dell'acquisizione

sarà a carico di eni per circa USD 980 milioni, mentre Shell sosterrà un esborso di circa USD 320 milioni. La differenza di esposizione relativa tra le due società per USD 330 milioni è giustificata dalle seguenti considerazioni: eni acquisisce il ruolo di operatore (USD 100 milioni); si riconosce a Shell un premio per le pregresse attività svolte nel Blocco che hanno portato alla scoperta di circa 460 MMbbl di riserve 2P e all'individuazione di un potenziale esplorativo di circa 50 MMbbl (valore del derisking delle riserve e del potenziale, in quota: circa USD 230 milioni): Shell rinuncia a proseguire i contenziosi in essere con le autorità nigeriane e con Malabu circa la titolarità del Blocco.

Il pagamento al Federal Government della parte di consideration eccedente il Bonus di firma (USD 1.092 milioni) sarà subordinata al previo rilascio ad eni e Shell della nuova licenza sul Blocco. Di questo importo circa USD 980 milioni saranno contribuiti da eni e i restanti USD 112 milioni da Shell ...”.

Il verbale del Consiglio di Amministrazione riporta altresì le informazioni fornite nella nota e riguardanti la valutazione economica di OPL 245:

“La valutazione dell'asset si basa sui seguenti parametri (in quota eni):

- *Riserve equity associata all'asset: 230 milioni di barili 2P;*
- *investimenti di sviluppo: circa USD 4.1 miliardi di cui circa USD 0,5 miliardi previsti nel quadriennio 2011-2014 (quasi interamente nell'ultimo anno);*
- *First oil nel 2017;*
- *Produzione di picco: 52 Kbb/d nel 2018.*

Come già rappresentato, la valutazione economica della quota con scenario prezzi di lungo termine a ottobre 2010 (70 \$/bbl) fornisce i seguenti valori di NPV (in quota eni, al lordo della consideration):

- *Con tasso di sconto pari al WACC adjusted Nigeria (9%): NPV 1,8 miliardi USD.*

- *Con tasso di sconto pari al Hurdle Rate Nigeria (11,5%): NPV 1,2 miliardi USD.*

La consideration di 980 milioni USD in quota eni è pertanto ampiamente coperta dalle valutazioni economiche ... ".

Il Consiglio di Amministrazione approvò all'unanimità l'operazione.

Tale approvazione risulta conforme con quanto previsto in materia di acquisizione dei titoli minerari dalla Circolare n. 422 del 14 dicembre 2010, dove era disciplinata la fase autorizzativa di tali operazioni come di seguito specificato "... *Le operazioni di acquisizione e vendita di titoli minerari sono autorizzate da:*

- *Consiglio di Amministrazione di Eni SpA se di importo > di 100 milioni di euro ovvero di qualsiasi importo se relative a iniziative di esplorazione o operazioni di portafoglio in nuovi Paesi;*
- *COO/e&p se di importo ≤ di 100 milioni di euro. Questa autorizzazione non è delegabile. Il CFO sottoscrive la valutazione economica della proposta del COO/e&p per tutte le operazioni di cessione e scambio (swap) di titoli per le acquisizioni di importo > di 10 milioni di euro;*
- *COO/e&p per il rilascio di titoli minerari esplorativi a favore dell'ente di Stato (autorizzazione delegabile) ... ".*

In data 29 aprile 2011 fu l'unità *Anti-corruption* di Eni a raccomandare ulteriormente che l'*Escrow Agreement* avesse come conto di destinazione un conto intestato al Governo Nigeriano e a richiedere copia dell'accordo sottoscritto tra Eni e JP Morgan relativo ai compensi da pagare a quest'ultima in qualità di *escrow agent*, che furono trasmessi all'unità *Anti-corruption* il 16 maggio 2011 da parte della Funzione *Finance*.

Rispetto agli accordi stipulati tra Eni e JP Morgan, l'unità *Anti-corruption*, in data 17 maggio 2011, confermò alla Funzione *Finance* di non avere commenti sui documenti.

A conferma dell'evidente coinvolgimento dell'unità *Anti-corruption* nel processo si riporta di seguito un'email riassuntiva trasmessa in data 2 maggio 2011 dalla Direzione Legale di Eni all'allora Amministratore Delegato:

“... Ti confermo che abbiamo analizzato, come unità Anti-corruption, la struttura del deal come da ultimo negoziato dai colleghi della divisione E&P ed in particolare dai rappresentanti della nostra controllata in Nigeria.

Abbiamo al riguardo chiesto alcune ulteriori informazioni e conferme alla divisione E&P, in aggiunta a quanto rappresentato nella nota trasmessa al comitato di direzione eni.

Per quanto riguarda eni, i rapporti contrattuali intervengono unicamente con Il Governo Federale Nigeriano (e NNPC, società petrolifera di Stato) e Shell, oltre a JP Morgan in qualità di Escrow Agent nel relativo escrow agreement.

La struttura finale negoziata, pertanto, non prevede alcun rapporto contrattuale con Malabu e contempla l'esclusione della stessa dalla gestione futura della concessione. Verrà, infatti, rilasciata una nuova concessione dal Governo Federale direttamente a Eni/Shell previa revoca, da parte del Governo Federale, dell'attuale concessione intestata a Malabu e conferma da parte dello stesso dell'avvenuta definizione dei contenziosi pendenti sul blocco 245. I pagamenti a fronte della nuova concessione rilasciata a Eni/Shell saranno eseguiti unicamente a beneficio del Governo Federale.

Inoltre, sottolineo che risulta che il negoziato sia stato gestito per parte del Governo Federale Nigeriano direttamente dal General Attorney, dato il contenzioso in essere tra Governo/Malabu e Shell.

Infine, è stata confermata dalla divisione l'assenza per eni di intermediari/consulenti (al di fuori di consulenti legali con costi che riteniamo più che congrui).

In tal senso non vediamo ostacoli a procedere ...”.

L'email in parola testimonia il coinvolgimento dell'unità *Anti-corruption*, e riporta l'esito di una complessiva analisi dell'intera operazione, evidenziando il superamento delle criticità incontrate nel corso della prima fase della negoziazione.

L'email esclude il coinvolgimento di intermediari/consulenti nella definizione dell'operazione fatta eccezione dei consulenti legali.

Si può, dunque, concludere che le attività di *due diligence* furono correttamente eseguite e le stesse ebbero un considerevole impatto sull'operazione e sulle sue evoluzioni.

Le trattative iniziali, infatti, furono caratterizzate dalla formulazione di offerte tutte sottoposte a condizione costituita dal positivo superamento delle attività in corso, a dimostrazione dell'importanza rivestita da tali accertamenti.

Contestualmente è riscontrabile un costante flusso informativo tra le strutture impegnate nella contrattazione e le strutture investite di compiti di verifica e controllo in ambito anticorruzione, che collaborarono per tutta la durata dell'operazione.

VIII

Separazione funzionale delle valutazioni tecnico/economiche e della conseguente definizione di un “prezzo”.

Un capitolo a parte meritano gli aspetti connessi alla valutazione dell'OPL 245.

Infatti, secondo la Pubblica Accusa, il prezzo pagato da Eni e Shell al Governo Nigeriano sarebbe stato artificialmente gonfiato per consentire le retrocessioni di una parte dello stesso al *management* di Eni e, al tempo stesso, troppo basso rispetto ai termini estremamente favorevoli che Eni avrebbe ottenuto dal Governo Nigeriano come contropartita della corruzione contestata... Nonostante le difficoltà di difendersi rispetto ad accuse contrastanti rispetto ad un elemento centrale dell'operazione, che già di per sé sono idonee a provare la fallacità e inconsistenza della tesi accusatoria, è

possibile comunque affermare che le procedure interne in materia di valutazione dei titoli minerari sono state pienamente rispettate nell'ambito dell'operazione.

Con riferimento agli aspetti valutativi, il documento interno di Eni più rilevante era rappresentato dalla Circolare n. 569 del 2 aprile 2010, denominata “*Modalità attuative del processo di autorizzazione e controllo degli investimenti della divisione E&P*”, che disciplinava la procedura che la Divisione *Exploration & Production* di Eni, all'epoca guidata dal Dott. Descalzi, doveva seguire ogniqualvolta prendeva in considerazione l'ipotesi di effettuare un investimento. Tale documento interno era integrato e corroborato dalle *best practice* sul processo di esplorazione convenzionale descritto dall'*Opportunity & Project Exploration System*, che disciplinava prevalentemente gli aspetti tecnici dell'esercizio di valutazione dei progetti.

In particolare tali procedure prevedevano un procedimento autorizzatorio abbastanza complesso, che prevedeva che, qualora un'opportunità di investimento fosse sufficientemente matura e definita, l'*exploration manager* competente poteva presentare una proposta di investimento, richiedendone la validazione ad un comitato tecnico ed economico, con lo scopo di:

- (i) verificare e confermare le ipotesi adottate in riferimento alla valutazione del potenziale di idrocarburi e relativo rischio minerario, ai profili di produzione e investimento e ai termini contrattuali;
- (ii) standardizzare le metodologie, i criteri, i principi e gli strumenti per le valutazioni tecnico-economiche in ambito Eni;
- (iii) supportare la condivisione delle informazioni.

Mentre la validazione tecnica era volta a verificare e confermare le ipotesi adottate dal manager proponente in relazione al potenziale degli idrocarburi nel caso di una proposta di nuova iniziativa o di un prospect perforabile, la prospettiva residua di una certa superficie o di una licenza nel caso di rilascio o di cessione e i volumi di idrocarburi scoperti (perforati e non) e la prospettiva residua delle parti non testate della scoperta (risorse prospective), la validazione economica – che poteva essere

eventualmente richiesta solo dopo quella tecnica – era volta a fornire un supporto decisionale condiviso in modo che l’opportunità di investimento o di dismissione potesse essere presentata per l’approvazione.

L’investimento veniva successivamente autorizzato dall’organo interno competente che, in base a quanto previsto dalla Circolare n. 335 del 2008 per le operazioni di acquisizione e vendita di titoli minerari di importo superiore a 100 milioni di Euro, era il Consiglio di Amministrazione di Eni.

In applicazione delle due procedure sopra richiamate, già dalla primissima fase dell’operazione, Eni investì un team di propri tecnici (*Project Review and Control Team*) col compito di analizzare e verificare le potenzialità del progetto relativo all’OPL 245. All’esito di una prima analisi delle informazioni disponibili il primo team interno (una sorta di giudice istruttore dei progetti esplorativi) predisponeva i documenti di validazione tecnica ed economica dell’iniziativa esplorativa, che venivano trasmessi al comitato multidisciplinare composto dalle funzioni tecniche ed economiche coinvolte (*Economic Business, Facilities & Construction, Reservoir, Drilling & Completion, Exploration Planning & Control*), comitato, che, in data 23 febbraio 2010, approvava il rapporto finale di progetto (*Project Review Document*) con la validazione dalle funzioni competenti.

Quanto approvato dal Comitato multidisciplinare veniva portato per la prima volta all’attenzione del CdA in data 25 febbraio 2010, dove veniva presentata l’opportunità di investire sulla concessione esplorativa relativa al Blocco 245. Come veniva riportato nella nota informativa per i membri del CdA, i risultati preliminari delle valutazioni economiche presentavano ancora delle incertezze sugli schemi contrattuali/fiscali di riferimento e delle ipotesi non definitive sulle quote di partecipazione dei partner della Joint Venture (in particolare venivano riportati i due casi relativi all’applicazione dei termini fiscali previsti dal modello di *profit sharing agreement* approvato dalle autorità nigeriane competenti nel 2000 e nel 2005) PSC 2000 e PSC 2005, nonché alcune ipotesi in merito all’entità della partecipazione

acquisita e al ruolo di Eni nel progetto cd. *first o second party*, eventuale mancato coinvolgimento nel progetto di NNPC.

Al fine di validare le proprie risultanze interne e fornire un ulteriore riscontro al Consiglio di Amministrazione, Eni commissionava una valutazione indipendente sul valore delle riserve potenzialmente recuperabili alla società specializzata *DeGolyer and MacNaughton*, che venivano raccolte in un rapporto datato 31 maggio 2010.

Le risultanze di tale rapporto venivano incluse nella nota informativa indirizzata al Consiglio di Amministrazione di Eni del 3 giugno 2010, dove veniva riportato un aggiornamento della valutazione economica che rifletteva gli stessi scenari della prima nota. Tuttavia, per verificare la solidità dell'iniziativa, veniva utilizzato un tasso di attualizzazione più alto e corrispondente all'*Hurdle Rate* ⁽¹⁸⁾ massimo per la Nigeria, che in quel momento era pari a 12,5%.

Nel settembre 2010, a seguito dell'ingresso in scena di Shell come potenziale partner di Eni nell'operazione, un team dedicato (con un referente per ogni disciplina – riserve, esplorazione, progetti, etc.) venne inviato da Eni a Houston per accedere ad una data room organizzata da Shell, in cui prendere visione dei dati in possesso di Shell (all'epoca operatore dell'*asset* a seguito dell'accordo firmato con Malabu nel 2002), per acquisire maggiore conoscenza e consapevolezza del progetto e delle riserve associate.

Anche alla luce delle informazioni messe a disposizione da Shell, nelle note informative per il Consiglio di Amministrazione del 18 novembre 2010 e del 27 aprile 2011 veniva rappresentato un ulteriore aggiornamento della valutazione economica, che si basava sullo schema contrattuale e fiscale ormai definito col Governo Federale (acquisto del valore del 100% dell'*asset*, quota di partecipazione di Eni come *first party* e *second party* al 50%, opzione di *back-in* del Governo Federale o di NNPC,

⁽¹⁸⁾ L'*hurdle rate* indica il tasso minimo di rendimento finanziario richiesto ad un investimento per poter essere considerato.

scenario prezzi Eni LT di ottobre 2010 a 70\$/bbl, calcolo del valore dell'*asset* attualizzato ai valori dell'ultimo scenario emesso di *WACC adjusted* Nigeria (9%) e al *Hurdle Rate* Nigeria (11,5%).

La valutazione economica effettuata da Eni e portata all'attenzione del Consiglio di Amministrazione restituiva un valore dell'*asset* leggermente superiore al prezzo di acquisto, sia nell'ipotesi di utilizzo del tasso di attualizzazione al WACC nigeriano del 9%, che nell'ipotesi più conservativa di utilizzo del tasso di attualizzazione al *Hurdle Rate* del 11,5%. Inoltre, a conferma della convenienza dell'operazione per Eni, anche altri parametri valutativi – come il tasso di rendimento interno (cd. IRR), che risultava superiore all'*Hurdle Rate* del Paese – confermavano la correttezza del prezzo, che rimaneva inferiore alla valutazione dell'*asset* anche assumendo una riduzione del prezzo del petrolio del 10%, un aumento degli investimenti necessari per entrare nella fase operativa del 15% e un ritardo di dodici mesi sull'avvio della produzione.

A ulteriore conferma della solidità delle valutazioni tecnico/economiche effettuate sulla definizione del prezzo dell'*asset*, va notato come il prezzo pagato per l'acquisto dell'*asset* (relativamente alla quota di pertinenza Eni) abbia finora superato tutti gli *impairment test* che vengono eseguiti annualmente sull'*asset* ai fini del bilancio di esercizio annuale, che viene poi sottoposto a revisione e certificato. In altre parole, nonostante il notevole ritardo nella messa in produzione dell'*asset* e l'abbassamento del prezzo del petrolio, il valore attuale della concessione rimane ancora allineato alla valutazione effettuata da Eni.

Sul punto occorre sottolineare come Eni e Shell potevano beneficiare di una sorta di asimmetria informativa rispetto agli advisor di controparte, in quanto avevano accesso ai risultati delle attività esplorative compiute da Shell sul Blocco 245, alcuni dei quali non erano mai stati condivisi con Malabu, e disponevano di competenze tecniche ed esperienze di settore che nessun advisor poteva eguagliare.

Anche con riferimento alla valutazione dell'OPL 245, Eni aveva operato nel pieno rispetto delle proprie normative interne, espletando tutti i passaggi e le analisi previste dalle migliori best practice internazionali e avvalendosi del supporto di professionalità esterne, che avevano confermato i risultati raggiunti dalle funzioni interne di Eni.

IX

Replica alla memoria dei Procuratori del 14 gennaio 2021

La memoria, pur ricca di una ricostruzione dettagliata dei fatti, è segnata da un evidente “*pregiudizio metodologico*”, che ne percorre tutte le parti e che l’ha resa, a parere di questa difesa, inidonea ai fini di prova.

Si tratta di un pregiudizio molto preciso, che i Procuratori hanno adottato e che è consistito nel dare, preliminarmente per scontato che la corruzione fosse pacificamente avvenuta e che, quindi, il lavoro da svolgere non dovesse essere quello di raccogliere le prove del reato, bensì, quello di “*interpretare*” fatti, testimonianze e documenti in modo funzionale al risultato già prestabilito.

Ne è derivata una ricostruzione valutativa della vicenda OPL 245, talora anche suggestiva, ma non condivisibile, che merita una replica su alcuni passaggi importanti.

Partendo dal titolo introduttivo (**sintesi della vicenda**), alle pagg. 1, 2 e 3, si può cogliere immediatamente l’esito sintetico del citato pregiudizio.

Viene dato per scontato il possesso “*illegittimo*” da parte di Malabu della licenza di esplorazione OPL 245 ed il pagamento di denaro “*a Dan Etete*”.

Viene, ancora, dato per scontato che Etete “*rappresentava*” gli interessi dei suoi sponsor politici, con i quali avrebbe dovuto spartire il “*compenso corruttivo*”.

Proseguendo si assume che , secondo le intese intervenute tra Eni e Shell ,il trasferimento della concessione OPL 245 avrebbe dovuto essere accompagnato da una serie di **condizioni particolarmente favorevoli** alle due società petrolifere, in termini

fiscali ed economici e che, “*in contropartita*”, Etete avrebbe dovuto ricevere, quale “*consideration*” la somma di \$ 1.092.400.000, che venne effettivamente pagata da Eni (con un contributo cash di Shell di 110 milioni) su un conto intestato al governo nigeriano in data 24/5/2011.

Infine, sempre a dire dei Procuratori, secondo gli accordi: “*il governo federale avrebbe incassato solamente il signature bonus di 207,9 milioni di dollari, tenuto bloccato per le divergenze insorte tra Shell e il governo nigeriano, mai versato al governo*” e, a partire dalla primavera 2010 Eni e Shell, avrebbero cominciato a discutere i termini dell’operazione e a definire la somma da versare ad Etete, per soddisfare le sue pretese e “*quelle dei pubblici ufficiali dietro di lui*”.

Ora, esaminando i citati passaggi della ricostruzione con i dati acquisiti al dibattimento, emergono evidenti proposte interpretative segnate dal pregiudizio:

1. l’assegnazione della licenza nel 1998 è stata, come noto, oggetto di diffuse analisi durante il dibattimento da parte dei consulenti e le diverse opinioni acquisite non hanno, in alcun modo, consentito di concludere per l’“illegittimità” della assegnazione;

2. non è stato in alcun modo acquisito un solo elemento di prova a conferma del fatto che gli imputati ed Eni fossero al corrente che Etete avrebbe dovuto spartire il “*compenso corruttivo*” con i suoi “*sponsor politici*”, soddisfacendo sia le sue pretese che quelle dei “*pubblici ufficiali dietro di lui*”;

3. i termini fiscali ed economici “*particolarmente favorevoli*” che avrebbero dovuto accompagnare il trasferimento della concessione, non solo non furono tali ma, anzi, vennero faticosamente definiti durante le lunghe trattative, all’esito delle quali, Eni e Shell dovettero accettare l’accordo sui **back in rights**, assai gravoso, in prospettiva, per entrambe;

4. il Governo federale non incassò solo il signature bonus, bensì tutta la somma versata da Eni e Shell sul conto governativo, somma la cui destinazione dipese solo e soltanto da intese bilaterali tra il governo e Malabu (Etete), e rispetto a cui Eni e Shell restarono estranee;

5. non vi è alcuna prova in atti che consenta di affermare che gli incontri intervenuti tra i vertici Eni e il Presidente della Repubblica ebbero un contenuto illecito rispetto all'operazione OPL 245;

6. le trattative con l'Attorney General sono ampiamente documentate dalle comunicazioni scritte di cui il Tribunale dispone, che, peraltro, descrivono ,in modo inequivoco, anche tutte le difficoltà intervenute tra le parti (NNPC e di DRP) governative e ENI e Schell per trovare un accordo sul piano contrattuale.

Dunque, già il sommario della proposta ricostruttiva dei Procuratori è il sommario di “*un'altra storia*” rispetto alle acquisizioni (a tutte le acquisizioni) dibattimentali, come vedremo proseguendo nell'esame dei passaggi fondamentali della memoria.

A pagina 4, si legge la descrizione delle “*tappe dell'accordo*”:

“L'accordo corruttivo che ha dato luogo all'esborso della somma di un miliardo e 92 milioni a favore dell'ex ministro e pregiudicato Dan Etete si è sviluppato attraverso una serie di tappe. La lunga durata della trattativa dà la misura della complessità dell'intesa.

Vi è però certezza documentale, e conferma da parte dei dichiaranti, del come, del dove e del quando i singoli passaggi si siano realizzati.”

Dopo aver descritto la “*prima tappa*”, relativa alla scelta di Etete di contattare le compagnie petrolifere per proporre la vendita della “sua” licenza OPL 245, la

memoria si dilunga su una serie di passaggi successivi (**appunto di tappe**), proponendo degli stessi non un'interpretazione oggettiva, ma una interpretazione "**forzata**", che non corrisponde alle acquisite verifiche probatorie.

Alcuni esempi:

1. l'intesa di Etete con i politici nigeriani sarebbe diventata "*di ferro*" quando Jonathan divenne prima "*Acting President*" e poi Presidente della Repubblica. Ebbene tale prospettazione è e resta una pura ipotesi, priva di riscontri "*di ferro*" rispetto al tema probatorio del processo, a meno che il fatto che Etete fosse vicino a Jonathan (come tutor dei suoi figli) non diventi un indizio (anche un modesto indizio) a carico di Eni come responsabile civile del reato contestato. Non pare possibile.

2. *"Il 13 agosto 2010 i vertici dell'Eni incontrano Jonathan. All'incontro con il presidente sono certamente presenti Scaroni e Descalzi. Secondo Descalzi sono ad Abuja in quei giorni anche Casula, Armana e Pagano. Prima dell'incontro con il Presidente della Nigeria, Descalzi e Casula incontrano Emeka Obi. In quegli stessi giorni Emeka Obi incontra il generale Gusau e ha contatti con la "zietta" Diezani Alison Madueke. Il 23 agosto 2010 Robinson scrive una serie di istruzioni in relazione ad un'imminente telefonata tra Malcolm Brinded e Claudio Descalzi. Ricorda l' "incontro di ENI (a guida Scaroni) con il Presidente (13 agosto) in cui ci viene detto (tramite il broker) che il 245 è stato discusso in dettaglio... il Presidente è motivato a concludere in fretta la questione 245 – spinto dalle aspettative circa i profitti che Malabu riceverà e i contributi politici che ne deriveranno di conseguenza"*

Così si legge in memoria.

Ora il fatto che, non nell'incontro del 13 agosto 2010 (come la citazione abbreviata a pagina 6 della Memoria della Procura indurrebbe a credere), ma sulla scorta di una generica opinione in paese ("*in country view is that...*"), il Presidente potesse avere interesse ad una rapida conclusione dell'operazione (rapidità su cui la nota di Robinson sembra voler mettere l'accento, non su inesistenti profili illeciti)

“spinto dalle aspettative circa i profitti che Malabu riceverà e contributi politici che ne deriveranno di conseguenza”, non è certo sufficiente a desumerne un rapporto corruttivo, visto che seguirono mesi di rapporti contrastanti con Malabu, che sfociarono nel rifiuto da parte della stessa Malabu dell’offerta NAE del 30 ottobre 2010.

Va inoltre considerato il contesto. Non stupisce che il Presidente, che si avviava ad un periodo di campagna elettorale, potesse avere interesse a fregiarsi dell’avvenuto accordo con Eni e Shell a beneficio a beneficio di una società indigena, visto che il Blocco era oggetto di dispute da un decennio e che non era stato possibile avviare la produzione. Si tratta di interpretazione più che plausibile di quei “*contributi politici*” cui la nota di Robinson allude, peraltro distinguendoli dai profitti per Malabu, sicché non si tratta di profitti, ma con una evidenza di qualcosa di diverso, vale a dire ricadute positive dal punto di vista eminentemente “politico” per un successo proprio là dove le precedenti amministrazioni avevano fallito.

Tale lettura è suffragata dalla circostanziata testimonianza del dott. Craig, cui Robinson riportava:” *secondo me, Peter [Robinson] riferisce voci che corrono ad Abija rispetto a questo argomento. E con questo torniamo ai commenti che facevo in precedenza riguardo al fatto che Jonathan era del sud, e che quindi se fosse riuscito a favorire una transazione, questo avrebbe rafforzato le sue prospettive di rielezione in quanto avrebbe aumentato il suo consenso fra la popolazione del sud, in futuro.*” (verbale dell’udienza dell’11 settembre 2019, p.20).

3. Si legge ancora pagina 6/7: “*Il 23 settembre Robinson scrive al suo capo Ian Craig che è stato trovato un accordo di massima con ENI, sia sul 50/50 che sul prezzo da pagare, che dovrà tenere conto dei desiderata dei players di Abuja, cioè il governo nigeriano:*

“*Nelle discussioni con ENI, loro hanno affrontato le questioni sul modo di trovare un accordo in questi termini:*

$$X + SB + Y = Z$$

Dove:

- *X è il valore che ENI è pronta a pagare per assicurarsi il 50% del Blocco;*
- *SB è il Bonus Firma da pagare a FGN (da Shell);*
- *Y è qualsiasi importo che Shell è disposta a pagare per integrare l'importo pagato da ENI a Etete e quindi "assicurare" il successo;*
- *Z è il pagamento a Etete che sarà accettabile per tutti i "players" a Abuja;*

Dunque "Z" sarebbe stata la somma totale da pagare a Etete "accettabile" per tutti i "players" di Abuja.

Il destinatario di tale nota, il dott. Craig, la cui attendibilità non pare sia messa in discussione dalla Procura, ne ha spiegato il significato in maniera del tutto soddisfacente (v. verbale dell'udienza dell'11 settembre 2019, pp. 54 e seguenti). Non si tratta in alcun modo di una trattativa di corruzione, ma semplicemente di un'allusione al fatto che il Governo Federale aveva un comprensibile interesse e che Malabu abbandonasse pretese eccessive e le parti potessero addivenire ad un accordo.

Ove ciò fosse avvenuto, non solo il Governo Federale avrebbe immediatamente incassato il signature bonus, "congelato" da lunghi anni, ma avrebbe anche beneficiato nel lungo termine degli introiti, e delle più ampie ricadute economiche, associati alla messa in produzione del Blocco.

Al contempo, il Governo non voleva che Malabu accettasse un'offerta che non valorizzasse a sufficienza il Blocco (il che si può facilmente comprendere anche alla luce del fatto che il Governo Federale, quale detentore originario delle risorse naturali per conto dello Stato, ha un ovvio interesse a che le relative concessioni mantengano un adeguato valore di scambio, anche in vista di future transazioni su altri blocchi). La somma offerta doveva dunque essere congrua, ed in tal senso accettabile dal punto di vista delle preposte autorità governative.

I chiarimenti forniti dal Dott. Craig, fonte testimoniale la cui integrità non è in dubbio ed originario destinatario della nota in questione (e dunque in grado di restituirne il significato in contesto), fanno piena luce e non lasciano spazio per ricostruzioni alternative..

4. Quanto al contenuto dell'offerta del 30/10/2010, così scrivono i Procuratori:

“Il 30 ottobre 2010 NAE formalizza un'offerta a Malabu per un ammontare totale di \$ 1.260.960.000, comprensivi del signature bonus. Una cifra dunque di 40 milioni di dollari inferiore alla previsione di 1,3 miliardi. Nell'offerta di NAE, espressamente finalizzata alla successiva “riemissione” di una nuova licenza a favore di NAE e SNEPCO, si fa riferimento ad una serie di “assunzioni” circa il fatto che all'OPL245 sarà concesso dal governo il regime favorevole della legge denominata DOIBSCA (sulle esplorazioni in Deep Waters) – cioè zero royalties. Inoltre si prevede che non ci sarà diritto di subentro (back in right) ed anche totale esenzione fiscale”.

Si deve subito rilevare che il passaggio contiene forzature inaccettabili:

“zero royalties” e “no back in right” non sono correttamente citati, perché “zero royalties” era pacificamente previsto dalla legge nigeriana per le esplorazioni a più di mille metri sotto il livello del mare (e OPL 245 era a 1900 m) , i “back in right” vennero previsti nell' accordo finale e l'esenzione fiscale fu rigorosamente applicata secondo le leggi nigeriane ,come hanno dimostrato i consulenti.

5. Quanto al fatto che: *“Eni comincia ad avere difficoltà su tutti i fronti. Acquistare un titolo di provenienza illecita (per l'auto-assegnazione dell'ex ministro del petrolio) da un pregiudicato (Etete) e per di più rivendicato da un altro soggetto di peso, il figlio del generale Abacha, in un contesto in cui Obi – pur ridimensionato dall'intervento dell'Attorney General e dall'inizio dei guai giudiziari di Bisignani (che ha dichiarato “Dal dicembre 2010 per vari mesi sono stato coinvolto nella vicenda giudiziaria di Napoli”) – vuole comunque “i suoi soldi” e comincia a contattare direttamente Adoke”, Eni si poneva da sempre il problema di Malabu, ma non per la “provenienza illecita” della licenza, ma per la difficoltà ad appurare la compagine*

societaria della stessa Malabu, difficoltà che da ultimo portò ad escludere l'acquisto della licenza da Malabu. Quanto all'iniziativa del figlio del generale Abacha, essa determinò la decisione di Eni di sospendere ogni trattativa (cfr. CdA del 15/12/2010).

6. *“In sintesi dunque i momenti finali dell'accordo sono, ridotti all'essenziale:*

1. *15 novembre 2010 - accordo sul prezzo da pagare per OPL 245 (presenti l'Attorney General, Robinson, Casula e Armana e un emissario di Etete)*

2. *15 dicembre 2010 - accordo sul nuovo schema che è stato ideato per “costruire” l'operazione come una nuova assegnazione di OPL245 da parte del governo (presenti l'Attorney General e Armana; Shell accetta il nuovo schema e nelle settimane successive elabora i nuovi testi contrattuali; Etete non mostra opposizione)*

3. *26 marzo 2011: accordo sul nuovo draft di FGN Resolution che non prevede tra le parti Malabu e non menziona che la “consideration” sarà versata a Malabu,*

Il primo è l'accordo sostanziale sulla corruzione. Il secondo l'aggiustamento “giuridico” del regolamento di interessi illeciti. Il terzo è un accordo fondamentalmente “cosmetico” – e però è anche la base della difesa più antica e insistente fatta valere dal nostro ente di stato in tutte le sedi (anche parlamentari) in cui è stata chiesta chiarezza sull'operazione OPL245”.

Ebbene questi **“momenti finali dell'accordo”** non hanno nessun riscontro nella realtà processuale.

Infatti:

1. l'accordo sul prezzo da pagare per OPL 245 non può essere presentato come l'accordo sostanziale sulla corruzione per evidenti ragioni probatorie. Eni aveva stabilito, fino dal febbraio 2010, con una valutazione tecnica dettagliata e precisa fatta dalle strutture interne, il valore del giacimento e si era SEMPRE attenuta a tale indicazione, assolutamente vincolante.

Vi è in proposito, ampio riscontro probatorio, a partire dalla fase durante la quale era prevista e venne formulata un'offerta per il 40% per un valore di

\$460.000.000 per arrivare all'offerta finale, concordata anche con Shell, di \$ 1.260.000.000, compreso il bonus di firma del 30/10/2010.

In realtà fu Malabu che ridusse le sue eccessive pretese, probabilmente sollecitata dall'Attorney General.

2. Quanto al fatto che il 15 dicembre 2010 vi sarebbe stato l'accordo sul nuovo schema e che esso si sarebbe tradotto in un aggiustamento "*giuridico*" del regolamento di interessi illeciti, è evidente che si tratta di una ipotesi fantasiosa e disancorata dalla realtà processualmente acquisita (come detto, in quella data successe l'opposto).

Ma la prova contraria emerge clamorosamente dalla lettura della stessa comunicazione di Armanna, che descrive un incontro dove era impossibile qualunque decisione di Eni rispetto alla proposta dell'Attorney General, in quanto Armanna non poteva, anche se lo avesse voluto, aderire a qualunque tipo di proposta, tenuto conto dei poteri di cui disponeva e di come Eni era organizzata.

3. Infine, l'uso dell'aggettivo "*cosmetico*" per definire l'accordo, è l'ennesima prova dell'esito del citato pregiudizio, peraltro privo di qualunque fondamento probatorio.

La ricostruzione dei fatti prosegue descrivendo i primi contatti di Eni con Etete nel 2007.

Premesso che neppure i Procuratori potevano negare la legittimità dei citati contatti, che diedero luogo anche alla sottoscrizione di un "*confidentiality agreement*" con Malabu, rileva segnalare come Eni, in quel contesto, attivò due importanti iniziative, consistite nell'incarico conferito a Godfrey Etikerense di verificare la riconferma della titolarità della licenza in capo a Malibu, la sua governance e i suoi azionisti e, soprattutto, nell'incarico conferito a TRAG di verificare tutto il possibile sulla reputazione di Etete.

L'esito degli incarichi è noto e documentato in atti, ma i Procuratori lo hanno interpretato in modo sempre forzato: *“La due diligence 2007 di The Risk Advisor Group confermava dunque l'esistenza del conflitto di interesse con riferimento all'auto-assegnazione della licenza da parte di Etete all'epoca in cui era Ministro del Petrolio. Confermava la discutibile reputazione di Etete. Esprimeva dubbi sulla titolarità della licenza. Affermava con molta chiarezza che a dispetto di “numerosi cambiamenti” degli azionisti, la “controlling force” di Malabu rimane Dan Etete”*.

Come noto, non è così: TRAG non parlo di *“conflitto di interessi”* e non espresse *“dubbi sulla titolarità”* della licenza. Basta leggere.

TRAG venne nuovamente coinvolto nel 2010, per aggiornare la ricerca su Malabu e l'esito di tale aggiornamento è stato, questa volta, correttamente ripreso dai Procuratori.

Dopo aver citato alcuni passaggi della circolare 379 di Eni (relativa ai controlli per i contratti di joint venture), in relazione ai segnali di allarme, e dopo aver descritto la *“falsità”* di alcune risposte rese da Malabu al questionario inviato da Eni, i Procuratori concludono affermando che: *“il travisamento delle informazioni ricevute da The Risk Advisor non potrebbe essere maggiore”*, citando una mail di Pagano dell'11.05.2010 che, a loro dire, avrebbe, comunicando al responsabile anticorruzione di Eni Michele de Rosa, travisato quanto scritto da TRAG.

Nulla di più errato: anzitutto la centralità della questione Etete non riguardava *“la valutazione del rischio corruzione”*, ma un tema reputazionale; inoltre, proprio l'audizione di De Rosa al dibattito ha chiarito quale era il livello delle informazioni che gli pervenivano da Pagano, livello totale e corretto.

Quanto al fatto che non fosse noto al teste che il denaro pagato al Governo della Nigeria sarebbe stato trasferito a Malabu, è pacifico che tutte le strutture dedicate di Eni lo sapevano, avendo esaminato i contratti conclusivi intervenuti il 29 aprile 2011, mentre De Rosa non aveva ragione di esserne informato.

Il tema dell'ingresso del governo nelle trattative, tema importante e risolutivo di tutte le problematiche su Etete, ha indotto i Procuratori ad una critica aspra nei confronti di Eni, ma basata su assunzioni, come sempre, non fondate.

Così si esprime la memoria pagina 21: *“Secondo la verità ufficiale dispensata, soprattutto da Eni, in tutte le possibili sedi - compresa quella giudiziaria - a partire da un certo punto le due società petrolifere ebbero rapporti solo con il governo federale nigeriano, nessuna trattativa fu più condotta con Malabu ed Etete, di conseguenza nessuna due diligence fu più effettuata su Malabu. Ancora oggi, la posizione di Eni, come riportata sul sito della società (cfr. <https://www.eni.com/it/IT/media/caso-opl245-processo-nigeria/storia-acquisizione-blocco-opl245.html>) evidenzia fortemente l'avvenuta “estromissione di Malabu dalle trattative”. Si legge infatti: • 15 dicembre 2010 - A tutela degli interessi di Eni, Claudio Descalzi, all'epoca DG della Divisione Exploration & Production, ferma il negoziato per l'incertezza sui diritti di proprietà del Blocco • Febbraio 2011 - Il GFN estromette Malabu dalle trattative e si accredita come unica controparte di Eni, proponendo di risolvere separatamente le controversie pregresse con Malabu e Shell. In verità si tratta di due informazioni del tutto inesatte. Non è vero che il negoziato fu interrotto il 15 dicembre 2010. Non è vero che Malabu sia stato mai “estromesso” dalle trattative (tantomeno dal governo nigeriano). È vero invece che il problema Malabu rimase aperto fin quasi alla fine della vicenda”.*

Ebbene, anzitutto le “due informazioni” sono “esatte”: è esatto che Claudio Descalzi il 15 dicembre fermò il negoziato (cfr. verbale CdA) ed è esatto che, nel febbraio 2011, forse nel marzo 2011, Malabu fu estromesso dalle trattative. Nessun rappresentante di Malabu risulta presente al tavolo con il Governo per le decisioni sul R.A. di Eni e Shell.

Secondo i Procuratori l'analisi dei documenti consente di constatare che:

“a) la decisione di non comprare direttamente la licenza da Etete con un contratto di compravendita (Sale and Purchase Agreement), che può essere situata a

metà dicembre 2010, non scaturì da considerazioni di etica degli affari ma dalla paura, innescata dalla causa promossa a fine novembre 2010 dall'altro presunto azionista di Malabu (il figlio del generale Abacha) di comprare un titolo dichiaratamente litigioso;

b) l'escamotage di ottenere la licenza direttamente dal Governo, attraverso un Resolution Agreement, non eliminò, per molti mesi, la previsione della presenza di Malabu nel predetto Resolution Agreement; come si vedrà, fino al 26 marzo 2011 – cioè ad un mese prima della firma degli accordi – Malabu era infatti a tutti gli effetti parte del Resolution Agreement con FGN, Eni e Shell;

c) la decisione, successiva al 26 marzo 2011, di tagliare (in apparenza) ogni residuo legame con Malabu derivò fundamentalmente dalla difficoltà dei dirigenti apicali di Eni a concludere l'accordo con il pregiudicato Etete in un contesto caratterizzato da vari aspetti problematici che accentuavano la pericolosità del rapporto con l'ex ministro del petrolio: in particolare il coinvolgimento di Luigi Bisignani in un'altra inchiesta giudiziaria avanti l'autorità giudiziaria di Napoli nel cui ambito l'operazione OPL245 era diventata oggetto di approfondimento, con gli interrogatori di Bisignani e del suo socio Dinardo e l'audizione l'8 marzo 2011 dell'AD Scaroni. Come si comprende chiaramente dagli scambi di email con i dirigenti di Shell, il "problema Etete" era un problema soprattutto per Eni.

d) rappresentanti di Etete rimasero al tavolo delle trattative sino all'ultimo giorno, e siglarono, insieme ai rappresentanti di Eni e Shell, i Resolution Agreements, il 14 aprile 2011 in presenza dell'Attorney General.

Quanto al punto a) è documentato in atti che la causa promossa da Abacha aggiunse problemi ai problemi ed Eni si attivò immediatamente per affrontarli sospendendo le trattative, non per problemi etici, ma banalmente per evitare l'acquisto di un bene gravato anche ancor di più da conflitti di attribuzione.

Quanto al punto b) la presenza di Malabu cambiò motivazione: Malabu non era più il venditore, ma la parte che rinunciava alle proprie pretese in cambio di opportuno

risarcimento da parte del Governo. In tale contesto Eni era totalmente estranea ai rapporti tra Malabu e il Governo Federale.

Quanto al punto c) non pare esistano elementi probatori di alcun genere che supportino la lettura dei Procuratori: il tagliare ogni residuo legame con Malabu fu il risultato solo e soltanto delle indagini interne di Eni che, all'evidenza, non accettò mai di definire l'acquisto (per altro privato) di OPL 245 da Malabu per ragioni legate all'impossibilità di verificarne la compagine societaria.

Il verbale del Cda del 18.11.2010 viene successivamente citato nella memoria e commentato in modo sarcastico (p.22), ma nulla rileva di tale commento ai fini probatori: rileva, invece, che sia il verbale, sia le valutazioni di Donatella Ranco ed Enrico Callegaris, ancora una volta, segnarono le criticità che pesavano su Malabu e che dovevano essere risolte.

La stessa considerazione vale per i commenti dei Procuratori rispetto all'intervenuta causa di Abacha: non si trattava di "*avere le carte a posto*" in modo da presentare al CdA una proposta per l'appunto "*presentabile*" (peraltro il CdA pare diventare in tale prospettiva un soggetto da "ingannare"), ma ancora una volta di evitare di esporsi all'acquisto di un titolo litigioso senza opportune garanzie.

Solito problema sempre seriamente considerato da Eni, tanto che venne disposta una nuova due diligence su Malabu, affidata allo studio Paul Ekororo&Co, studio che ribadì, come segnalato dagli stessi Procuratori, le problematiche in essere.

Proseguendo nella lettura della memoria viene esaminato il ruolo del governo quale intermediario del pagamento ad Etete e viene appunto rilevato che il sito Eni (non si sa sulla base di quali informazioni) indica il 15 dicembre come data in cui "*a tutela degli interessi di Eni, Claudio Descalzi, all'epoca DG della Division Exploration and Production, ferma il negoziato*", mentre sarebbe in contrasto con quanto scritto da Armanna a Casula il 16 dicembre 2010.

In realtà è documentato che Claudio Descalzi fermò il negoziato (cfr.) ed è evidente dalla lettura della citata mail di Armanna (*“l’A.G. mi ha palesato una soluzione alternativa che mi ha chiesto di discutere con il top management”*) che lo stesso non fece altro che prendere atto di quanto gli comunicò l’A.G., non potendo, peraltro e comunque, prendere nessuna decisione in proposito, non avendone né i poteri né le facoltà.

Quanto alla permanenza di Etete nell’affare, la lettura della mail di Armanna al team negoziale di Eni e a Casula non presenta nessuno equivoco, in quanto describe, con chiarezza, lo stato delle trattative e il fatto che Malabu non avrebbe avuto alcun ruolo nella definizione dell’accordo tra Eni, Shell e il governo.

A pag. 84 la memoria ritorna sul tema dell’interessamento del 2007 da parte di Eni.

Il tema proposto ancora una volta viene presentato in modo non chiaro: si legge: *“a fronte di queste informazioni (nдр di TRAG) Eni avrebbe potuto negoziare l’acquisto di OPL 245 solo ricorrendo in palese violazione dei principi alla base del codice etico e esponendosi a gravi rischi reputazionali”*.

Ebbene è evidente che il tema etico (e non solo) Eni se lo pose in continuazione, ma lo stesso non è in alcun modo opponibile al concetto di *“negoziare”*, ma bensì al concetto di *“concludere”*, nel senso che, come poi avvenne, le trattative lecite avrebbero potuto concludersi SOLO SE fossero state risolte positivamente le questioni poste da TRAG.

Tant’è che, non essendosi risolte, Eni cambiò completamente la sua trattativa, come ben noto e documentato.

La figura di Femi Akinmade è utilizzata dai Procuratori per nobilitare la sua presenza rispetto alle presunte anomalie di Emeka Oli, ma non pare apprezzabile il giudizio per cui, senza apparente ragione, si preferì Obi.

Non pare apprezzabile sia perché una fase iniziale dei contatti per l'instaurazione di una trattativa importante spesso coinvolge figure diverse in competizione fra loro e sia perché la ricostruzione degli sviluppi successivi ha chiarito che Akinmade partecipò a taluni passaggi della iniziativa, tanto che, alla conclusione, ricevette anche un riconoscimento economico.

La memoria prosegue proponendo le anomalie (in realtà quasi tutto è anomalo a parere dei Procuratori) dell'incontro di Lagos (Etete, Obi e Armanna), dell'incontro di febbraio a Milano (Etete, Descalzi ed altri) e la tematica del “*Confidentiality Agreement firmato il 24/2/2010 tra AVP e NAE*”.

A proposito di tale tema rileva segnalare che la stigmatizzazione del consigliere indipendente Luigi Zingales avvenne, per precisione (in memoria si legge: in un secondo momento) tre anni dopo i fatti e che anche le dichiarazioni testimoniali di parte Eni sono tutte apprezzabili, mentre pare poco utilizzabile l'utilizzo del cronounprotected di Obi, talora citato in senso accusatorio e talora non citato quando favorevole alle difese.

Il pagamento della “*participation fee*” viene descritto come un “*pagamento*” ad OBI e siccome, a dire di un consulente sempre di Eni (lo studio legale americano Pepper & Hamilton), NAE non avrebbe pagato altre commissioni simili, ecco che quel pagamento diventa “*una cosa quantomeno insolita*”, con l'aggravante che il contenuto della data room sarebbe stato completamente inutile, offrendo informazioni molto superficiali e sostanzialmente già nella disponibilità di Eni.

È evidente come la valutazione probatoria sia influenzata dal pregiudizio continuo, perché il tema del contenuto della data room viene proposto per indurre a ritenere che il pagamento avesse ben altro obiettivo (cioè quello di cominciare a fare avere denaro a Obi, “*amico*” di Eni).

Nulla di più falso, perché privo di qualsiasi riscontro.

Prosegue la memoria (pag. 102), introducendo un altro “*schema*” ,definito da Granier Defferre “*pazza idea*” di Obi, che prevedeva il trasferimento dell’intera “*consideration*“ pagata dalle compagnie petrolifere non al venditore (Malabu), ma a EVP (Obi).

Assume il PM che: “*lo schema di pagamento tramite l’intermediario è mantenuto nel corso di tutti i negoziati e viene mantenuto nella sua struttura anche quando Obi cessa di essere l’intermediario tra Etete ed Eni e subentra Falcioni.*”

“*La richiesta non viene rifiutata da Eni e d’altronde essa corrispondeva all’esigenza primaria della cordata Obi/Di Nardo/Bisignani*”.

“*E’ chiaro, invece, che tale meccanismo sia stato mal sopportato dalle funzioni legali e negoziali, che comunque non lo hanno mai espressamente contrastato, né mai preteso alcun esplicito chiarimento sul punto.*

In questo senso si possono leggere le risposte di Donatella Ronco in merito alla presenza di tale opzione di pagamento messa nero su bianco nel mandato che era stato loro esibito da Obi“.

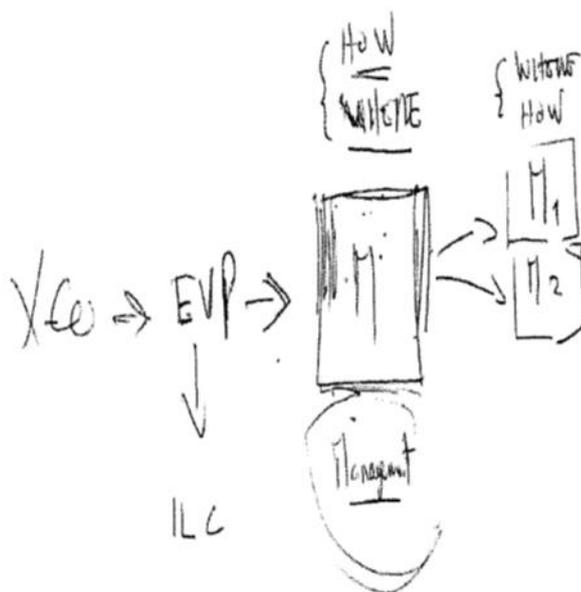
Ebbene le risposte della teste si devono leggere, perché è evidente che solo quel testo risolve, senza riserve, il tema: “*TESTIMONE RANCO - Ovviamente io, come tutti in Eni, non abbiamo mai preso in considerazione la possibilità di aderire a questa richiesta.*

PUBBLICO MINISTERO - Chiedo a lei se approvava o disapprovava?
TESTIMONE RANCO - Io disapprovavo, ma non mi sono neanche mai trovata nella circostanza di dover far fronte a una effettiva richiesta di questo genere. Cioè a noi, a parte averlo letto nel mandato, mai è stato chiesto da EVP o da Raiffeisen, cioè i consulenti, di pagare il prezzo non al venditore bensì a EVP, quindi c’era scritto nel mandato, evidentemente lui l’aveva discusso col suo mandante, ma a noi non fu mai fatta questa richiesta per quanto mi risulta. (udienza 27 febbraio 2019, p. 66)

Dunque nessuno in Eni, neppure lontanamente, pensò di accettare richieste simili.

Ma subito si presenta l'interpretazione di un altro schema, che, a sua volta, secondo i Procuratori, si può definire "lo schema delle retrocessioni".

Naturalmente l'interpretazione di detto schema è tutt'altro che univoca: al di là



- 1) PP3 Q.C.
- 2) P/B B.S.S.
- 3) T.M.S.T. MISTANT

delle dichiarazioni di Granier Defferre (e delle ritenute discordanze), resta il fatto che assumere che: "considerato che Obi era lì per merito della cordata Di Nardo/Bisignani - sotto l'egida di Scaroni - È più probabile che tali appunti si riferiscono al sistema per retribuire questi ultimi, indicati come management" resta una pura ipotesi, certamente non avallata dalle considerazioni aggiuntive dei procuratori, che, comunque, sono costretti ad ammettere "Va osservato che tale versione dei fatti combacia perfettamente con gli altri elementi raccolti in

dibattimento, mentre ammettere un ruolo di Obi sganciato dagli interessi dei manager di Eni significa lasciare senza spiegazione le molteplici anomalie già evidenziate”.

Insomma, se le anomalie si possono risolvere solo con altre anomalie è evidente che la struttura probatoria rimane sostanzialmente vuota.

Proseguendo nella lettura della memoria, emerge che i Procuratori hanno dedicato alcune pagine all'avversione di Etete per Obi e al pagamento della commissione a Obi.

Si tratta di riflessioni in gran parte elaborate utilizzando il conforto del file chrono-unprotected di Obi, riflessioni che affrontano il tema con una evidenza indiscutibile: Obi voleva essere pagato e cercava il modo più efficace per giungere al risultato.

Ma il risultato venne raggiunto (e questo è un fatto) solo quando il 3 luglio del 2011 Obi instaurò la causa a Londra ed il giudice inglese riconobbe il legittimo diritto del ricorrente a vedersi riconosciute le competenze per il ruolo svolto rispetto all'operazione OPL 245.

Obi aveva diritto e il diritto gli venne riconosciuto.

Nell'ambito del tema relativo alle interazioni fra Shell e Eni sui pagamenti illeciti, i Procuratori hanno riproposto l'ulteriore noto schema ($X+SB+Y=Z$), che definiscono in questi termini: *“Questo si può considerare a tutti gli effetti lo schema di accordo preliminare raggiunto dalle compagnie petrolifere su come chiudere l'affare corruttivo, con i rispettivi apporti in denaro. Con la precisazione che il prezzo finale (Z) è un pagamento la cui commisurazione sfugge a logiche economiche e si basa su una valutazione di tipo criminale: è la tangente che sarà ritenuta accettabile per tutti i players in Abuja. E i players, come anche il timido Craig non ha potuto non ammettere, sono i pubblici ufficiali. “Abuja è il nostro modo normale di riferirci al Governo, quindi quando si parla di tutti i players, tutti gli attori di Abuja, intendiamo tutti gli esponenti del governo rilevanti”* (udienza dell'11.9.2019 p. 55).

Le frasi sono lapidarie: “*a tutti gli effetti*” quello fu il modo per “*chiudere l'affare corruttivo*” e il prezzo finale “*è un pagamento la cui commissione sfugge a logiche economiche e si basa su una valutazione di tipo criminale*”.

Purtroppo per i Procuratori non vi è traccia nel dibattito del benchè minimo riscontro di dette affermazioni: non vi è traccia nelle testimonianze, non vi è traccia nei documenti, non vi è traccia nelle consulenze. Neppure Armanna ha proposto e supportato tali tesi.

Dunque, no: le cose non stanno così.

Nel capitolo della memoria dedicato al ruolo di Armanna, pare interessante dialogare con i Procuratori rispetto ai punti primo, terzo e quarto indicati a pagina 197.

1) Tutti in Eni sapevano che il denaro sarebbe andato a Dan Etete.

Risposta: Ciò che Eni sapeva è che il denaro doveva essere corrisposto all'unica controparte contrattuale di Eni e Shell, vale a dire il Governo federale,, che avrebbe poi provveduto a risarcire Malabu in cambio della rinuncia di questa ad ogni pretesa sul Blocco. L'ulteriore utilizzo del denaro da parte di Malabu o di chi per essa, era irrilevante.

3) Argomento di tipo logico: attraverso Obi e anche direttamente nel corso di un incontro diretto avvenuto dopo il meeting notturno con Etete a Milano, Casula seppe che l'Attorney General si stava mettendo in mezzo per far avere dei soldi (decine di milioni) al broker Obi. Questo comportamento dell'AG è spiegabile solo all'interno di una trattativa corrotta o almeno non è spiegabile all'interno di una normale trattativa commerciale.

Risposta: ecco il “*pregiudizio*”: ciò che non è spiegabile (peraltro, viceversa è spiegabile anche il comportamento dell'AG), è prova di trattativa corrotta. E perché mai? Non è un argomento logico, non è un argomento e basta.

4) Altro argomento logico: Emeka Obi che *-per tabulas-* si è incontrato nelle più varie situazioni (e orari) con Casula e Descalzi per più di un anno per parlare

di OPL 245, non faceva mistero dei suoi rapporti con l'ambiente politico nigeriano. Logica vuole che queste circostanze siano state valutate nei frequentissimi meeting con Casula e Descalzi, perché facevano parte della strategia della trattativa. Il collegamento con Obi e l'ambiente politico nigeriano è ammesso da Bisignani.

Risposta: logica vuole? È possibile che ciò potesse accadere, ma comunque tutto si fermerebbe lì. Infatti, quand'anche fosse stato così, non può certo affermarsi che ciò rappresenterebbe un "fatto noto" dal quale poter risalire al "fatto ignoto".

Altri passaggi della memoria sarebbero meritevoli di confronto critico, ma sarà il Tribunale a verificare se l'impianto complessivo dell'accusa possa reggere rispetto alle acquisizioni dibattimentali.

A questa difesa compete, tuttavia, per concludere, affrontare il contenuto del capitolo "Eni e Shell", della memoria dei Procuratori, a pagina 190.

Questo il passaggio fondamentale:

"A fronte della dimostrazione della sussistenza del reato, del vantaggio dell'ente e della partecipazione di soggetti, in posizione apicale e subordinata, comunque organici alle società, si ritiene che le difese non abbiano allegato alcun elemento dimostrativo dell'idoneità dei modelli organizzativi adottati. Sul punto, al contrario, sono innumerevoli le dimostrazioni della scarsa efficacia dei presidi organizzativi in essere, le cui funzioni sono state costantemente ridotte alla raccolta formale dei documenti previsti dalle circolari (si veda la "covering note to JVA form" in All. 4), all'oscuro di circostanze decisive (De Rosa non sapeva che i soldi sarebbero andati a Malabu), o decisamente mal sopportate nel caso provassero a chiedere spiegazioni (si veda la vicenda dell'amministratore Zingales). Può dirsi, tali e tante sono le deficienze, che il sistema organizzativo adottato dalle società abbia coperto, nei fatti, un sistema parallelo e illegale, conosciuto e sfruttato dai soggetti che avevano l'interesse e il potere per utilizzarlo; nella migliore delle ipotesi si è trattato di un

sistema di compliance meramente cartolare e strutturalmente inidoneo a prevenire il reato di corruzione internazionale”.

Dunque, secondo i Procuratori, la difesa non avrebbe provato che il modello organizzativo adottato era “*idoneo*”.

L’affermazione è totalmente infondata.

La difesa ha prodotto la prova completa e certa della idoneità del modello, sia attraverso la consulenza Manzonetto, sia con la produzione di tutti i documenti necessari. Ad essa si rinvia in questa sede, nonché cap. VI, p. 77 di questa memoria.

Proseguendo, si scopre che vi sarebbe, addirittura, la prova “*contraria*”: funzioni ridotte alla raccolta formale di documenti, circostanze decisive ignorate o non spiegate a chi chiedeva spiegazioni.

Disarmante.

Ma vi è di più e di più sconcertante: il sistema adottato avrebbe, nei fatti, coperto un sistema parallelo e illegale conosciuto e sfruttato dai soggetti che avevano l’interesse e il potere per utilizzarlo.

Tanto valeva contestare un reato associativo.

Dunque, davanti al Tribunale Manzonetto è stato decettivo, i testi di Eni sono stati falsi e, nella migliore delle ipotesi, “*si è trattato di un sistema meramente cartolare e strutturalmente inidoneo a prevenire il reato di corruzione internazionale*”.

Basta così: sarà il Giudice a valutare a decidere se le prospettate tesi abbiano un fondamento probatorio o siano la certificazione finale della totale insussistenza dell’accusa.

X

Replica alla memoria della parte civile.

Considerazioni sulla memoria della Parte civile - sez 3 – **“prezzo pagato vs. valore dell’asset”**

“Condizioni sfavorevoli del RA 2011 rispetto a modello PSC”: – pag. 76 e seguenti della Memoria

La Parte Civile, nelle conclusioni della Memoria, ha introdotto il concetto di lucro cessante per i minori incassi che il Governo o NNPC ottengono con la licenza SOLE RISK e con condizioni sfavorevoli del RA 2011, rispetto all’usuale PSC. In sostanza la soluzione RA 2011 invece dell’ordinario modello PSC priva il Governo o NNPC del Profit Oil, come hanno riferito tutti i ct anche di Shell e Eni: si tratta di somme enormi.

Risposta

Nella memoria di Parte Civile si osserva come il Resolution Agreement, rispetto ad altre forme contrattuali, porti ad un risultato economico più favorevole per Eni e Shell. Nel report Openeconomics, cui si rinvia (pag. 68ss), viene spiegato in dettaglio che, laddove in termini esclusivamente finanziari il valore complessivo del “Government Take” sia più favorevole al Governo, applicando i termini del PSC 2005 che quelli dei RA, per le combinazioni intermedie (PSC 2003 e RA + esercizio del back-in) le differenze sono molto più sfumate.

Analogamente, non sorprende che l’evoluzione dei modelli contrattuali proceda nel tempo in senso favorevole agli Stati, tuttavia, come osservato sempre nel report Openeconomics, (i) la spinta verso termini più favorevoli al Governo determinava l’impossibilità di coniugare tali termini con le esigenze di redditività dei progetti, con la conseguenza che “I suoi termini contrattuali sono complessivamente più favorevoli anche della media internazionale, il che è confermato dal fatto che al

momento non esistono progetti in produzione con questo schema” (Openeconomics, pag. 70). I

Inoltre (ii) una valutazione multicriterio evidenzia addirittura che le migliori aspettative in termini di “Government take” prospettate dall’analisi dei modelli PSC 2003 e PC 2005, in raffronto con il RA, sono controbilanciate da una maggiore esposizione del Governo a varie tipologie di rischio, che mettono a rischio l’avvio effettivo dell’investimento e la messa in produzione del giacimento.

Come detto, occorre fare attenzione a non limitarsi alla comparazione dei soli termini relativi alla suddivisione dei profitti attesi, ma bisogna rendere effettivamente comparabili i differenti schemi contrattuali. Ciò richiede che si tenga conto dei rischi nella realizzazione dei profitti, dell’allocazione di tali rischi e di tutti i costi tra le parti contraenti, anche in considerazione delle condizioni specifiche del mercato e dei diritti sulle risorse nel periodo su cui verte il negoziato, come rappresentato nel suddetto rapporto di Openeconomics.

In particolare, nel caso specifico di OPL245, occorre considerare che:

1. Il blocco OPL245 scontava al momento del negoziato una situazione specifica di vincoli e contenziosi, frutto della lunga storia pregressa del blocco, che rendeva di fatto non utilizzabili le risorse, ponendo in capo al concedente costi incombenti significativi.

2. In caso di applicazione dei termini tipici dei Production Sharing Contract, non sarebbe risultato attuabile il pagamento da parte di Eni e Shell del bonus di 1.092 MM USD previsto nel Resolution Agreement per la risoluzione delle dispute di Malabu, in quanto effettivo titolare dei diritti del blocco nel 2011. D’altra parte, tale pagamento risolveva un vincolo straordinario e specifico delle risorse, con oneri di risoluzione a carico del FGN. Si ricordi inoltre che il Settlement Agreement del 2006 prevedeva la riattribuzione della licenza petrolifera a Malabu, senza tuttavia la partecipazione di NNPC e la conseguente possibilità per FGN di poter beneficiare di eventuali quote di profit oil contrattuali.

3. Il Resolution Agreement, attraverso l'opzione di back-in, prevedeva in ogni caso la facoltà per il Governo nigeriano di ristabilire un rapporto di tipo PSC nel caso in cui le condizioni minerarie (in termini di riserve) o di mercato (in termini di prezzi del petrolio) lo avessero reso di sua convenienza. In base alle relazioni di Openeconomics e del Dott. Kotler l'eventuale esercizio dell'opzione di back-in, alle condizioni previste nell'art. 11 del Resolution Agreement, avrebbe generato un valore ampiamente positivo per il Governo.

4. Dal punto di vista del Governo andrebbe inoltre considerato che, attraverso il pagamento della Consideration, l'applicazione del Resolution Agreement avrebbe reso possibile la mobilitazione delle riserve del blocco, reimmettendone l'uso produttivo nel circuito economico nigeriano ed avrebbe anche azzerato i costi incombenti in capo al Governo, per effetto dei molteplici contenziosi in essere in relazione alla licenza di OPL245 al momento del negoziato.

Tutto ciò considerato, l'analisi complessiva dello scenario più probabile di attuazione del progetto di sviluppo del blocco OPL245, assumendo che ciascuno di questi contratti fosse alternativamente applicato con il pagamento del Signature bonus di 208 MM USD e la cancellazione delle controversie per lo sblocco delle riserve, evidenzia come il Resolution Agreement rappresenti, dal punto di vista del Paese e del Governo nigeriano, il miglior compromesso possibile tra costi, rischi e benefici.

Infatti, se attuato nella forma sottoscritta, il Resolution Agreement avrebbe determinato benefici rilevanti per le famiglie, le imprese e il Governo, quantificabili in un valore netto attualizzato di circa 5,9 miliardi di USD (Openeconomics, pg 40), poco meno di 5 miliardi se si considera come costo per il Paese anche la liquidazione di Malabu. Tali benefici, tenuto conto dei costi, dei rischi e del costo del danaro per il Governo nigeriano, risultano superiori nel complesso a quelli ottenibili con forme contrattuali alternative quali quelle di product sharing denominate PSC2003 (Openeconomics, pg 70) .

In questo contesto, l'effettiva esecuzione del Resolution Agreement e dei contratti ad esso conseguenti avrebbe consentito al Governo nigeriano di:

- trasferire la titolarità della licenza ad un consorzio di compagnie che offrivano tutte le garanzie per la messa in produzione della licenza (Eni e Shell);
- mettere a reddito le riserve del blocco producendo i benefici attesi per il Paese e contrastando conseguentemente la fase di decrescita economica (poi effettivamente registrata dopo il 2011) grazie ad un extragettito fiscale utile;
- eliminare i costi incombenti relativi ai molteplici contenziosi in essere frutto della storia pregressa del blocco;
- colmare le differenze con gli schemi contrattuali PSC2003 grazie al combinato del pagamento anticipato della Consideration e della possibilità di sfruttare a proprio vantaggio la capacità del Concessionario di approvvigionarsi dei capitali necessari ad un costo notevolmente inferiore alle alternative aperte al Governo nigeriano o alle sue partecipate;
- allocare i rischi completamente in capo ai contitolari, pur mantenendo la facoltà (ma non l'obbligo) di entrare in uno schema di Production Sharing Contract solo se e nella misura in cui ciò fosse risultato vantaggioso;
- contrastare il calo di attrattività che le riserve nigeriane registravano nei confronti delle IOC.

“Valore e prezzo dell’asset”: – pag. 43 e ss della Memoria

A pag. 45 della memoria si legge: *“Tuttavia, i due ct divergono radicalmente perché:*

Kotler abbatte pesantemente “il valore” oggettivo dell’asset (4,5 miliardi in ragione dell’applicazione di un elevato tasso di sconto relativo sia rischi dell’investimento, sia alla profittabilità specifica dell’operazione per Eni (in questo senso inserisce un tasso di rischio Paese elevato ad un valore del prezzo del petrolio

particolarmente prudentiale); arriva così a sostenere che nel caso concreto 1,3 miliardi usd è stato un prezzo congruo, pur in presenza di un asset di valore molto superiore”

Risposta

La memoria della Parte Civile si sofferma a confrontare la valutazione dell'asset con il prezzo pagato, identificando la differenza tra i due come movente delle società petrolifere. Nei report depositati da Access e da Openeconomics si illustra la congruità del prezzo pagato per Eni, e nel fare questo si sottolinea l'ovvia differenza tra valore e prezzo, che dipende da molteplici elementi, come ad esempio i tassi di attualizzazione adottati, i prezzi di riferimento per la valorizzazione dei ricavi, il rendimento minimo atteso a cui una società è disposta a fare l'investimento, il rischio minerario del giacimento, i rischi tecnici di esecuzione del progetto.

Il Dott. Kotler, nella sua deposizione ha chiarito molto bene i concetti sottostanti e relative differenze.

Con particolare riferimento ai vari elementi della valutazione per Eni, il rendimento minimo atteso nel 2011 per le operazioni in Nigeria era pari a 11,5% (Hurdle Rate) e il tasso di attualizzazione, corrispondente al WACC di Eni per la Nigeria era pari al 9%. Entrambe le condizioni, congiuntamente agli scenari di prezzi futuri di vendita del petrolio, erano definite in applicazione di processi condotti da funzioni specialistiche (Direzione Strategie, Direzione Finanza, CFO) rispetto alle funzioni che le applicavano per la valutazione dei singoli progetti (vedasi a riguardo anche relazione Prof. Manzonetto sui processi specifici). I suddetti parametri erano calcolati con riferimento a banche dati internazionali, erano pubblicati nella società, e venivano utilizzati anche ai fini della predisposizione dei bilanci aziendali, quindi per processi assoggettati a verifiche indipendenti.

Come confermato dal Dott. Kotler nella sua relazione, che analizza le evidenze documentali della nota autorizzativa al CDA Eni del 27.04.2011 e dal rapporto RANI di chiusura del progetto di acquisizione, il valore dell'OPL 245 per Eni era pari a circa

US\$ 1,8 miliardi per la partecipazione del 50%. Il prezzo pagato ammontava a circa \$982 milioni e l'operazione presentava quindi un tasso di rendimento interno del 12,4% (inclusiva del prezzo di acquisto di Eni) per la partecipazione acquisita pari al 50%. Il rendimento era pertanto sufficiente per soddisfare l'hurdle rate interno di Eni del 11,5%.

I tassi di rendimento interni dell'operazione per Eni apparivano in linea con il tasso di rendimento medio ponderato del 16,2% per i progetti pre-FID globali delle Major (come mostrato in Figura 2 della Relazione Kotler).

In conclusione Il Dott. Kotler non *“abbatte pesantemente il valore”*, ma effettua una valutazione oggettiva del bene rispetto al prezzo di acquisto e giunge ai medesimi risultati ottenuti internamente da Eni, confermando anche la congruità del prezzo, tenuto conto dei diversi fattori di rischio inclusi nella valutazione economica, in linea con le metodologie utilizzate dalle best practice internazionali per operazioni della medesima tipologia.

Si consideri che la valutazione innanzi rappresentata fa riferimento al 50% della partecipazione di Eni e che Shell aveva una sua propria valutazione dell'asset, che avrebbe potuto prevedere degli elementi specifici, quali, ad esempio, gli investimenti pregressi sostenuti prima dell'ingresso di Eni, una maggiore conoscenza dell'asset e diverso profilo di rischio tecnico e di mercato, diverso scenario di evoluzione dei prezzi attesi del petrolio.

“Limitazioni ai Back in rights”: pag. della Memoria

Si afferma: *“la clausola che viene inserita nel RA oggetto di imputazione è comunque di enorme vantaggio per Eni e Shell: vengono poste condizioni onerosissime (in concreto impossibili) per l'eventuale esercizio del diritto di rientro*

da parte del governo o di un ente pubblico nigeriano, infatti secondo l'art. 11 del RA l'eventuale ingresso nel blocco

1) Potrà avvenire solo per legge (e si tratta di condizione tanto favorevole da essere enfatizzata da Claudio Descalzi addirittura nella sua informativa c.d.a. del 27.4.2011, come risulta dal relativo verbale)

2) è limitato ad un massimo del 50% dei diritti

3) potrà avvenire solo a fronte del rimborso su base proporzionale del costo dell'acquisizione (signature bonus + prezzo), oltre interessi

4) dovrà comportare il rimborso alle società petrolifere di tutte le spese sostenute

In sintesi, Eni e Shell hanno ottenuto illegittimamente, attraverso l'accordo corruttivo, condizioni oltremodo onerose per esercizio dei diritti di back-in da parte del governo o dell'ente nazionale, tali da poter essere considerate in concreto impeditive per il rientro. Da un lato, la necessità di approvazione di una specifica legge (che quindi esclude l'esercizio del diritto di rientro attraverso il mero esercizio di un atto di amministrazione da parte del governo), dall'altro lato il rimborso non soltanto i costi di esplorazione e gestione, ma anche della quota di signature bonus e di prezzo corrisposto al venditore, oltre gli interessi, costituiscono ostacoli di fatto insormontabili”.

Risposta

L'affermazione per cui il diritto di back-in sarebbe stato esercitato “previo” pagamento non è corretta. Il RA stabilisce che è “soggetto” al pagamento da parte del FGN, il che comporta, come peraltro è prassi nell'industria, che tale pagamento possa avvenire anche in futuro e “in kind” (dalla produzione del giacimento), e comunque in conformità con gli accordi raggiunti tra le parti. Peraltro questa ipotesi è confermata dalla richiesta di esercizio di back-in del FGN del 14.06.2018 (“on a carry basis”).

FGN ha dunque effettivamente esercitato il diritto con la lettera del 14.6.2018, “In accordance with Article 11 of the Resolution Agreement, you are hereby notified

that the FGN intends to exercise its back-in right into the OML on a carry basis at no cost to the Federal Government”. A tale lettera ha fatto seguito l’apertura di un dialogo tra NAE/SNEPCO e il FGN, mirato a definire le condizioni del back-in (come previsto nel RA).

Per il RA (art. 11), l’esercizio del diritto comporta l’obbligo per FGN di rimborsare la quota parte della consideration pagata da NAE e SNEPCO, oltre ad un interesse la misura del quale sarebbe stata oggetto di un successivo accordo. Tale accordo ha le seguenti implicazioni:

1. poiché (cfr. Expert Report. F. K. Segun) il Regolamento del 2003 sul back in non si applica all’OPL 245, il fondamento dell’esercizio del diritto sta nella Petroleum Law, che stabilisce (Art. 35 First Schedule) “participation by the Federal Government in the venture to which the licence or lease relates, on terms to be negotiated between the Minister and the applicant for the licence or lease “. E’ quindi esplicitamente stabilito che (i) le condizioni del rientro devono essere concordate con l’applicant, e quindi (ii) vengono negoziate condizioni prima dell’assegnazione della Licenza.

2. In tale prospettiva, nulla osta a che il Governo possa concordare preventivamente la misura massima del rientro, l’importo da pagare in tale eventualità, ed eventuali condizioni attinenti alla governance una volta esercitato il diritto.

Per quanto riguarda l’entità del pagamento:

F. K. Segun ha chiarito che il Governo non può esercitare il diritto di back in senza riconoscere un indennizzo agli investitori, in quanto in caso contrario ci si troverebbe di fronte ad un esproprio senza equo indennizzo, contrario alla Costituzione nigeriana.

“By law”

Per il mero esercizio del diritto di back-in da parte del Ministero non è necessario alcun atto normativo.

Di fatto (*rectius*, in diritto), il diritto di back in è stato validamente esercitato con la lettera del 14 giugno 2018 mediante una comunicazione/notifica (“notice”). Detta notice del governo prevedeva una modalità senza esborso di cassa (su basse “carry”) e senza riconoscimento di interessi (“at no cost”).



FEDERAL MINISTRY OF PETROLEUM RESOURCES

OFFICE OF THE HONOURABLE MINISTER OF STATE

11th Floor, Block 'D' NNPC Towers, Herbert Macaulay Way,
Central Business District, P.M.B. 449, Abuja

HMS/MPR/033/VOL.1/025

14th June, 2018

Mr. Massimo Insulla
The Managing Director
Nigerian Agip Exploration Limited (NAE)
40/42 Aguiyi Ironsi Street
Maitama District
Abuja, FCT

NAE	ABJ
NO.....1.858	
DATE...19/6/18	
ACTION	
GMLS	
INFORMATION	
RESS	
ANSWER	

M
19/6/18

Dear Mr. Massimo Insulla,

RE: OPL 245

We refer to the Resolution Agreement between the Federal Government of Nigeria, NNPC, NAE, SNEPCO and SNUD dated 29 April, 2011 (“Resolution Agreement”) in respect of the Letter of Award dated 11 May, 2011 allocating OPL 245 to NAE and SNEPCO as well as to the application submitted by NAE for the conversion of OPL 245 into an OML.

We also refer to your presentations to His Excellency, the President and myself during the visit to Nigeria in January by your Chairman in respect of the proposed development of the Zabazaba and Etan Fields. The Ministry is supportive of the project and of the technical proposal presented as it conforms with the FGN objective to secure a proper development and monetisation of the resources of the Block for the benefit of Nigeria.

We have noted your interest in the conversion of OPL 245 into an Oil Mining Lease and appreciate that this will be necessary for the development of the discoveries in OPL 245 and wish to confirm that the Ministry will expedite its review of the application for the conversion.

In accordance with Article 11 of the Resolution Agreement, you are hereby notified that the FGN intends to exercise its back-in right into the OML on a carry basis at no cost to the Federal Government and will soon convene a meeting to

Tel: 09-46084910

discuss the steps required to implement the agreed principles governing the back-in.

Please accept the assurances of my highest regards.



Dr. Emmanuel Ibe Kachikwu
Hon. Minister of State

Copy:

1. The Honourable Attorney-General of the Federation
2. The Honourable Minister of Finance
3. Chairman, Federal Inland Revenue Service
4. Director, Department of Petroleum Resources
5. Group Managing Director, Nigerian National Petroleum Corporation
6. Managing Director, SNEPCO

19

¹⁹ MINISTERO FEDERALE DELLE RISORSE PETROLIFERE
UFFICIO DELL'ON. MINISTRO DI STATO
11° piano, Palazzo D, NNPC Towers, Herbert Macaulay Way,
Central Business District, P.M.B. 449, Abuja

HMS/MPR/033/VOL.1/025

14 giugno 2018

Dott. Massimo Insulla

Amministratore Delegato
Nigerian Agip Exploration Limited (NAE)
40/42 Aguiyi Ironsi Street
Maitama District
Abuja, FCT
19/6/18

timbro: **NAE**

ABJ

N° 1858

Data: 19/6/18

AZIONE 6MLS

INFORMAZIONE RESS

RISPOSTA *sigla illeggibile*

Ogg.: OPL 245

Preg.mo Dott. Massimo Insulla,

Questa lettera (che ben dovrebbe essere nota proprio alla parte Civile Nigeria di cui reca un numero di protocollo e la firma di un ministro) si ricava ed è disponibile

facciamo riferimento al *Resolution Agreement* tra il Governo Federale della Nigeria, NNPC, NAE, SNEPCO e SNUD del 29 aprile 2011 (il *Resolution Agreement*), per quanto attiene alla Lettera di Assegnazione dell'11 maggio 2011 che assegnava OPL245 a NAE e SNEPCO, nonché alla richiesta presentata da NAE di conversione di OPL 245 (*Oil Prospecting Licence* – Licenza di prospezione petrolifera) in una OML (*Oil Mining Lease* – Concessione di estrazione petrolifera).

Con riferimento altresì alla vostra presentazione a Sua Eccellenza, il Presidente, e al sottoscritto - in occasione della visita in Nigeria a gennaio del Presidente della vostra Società, riguardante la proposta di sviluppo dei campi di Zabazaba e Etan, il Ministero è favorevole al progetto e alla proposta tecnica avanzata, in quanto conformi all'obiettivo del Governo Federale della Nigeria di garantire adeguati sviluppo e sfruttamento economico delle risorse del Blocco, nell'interesse del Paese.

Abbiamo preso atto del vostro interesse a convertire OPL245 in una OML e comprendiamo che ciò è necessario per lo sviluppo delle scoperte in OPL245 e intendiamo confermare che il Ministero accelererà l'esame della richiesta di conversione.

Tel.: 09-46084910

Conformemente all'Articolo 11 del *Resolution Agreement*, con la presente vi notificiamo che il Governo Federale della Nigeria intende esercitare il proprio diritto di subentro (*back-in right*) nella OML su base *carry*, a titolo gratuito, e presto convocherà una riunione per discutere le fasi necessarie per attuare i convenuti principi che regolamentano il *back-in*.

Con profonda stima.

firma illeggibile

Dr. Emmanuel Ibe Kachikwu

On. Ministro di Stato

In copia:

1. On. *Attorney-General* della Federazione
2. On. Ministro delle Finanze
3. Presidente, *Federal Inland Revenue Service* (Agenzia di riscossione fiscale federale)
4. Direttore, Dipartimento delle Risorse Petrolifere
5. Amministratore Delegato di Gruppo, Nigerian National Petroleum Corporation
6. Amministratore Delegato, SNEPCO

da fonti aperte <https://www.eni.com/it-IT/media/caso-opl245-processo-nigeria/benefici-popolo-nigeriano-opl245.html>.

È stupefacente come la Parte Civile “finga” di dimenticarsi gli atti provenienti da se stessa, **emanati durante il corso di questo processo e dopo la data di costituzione della parte civile stessa** (disponibili al pubblico e che mai questa difesa si sarebbe immaginata di dover richiamare nel procedimento in oggetto) e travisi la realtà fattuale (prima ancora che giuridica). O forse pare la normalità di un governo che sconfessa se stesso in continuazione.

Stessa tipologia di comunicazione è stata adottata in passato dal Ministero per comunicare ai titolari di licenze l'intenzione di acquisire una quota di titolarità in situazioni analoghe.

Chiaramente l'esercizio del diritto avviene in conformità con la legge applicabile (per legge), che, come detto, sopra prevede esplicitamente una negoziazione tra le parti circa il corrispettivo, gli interessi e le future regole di governance.

La traduzione presentata dalla parte civile di “*by law*” è una evidente forzatura nella misura in cui traduce la dizione in “tramite legge”.

La traduzione corretta è “per legge” (cioè “secondo legge”, “*by law*” appunto in inglese).

Ma se anche fosse stato previsto un atto legislativo (esaminiamo questa ipotesi al solo fine di rendere evidente l'assurdo ragionamento di parte civile), esso avrebbe riguardato le componenti non definite già nel Resolution Agreement (la misura degli interessi) che, se non oggetto di un accordo tra le parti (cioè il procedimento previsto “per legge”), ben sarebbe divenuta “un atto del principe” (ad esempio con interessi pari a zero come proposto proprio dallo stesso Governo con la propria lettera del 14 giugno 2018) conferendo al governo non già (come pretende la parte civile forzando logica e significato giuridici e razionali) un vincolo limitativo al governo, ma al contrario uno straordinario potere negoziale allo stesso (a cui sarebbe bastato rivolgersi

al parlamento che gli ha dato la fiducia per imporre ad Eni le condizioni eventualmente contrattualmente respinte da Eni).

Si ripete: ogni diversa interpretazione è davvero in contrasto con la cultura giuridica, oltre a costituire una ridicola forzatura linguistica e logica del Resolution Agreement, alla luce del contesto normativo in cui l'accordo si è inscritto.

Per chiarezza, in ogni caso, a valle del Resolution Agreement non ci sono stati interventi normativi successivi idonei ad alterare le modalità di esercizio del diritto di back-in quale poi effettivamente esercitato con la notice del 14 giugno 2018, in particolare con riferimento alla libertà delle parti nel negoziare dette condizioni o imporne delle altre ma solo il noto "silenzio" dell'amministrazione Nigeriana in merito alla conversione in OML.

“potrà avvenire solo a fronte del rimborso su base proporzionale del costo dell'acquisizione (signature bonus + prezzo), oltre interessi”

Anche questa affermazione non risulta corretta, in quanto la proposta di esercizio del diritto di back-in effettuata da FGN prevede il pagamento della quota di costo dell'acquisizione “on a carry basis”, il che significa il pagamento avverrebbe “in natura”, a valere sulle quote di produzione futura del giacimento di spettanza del FGN (o della NNPC ove il governo l'avesse designata), successivamente all'avvio del campo (e quindi dopo la conversione in OML), quindi successivamente al rischio minerario e industriale rimasti sino a quel momento (e lo sono ancora) in capo ad Eni e Shell. Anche con riferimento agli interessi, la proposta del FGN è stata “at no cost to the Federal Government”, che significa senza il riconoscimento di interessi. Ed è ben per questo che si afferma che al momento se vi è una parte “danneggiata”, si tratta di Eni (e Shell).

Ma non è tutto: l'esercizio tra le parti dei *Back-in-rights* è talmente pacifico (e corrispondentemente errata giuridicamente, fattualmente e intellettualmente la posizione di Parte Civile) che lo stesso ENI (la NAE) ne prese espressamente atto con

propria lettera del 6 luglio 2018, rispondendo a quella del governo del 14 giugno. Anche tale lettera disponibile su fonti aperte <https://www.eni.com/it-IT/media/caso-opl245-processo-nigeria/benefici-popolo-nigeriano-opl245.html>.

Acknowledgement



MI/MD/094/ABJ/2018

Honourable Minister of State for Petroleum Resources
Federal Ministry of Petroleum Resources
Block D, 11th Floor, NNPC Towers,
Herbert Macaulay Way,
Central Business District - Abuja

Your Excellency Hon. Minister of State,

RE: OPL 245

With reference to your letter Ref.: HMS/MPR/033/VOL.1/025, dated 14 June 2018, we are pleased to note that the Ministry is supportive of the Zabazaba and Etan projects and the technical proposals presented as it conforms with the Federal Government of Nigeria's objective to secure a proper development and monetization of the resources of the block. We also appreciate the Honourable Minister's support in expediting the review of the application for the conversion of OPL 245 into an Oil Mining Lease.

We have taken note, and hereby acknowledge the intention of the Federal Government of Nigeria to exercise its back-in right into the OML to be derived from OPL 245 in accordance with the Resolution Agreement dated 29 April 2011.

Accordingly, we would welcome the Federal Government of Nigeria to convene a meeting to discuss the steps required to implement the principles governing such back-in as provided under Article 11 of the Resolution Agreement. Our team is on standby to meet and would be available for a first meeting as early as next week.

Yours Sincerely,
NIGERIAN AGIP EXPLORATION LIMITED

Massimo Insulla
Vice Chairman/Managing Director

Cc: The Hon. Attorney General of the Federation
“ The Hon. Minister of Finance
“ Chairman, FIRS
“ Director – DPR
“ GMD, NNPC
“ MD, SNEPCO



nigerian agip exploration limited

Incorporated in Nigeria – RC 299647

Head Office: No. 40/42 Aguiyi Ironsi Street,
Maitama, Federal Capital Territory, Abuja, Nigeria.
Mail: P.M.B. 514, Abuja, Nigeria.
Telephone: +234 (0)9 4611900, (0)909 637 8344,
(0)705 017 8344

District: Mile 4, Ikwerre Road, Port Harcourt, Nigeria.
Mail: P.O. Box 923, Port Harcourt, Nigeria.
Telephone: +234 (0)909 637 2000, (0)803 907 2000,
(0)705 017 2000

Lagos: No. 1 Elsie Femi Pearse Street,
Victoria Island, Lagos, Nigeria.
Mail: P. O. Box 1268, Lagos, Nigeria.
Telephone: +234 (0)705 017 2000

6th July 2018

Eni (Nae) dice – ns traduzione - al secondo paragrafo “abbiamo preso buona nota e accettiamo l’intenzione di esercitare i *Back-in-rights* ai sensi dell’art. 11 del *Resolution Agreement* datato 29 aprile 2019.”E invita il Governo a negoziarne i termini ai sensi dell’art. 11.

Eni NON dice: “*scusate signori, la Vostra notice è nulla perché non avete emanato un atto legislativo*”.

Tutto il contrario: Eni accetta l’esercizio dei *Back-in-rights*, lo scrive a tutti quanti (Ministro, DPR, NNPC, funzioni tecniche...) e si dichiara pronta e disponibile a sedersi per discuterne i dettagli. Come un normale contraente in buona fede fa e dovrebbe fare. E ciò nonostante che questo procedimento fosse in corso e le parti contrapposte.

Questi i “diabolici” diritti “inesercitabili” e fonte di responsabilità di ENI e di una richiesta miliardaria della parte civile. Appare opportuna una bella riflessione su che senso dare al comportamento del Governo Nigeriano. Il peso (in termini giuridici) al vaglio di questa eccellentissima Corte che ben saprà cogliere l’enormità della posizione della parte civile (che per Eni rappresenta un vero e proprio abuso), per rigettarne la richiesta risarcitoria.

“dovrà comportare il rimborso alle società petrolifere di tutte le spese sostenute”

Anche in questo caso (e per l’ennesima volta) l’affermazione è errata. Nell’ipotesi infatti di costituzione di un contratto di ripartizione della produzione (PSC) per la quota corrispondente all’ipotetico esercizio del diritto di back-in da parte di NNPC, assumiamo pari al 50%, si prevede tramite l’art. 11 (iii) di poter conferire come recuperabile dall’eventuale produzione futura di idrocarburi la quota corrispondente di investimenti legittimamente effettuata da Eni e SNEPCO prima dell’ingresso del nuovo partner su quella porzione di partecipazione. Si tratta del meccanismo di recupero classico previsto nel PSC anche per tutti gli altri investimenti che saranno effettuati dalle società internazionali successivamente alla data di ingresso

di NNPC. Non è quindi un “rimborso monetario immediato” da parte di NNPC, bensì una previsione di recupero dell’investimento pregresso dalla produzione futura del blocco, quindi con rischio minerario, e dell’esigenza di garantire l’uniformità di trattamento sul recupero di tutti i costi sostenuti, indipendentemente dal momento di ingresso del nuovo partner.

Pag. 46 – esercizio back-in da parte di FGN

Essendo il governo o la società petrolifera di stato NNPC, del tutto fuori dalla gestione operativa del blocco, non avranno a disposizione i dati tecnici e storici (invece in possesso delle società private) per poter esercitare al meglio l’opzione: si tratterà di un’opzione esercitata con un bagaglio informativo inferiore e quindi di valore decisamente inferiore.

Risposta

Il Department of Petroleum Resources (DPR), ente alle dipendenze del Ministero del Petrolio, al pari di NNPC, esercita il potere di indirizzo e controllo di tutte le attività petrolifere, incluse quelle dell’OPL245, rivede i piani di sviluppo dei suddetti campi, autorizza tutte le attività svolte sui siti (ambientali, di perforazione, di approvazione dei piani di sviluppo, avvio produzione, etc.).

Contestualmente anche il Local Content Development Board, ente alle dipendenze del Ministero del Petrolio, rivede ed autorizza tutti le varie gare e assegnazione di contratti di servizi e materiali, avendo accesso a tutte le informazioni di dettaglio sullo svolgimento delle attività petrolifere.

Per tali ragioni è errato dire che FGN non abbia le informazioni e vigilanza su tutte le attività condotte sul blocco.

XI

Considerazioni conclusive

A questo punto si possono formulare le considerazioni conclusive.

Innanzitutto, non è vero, per le ragioni esposte, che il *Resolution Agreement* fu atto illecito, in quanto caratterizzato da plurime violazioni della legislazione nigeriana e, dunque non è possibile muovere ad ENI alcun rimprovero per il semplice fatto di avere stipulato il contratto OLP con il Governo.

La stipulazione di tale contratto è, d'altronde, avvenuta nel quadro di una procedura che ha rispettato tutte le cautele imposte dalle regole comuni di diligenza, dalla legislazione nazionale e internazionale, e da un modello organizzativo idoneo a prevenire reati del tipo di quello contestato.

Anche sotto questo profilo il comportamento di ENI appare assolutamente conforme alla legge.

A questo punto non rimane che l'accusa di avere concluso con il Governo Nigeriano un accordo, senza preoccuparsi di quale sarebbe stato, dopo il versamento della provvista, la sorte del denaro versato nelle casse nigeriane, anzi sapendo che una parte del denaro sarebbe stato trasferito dal Governo a Malabu.

L'accordo con il Governo, abbiamo visto, era assolutamente legittimo; si trattò, anzi, di una soluzione in linea, oltre che con il diritto vigente, con le raccomandazioni degli organismi internazionali e con i suggerimenti delle funzioni interne di ENI, nonché con il comune buon senso, che vede ragionevolmente nelle istituzioni governative (specie ove rappresentate, come nel caso della stipula del *Resolution Agreement*, da ben tre Ministri in carica) una garanzia di legalità. Né si può sostenere che, dopo avere stipulato il contratto, ENI avrebbe potuto sottrarsi alla sua esecuzione non procedendo al pagamento del prezzo pattuito.

Certo, ENI sapeva che parte di quel versamento sarebbe stato utilizzato dal governo per risarcire Malabu (e non poteva essere altrimenti, visto che i diritti sulla concessione Malabu li vantava).

Ma questo nulla c'entra con una sua possibile responsabilità, ex D.Lgs. 231/2001.

Sappiamo che nel corso della originaria trattativa con Malabu, ENI aveva tentato in tutti i modi di fare chiarezza sulla struttura societaria di Malabu, anche a seguito delle raccomandazioni ricevute dalla propria funzione *Anti-corruption*.

Di fronte ad una situazione di incertezza, ENI decise, tuttavia, di abbandonare la trattativa con Malabu e di rapportarsi esclusivamente al Governo Nigeriano (chiamata dallo stesso), massimo custode della legalità del Paese e unico soggetto dotato degli strumenti di verifica necessari per assicurare la piena liceità dell'operazione.

Ebbene, una volta che ENI decise di finalizzare l'accordo con il Governo della Nigeria e di trasferire, conseguentemente e nel più ampio contesto di un complesso accordo transattivo, il corrispettivo pattuito, sul conto della controparte (Governo della Nigeria) ciò, giuridicamente e secondo il buon senso comune, aveva un unico significato.

Il Governo della Nigeria, e solo il Governo della Nigeria, dal momento in cui decise di trasferire separatamente la somma di denaro al soggetto legittimato a riceverla sulla scorta dell'accordo transattivo concernente la rinuncia ai diritti sulla concessione, divenne il soggetto che avrebbe dovuto svolgere tutti i controlli necessari su eventuali operazioni, che si sarebbero potute verificare a valle del pagamento di Eni al Governo.

Ciò in quanto:

- (i) il pagamento a Malabu venne ordinato proprio dal Governo e non da Eni e Shell, che non avevano alcun potere di verificare o indirizzare i pagamenti successivi rispetto a quelli effettuati a favore di un governo sovrano;
- (ii) i trasferimenti successivi si svolsero nella giurisdizione nigeriana e sotto la sfera di vigilanza e controllo del Governo Nigeriano;
- (iii) tali trasferimenti di denaro riguardavano entità e cittadini nigeriani;
- (iv) i trasferimenti (dopo aver transitato da JPMorgan, primaria banca internazionale e legittimati dalla “SOCA” britannica) transitarono attraverso banche nigeriane sottoposte alla vigilanza prudenziale del Governo Nigeriano;
- (v) i pagamenti “sospettati” al quarto livello sottostante al pagamento di Eni al Governo, avvennero in un arco temporale molto lungo successivo alla conclusione dell’accordo con Eni, quando l’attenzione sulla legittimità di molti di tali pagamenti (che si presumono illeciti) era già altissima, per via della causa intentata a Londra da EVP nei confronti di Malabu per il pagamento delle commissioni.

Per altro verso, è dimostrato che nessuna norma imponeva ad ENI di esercitare verifiche sui flussi di denaro successivi al momento del loro versamento sul conto della controparte contrattuale, verifiche che, peraltro, ENI non sarebbe neppure stata in grado di compiere non possedendone gli strumenti.

In ogni caso ENI, per eseguire l’operazione di versamento del denaro sul conto indicato dal governo nigeriano, come abbiamo visto, si rivolse ad a J Morgan, banca di primario profilo, obbligata a compiere gli accertamenti prescritti sui successivi trasferimenti di denaro sulla base della normativa antiriciclaggio.

In questa prospettiva ENI assunse un atteggiamento di massima cautela, anche sotto il profilo dei flussi di denaro, affidandosi per le modalità di pagamento ad un istituto che, si sapeva, avrebbe necessariamente compiuto gli accertamenti prescritti. Anche sotto questo profilo, dunque, non sembra si possa configurare nessuna omissione giuridicamente rilevante agli effetti di una ipotetica responsabilità penale dell’ente.

Alla luce di quanto sopra, emerge dunque la totale liceità e la mancanza di colpevolezza nella condotta tenuta da ENI.

In estrema sintesi, questa difesa ritiene pertanto che la piattaforma accusatoria della pubblica accusa difetti di elementi essenziali dell'illecito (amministrativo) da reato contestato ad ENI, non esiste la norma che si ritiene violata, non esiste conseguentemente un contratto qualificabile come illecito, non esiste, soprattutto, colpa dell'ente nel comportamento tenuto nel corso della complessa trattativa intrapresa.

Mancano dunque *in radice* i presupposti della responsabilità amministrativa dell'ente ex. D.Lgs. 231, mancano, e mancheranno sempre.

Alla luce di quanto rilevato, si chiede pertanto che nei confronti di Eni il Giudice voglia emettere sentenza di completa assoluzione.

Milano, 24 febbraio 2021

Avv. Nerio Diodà

Alla luce di quanto sopra, emerge dunque la totale liceità e la mancanza di colpevolezza nella condotta tenuta da ENI.

In estrema sintesi, questa difesa ritiene pertanto che la piattaforma accusatoria della pubblica accusa difetti di elementi essenziali dell'illecito (amministrativo) da reato contestato ad ENI, non esiste la norma che si ritiene violata, non esiste conseguentemente un contratto qualificabile come illecito, non esiste, soprattutto, colpa dell'ente nel comportamento tenuto nel corso della complessa trattativa intrapresa.

Mancano dunque *in radice* i presupposti della responsabilità amministrativa dell'ente ex. D.Lgs. 231, mancano, e mancheranno sempre.

Alla luce di quanto rilevato, si chiede pertanto che nei confronti di Eni il Giudice voglia emettere sentenza di completa assoluzione.

Milano, 24 febbraio 2021

Avv. Nerio Diodà
