

LA FUNZIONE DI COMPLIANCE NELLA VIGILANZA BANCARIA

ALDO ANGELO DOLMETTA

SOMMARIO. 1. Rischio di non conformità alle regole e autonomia di impresa. – 2. Funzione di *compliance* e attività bancaria. - 3. Le Istruzioni della Banca d'Italia. – 4. Funzione di *compliance* e «certezza del diritto».

1. Rischio di non conformità alle regole e autonomia di impresa

La funzione di *compliance* non appartiene al novero degli istituti conosciuti dal codice civile o comunque frequentati dalle analisi della nostra letteratura giuridica¹. Pure la stessa – che fino a pochi anni fa rimaneva ignorata a livello di *nomen* – riveste grande importanza.

Funzione di *compliance* significa attività (: la funzione, appunto) volta a sistemare in via preventiva il rischio di comportamenti dell'impresa (con l'ampliamento, peraltro, che si vedrà all'inizio del n. 2.) non conformi alle norme. Alle norme in genere, per la verità; per il contesto che qui interessa in modo immediato, alle norme giuridiche in specie. Di queste ultime, tutte: le norme di eteronomia, come pure quelle di autonomia. Dunque, prima di tutto,

¹ Sta cominciando, peraltro, a formarsi un apparato bibliografico. Tra i primi scritti v. Falcone, *La "compliance" nell'attività bancaria e nei servizi di investimento*, in *Dir. banca*, 2008, I, p. 221 ss.; Greco, *La compliance nelle attività e nei servizi bancari: i problemi aperti*, ivi, 2009, I, p. 633 ss.; A. Candian e Tita, *La compliance delle imprese assicurative nel quadro europeo tra Solvency II, Eiopa e direttiva Omnibus II*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, n. 3; Guastella e Panebianco, *Mifid e gestione strategica del cambiamento nei processi di compliance*, in *Dir. prat. soc.*, 2009, fasc. 7. Per i temi specificamente sviluppati nel presente lavoro sono da tenere in particolare considerazione anche le conferenze di Tarantola, *La funzione di compliance nei sistemi di governo e controllo delle imprese bancarie e finanziarie*, Milano, 4 ottobre 2007 e *La trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti: la visione della Banca d'Italia*, Roma, 6 giugno 2011 (i testi delle due conferenze si trovano pubblicati sul sito della Banca d'Italia).

la *compliance* si preoccupa che le norme di autonomia siano conformi alle norme di eteronomia; e, in via ulteriore, che le altre tipologie di comportamenti umani seguano pure conformi alle fissate norme, tanto di (verificata) autonomia, quanto di eteronomia.

Come si vede, se il *nomen* è recente, la sostanza prima – e oggettiva – del fenomeno non lo è per nulla. Al fondo sta, in definitiva, una valutazione comparativa tra vantaggi e costi, che da sempre risulta essere componente interna delle decisioni (dirette e indirette) relative all'offerta imprenditoriale dei beni/servizi: per il lato della proposta del «pacchetto-prodotto» da immettere sul mercato; come pure per il lato della realizzazione esecutiva del medesimo.

Per fare un esempio ordinario: per sua natura, una clausola negoziale di esonero da responsabilità viene a ridurre il carico della prestazione, perché questa può essere frutto di comportamenti negligenti dell'impresa; e riduce il carico dell'inadempimento, perché lo stesso non genera, per l'appunto, una responsabilità risarcitoria. Tuttavia, l'effettività o meno dei relativi vantaggi va rapportata, per l'impresa, con il divieto di clausole di esonero che il sistema di legge scritta in ipotesi disponga (così, la norma dell'art. 1229 c.c.).

Che, in realtà, non è poi un confronto che si esaurisce lì, ma – posto il divieto - si misura e consuma con una serie di variabili piuttosto ricca. Così, con l'interpretazione che la giurisprudenza venga a dare del divieto sia un punto di diritto (l'«ordine pubblico» di cui al comma 2 dell'art. 1229, per dire; o l'arco strutturale della clausole che violano il disposto del comma 1), sia in punto di fatto (comportamenti che integrano gli estremi della colpa grave); con le diverse interpretazioni presenti, pure, a seconda dei «gradi» dei giudici (cfr. la Corte di cassazione); con la tipologia delle conseguenze negative che l'ordinamento lega alla violazione del divieto (dall'invalidità dell'atto al rimedio solo risarcitorio, alle sanzioni amministrative); con la probabilità statistica che una clausola di violazione del divieto (o un comportamento che sconfini nella colpa grave) venga effettivamente sottoposta a sindacato (giudiziale o amministrativo che sia): in sé, come pure in relazione al numero complessivo delle operazioni che l'offerta (comprensiva di quella clausola) è andata a gestire.

E così via. Tra le altre cose, la sussistenza di una situazione normativa volta a proteggere, per un dato settore, le imprese operanti in termini di stabilità e chiusura di accesso tende *naturaliter* a deprimere la rilevanza della *compliance*: non foss'altro perché il mercato risulta connotato dalla mancanza di alternative in concreto disponibili.

Si è appena rilevato che le imprese hanno sempre valutato, nel confronto coi vantaggi, il rischio del mancato rispetto delle norme; e nel loro interno deciso se, come e quanto correrlo ovvero diversamente correre ai «preventivi ripari» a mezzo dello svolgimento di azioni di *compliance*. Quello che è emerso negli ultimi anni, in una con il *nomen* in questione, è la distinzione – l'isolamento, meglio - di quest'attività dall'insieme indistinto dei tratti caratterizzanti l'offerta imprenditoriale di beni/servizi.

Con il contestuale sopravvenire pure dell'idea – davvero lontana dal pensiero classico della borghesia liberale – che, forse, le decisioni sul correre o meno il rischio di non conformità alle regole non dovessero rimanere incluse tra i fatti esclusivi dell'autonomia di impresa, non venissero a risolversi senza residui in un affare privato di chi le imprese controlla e amministra. Un duplice passaggio di impostazione, dunque.

2. Funzione di *compliance* e attività bancaria

Quella relativa alla funzione di *compliance* è problematica che si pone per tutte le imprese (non solo per esse, però; in realtà, il tema è idoneo ad acquistare dimensione autonoma in relazione a tutte le strutture organizzative; si pensi, così, alle pubbliche amministrazioni): quale che ne sia l'oggetto dell'attività, il metodo produttivo, il livello dimensionale. Nel concreto, l'isolamento della funzione in quanto tale viene riscontrata, in specie, con l'introduzione della «regolamentazione di carattere generale» sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231². Nell'oggi, in particolare, la considerazione distinta e autonoma (rispetto agli altri tratti caratteristici della relativa offerta imprenditoriale) della *compliance* è fenomeno che coinvolge tutti e tre i settori base del comparto «finanziario» (dando a quest'inaffidabile parola il senso generico di attività non industriale, né commerciale): quello bancario, quello assicurativo (Regolamento Isvap, 26 marzo 2008, n. 20), quello di svolgimento dei servizi di investimento (Regolamento Consob e Banca d'Italia, 29 ottobre 2007)³. In questa sede è bene circoscrivere l'attenzione al primo degli indicati settori.

² Cfr., in particolare, Falcone, *op. cit.*, p. 224.

³ A cui si è aggiunta di recente la Comunicazione di Banca d'Italia e di Consob in tema di ripartizione di competenze tra *compliance* e *internal audit* nella prestazione dei servizi di investimento (8 marzo 2011). Su tale Comunicazione v. Colonna, *La comunicazione congiunta*

A proposito dell'ambito bancario prima di qualunque altra cosa vanno sottolineati, a me pare, due ordini di profili che si pongono sulla linea della fattispecie (intesa, qui, come vicenda contrapposta alla regolamentazione disciplinare della *compliance*).

Il campo operativo evidenzia, in effetti, una notevole inclinazione per la fuga in avanti: in termini, proprio, di tecnicismo giuridico. Per visualizzare la circostanza, basta porre mente alla storia delle cassette di sicurezza. Che, come risaputo, è una cronaca di inseguimenti: con le banche a presentare, volta dopo volta, clausole di forma tecnica nuova; e la giurisprudenza a ricordare ogni volta che il passaggio tra il vietato esonero da responsabilità e la consentita delimitazione dell'oggetto contrattuale suppone un adeguato spostamento sostanziale dell'autonomia⁴. Ma la storia delle cassette è emblematica; essa, di certo, non rappresenta un episodio isolato. Osservando il panorama delle garanzie bancarie, nel 1985 attenta dottrina annotava: «non è difficile ..., operando uno sguardo d'insieme, cogliere qui un'evoluzione generale per cui le banche si sforzano di elaborare nuovi e sempre più perfezionati strumenti di garanzia che poi gli organi delle procedure concorsuali tentano, in misura maggiore o minore, di vanificare; con la conseguente necessità per le prime di operare nuovi sforzi di elaborazione e così via»⁵.

L'altro profilo, a cui si faceva cenno, attiene al punto del rischio di non conformità. Al riguardo si suole rilevare, in genere, che lo stesso viene a ripartirsi in «rischio legale» (perdite derivanti da violazioni di legge o regolamento, responsabilità contrattuale o extra, controversie «altre») e in «rischio reputazionale» (flessione di profitti frutto di una percezione negativa dell'immagine della banca da parte del mercato)⁶. Anche il sistema bancario – come quelli delle altre imprese - corre questi rischi, ovviamente. Con una peculiarità, peraltro, che sembra opportuno sottolineare.

L'attività delle banche è sottoposta a uno statuto eteronormativo di particolare rigore rispetto agli altri (agli statuti delle «comuni» imprese, cioè). Si ritiene sussistano regole – di legge, come di vigilanza - che ne disciplinino in maniera particolarmente stringente (o potenzialmente tale)

Banca d'Italia-Consob in materia di ripartizione delle competenze tra compliance e internal audit: prime riflessioni, in *Resp. amm.*, 2011, p. 155 ss.

⁴ Sulla vicenda v. i resoconti di Cavalli e Callegari, *Lezioni di diritto bancario*, Bologna, 2008, p. 205 ss.; e di Fauceglia, *I contratti bancari*, nel *Tratt. dir. comm.* diretto da Buonocore, p. 499 ss.

⁵ Angelici e Bussoletti, *Garanzie bancarie proprie e improprie e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 788.

⁶ Cfr. ancora Falcone, *op. cit.*, p. 224 s.

l'azione. Ciò porta reputazione, sicuro; ma non solo questo. Porta anche legittimo affidamento dei terzi: sull'effettiva correttezza dei comportamenti in concreto tenuti dai soggetti così vigilati. Qui la reputazione diventa - ovvero crea, per così dire - il rischio legale.

La materia della c.d. concessione abusiva del credito sta sviluppando una simile prospettiva. Questa l'articolazione dei passaggi: il processo di erogazione del credito è coperto, nell'ordinamento vigente, da una disciplina eteronoma di professionalità; se l'impresa cliente viene effettivamente affidata, dunque, essa è - dovrebbe proprio essere - «economicamente valida»: visto il reticolo normativo del credito, i creditori non bancari fanno legittimo affidamento sui risultati dell'istruttoria bancaria. L'erogazione del credito viene a fungere, insomma, da qualificata «attestazione di meritevolezza del credito»: con la conseguenza che la negligente concessione finisce per risultare fonte di responsabilità (extracontrattuale) della banca nei confronti dei terzi⁷.

Ma fenomeno per qualità non dissimile tende a verificarsi, a me pare, pure nell'ambito della raccolta (per fermarsi, qui, all'altra attività «identificativa», nel nostro ordinamento, dei soggetti banca). Si pensi, in questa direzione, alle obbligazioni bancarie e al loro confronto con quelle emesse dalle società di diritto comune. E' opinione corrente in letteratura, come pure tra gli operatori, che la raccolta bancaria sia soggetta a «una penetrante vigilanza di tipi» prudenziale», diretta al rispetto del principio cardine della gestione «sana e prudente»». Non meno comune è il riscontro che i limiti posti alle emissioni obbligazionarie di diritto comune dall'art. 2412 c.c. non svolgano alcuna funzione preventiva di solidità e stabilità dell'emittente (al di là dei meandri e interrogativi tecnici che, numerosi, propone il comma 2 di questa disposizione)⁸. Da un lato, quindi, obbligazioni dotate di peculiare «solidità»: sotto la vigilanza prudenziale dell'Autorità istituzionale deputata, nel sistema vigente, al controllo di stabilità degli intermediari (la Banca d'Italia, appunto: art. 5, comma 2, TUF); dall'altro, obbligazioni per definizione diverse, perché prive di «regolamentazione e ... controlli diretti a proteggere [gli]

⁷ Sul tema v. da ultimo Pinto, *La responsabilità da concessione abusiva del credito fra unità e pluralità*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1161 ss. (ove pure la formula riportata nel testo e ampi riferimenti).

⁸ Su questi punti v., tra gli altri, Galletti, «Elasticità» della fattispecie obbligazionaria: profili tipologici delle nuove obbligazioni bancarie, in *BBTC*, 1997 I, p. 244 (da cui la frase trascritta); Blandini, *Profili cartolari dei titoli obbligazionari emessi da banche*, ivi, 1996, I, p. 820 ss.; Giannelli, *Commento all'art. 2412 c.c.*, in *Comm. riforma società* diretto da Marchetti, *Obbligazioni. Bilancio* a cura di Notari e Bianchi, Milano, 2006, p. 87; Spagnuolo, *Titoli bancari di raccolta del risparmio*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 13**, ed. 2, Milano, 2008, p. 503 ss.

investitori» (come per contro ha prescritto il testo dell'art. 3 della Seconda Direttiva)⁹. Posta questa situazione, non basta davvero l'(ingiustificata) esenzione dalla tutela dei sistemi di garanzia disposta dall'art. 96-bis (comma 4, lett. b) TUB, per affermare che le obbligazioni bancarie sono una «forma di raccolta non tipica dell'attività bancaria»¹⁰. Vengono in forte risalto, piuttosto, i penetranti poteri di vigilanza di cui al plesso normativo degli artt. 51 ss. TUB, come pure *sub specie* implementati dal disposto dell'art. 12 sempre del testo unico.

Come si vede, il tema della *compliance* finisce per lambire, nei suoi ultimi svolgimenti in punto di responsabilità risarcitoria, le stesse Autorità di vigilanza: nel caso, la Banca d'Italia¹¹.

3. Le Istruzioni della Banca d'Italia

3.1.- Nel luglio del 2007 la Banca d'Italia ha emanato delle apposite norme regolamentari per la materia della *compliance*. Secondo quanto pare, alla radice storica dell'intervento stanno l'Accordo di Basilea del 2004, alcune disposizioni della Direttiva CEE n. 73/ 2006 (10 agosto 2006), nonché il ripetuto verificarsi nella prassi di «zone di opacità, specie legate al collocamento di prodotti finanziari»¹².

Sotto il profilo strutturale, il detto intervento - che fa leva sulla norma dell'art. 53, comma 1 lett. d., TUB - viene dichiaratamente a considerare la *compliance* come «parte integrante del sistema dei controlli interni delle banche» (n. 4, p. 4), così affiancandola, su uno sfondo che comprende anche il collegio sindacale, ai «controlli sulla gestione dei rischi» e all'«attività di

⁹ Bussoletti, *La raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Dir. banca*, 1996, I, p. 12: «se si aderisce alla tesi che la direttiva autorizzava le eccezioni al divieto generalizzato a condizione che la tutela dei risparmiatori fosse equivalente a quella bancaria, questa situazione non ricorre nei casi di raccolta obbligazionaria delle società per azioni e delle società in accomandita per azioni, casi che pure sono espressamente esonerati dal nostro legislatore».

¹⁰ E' la tesi di Cercione, *Il recepimento della direttiva CEE 94/19*, in *La nuova legge bancaria* a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, IV, Milano, 1998, p. 177; sulla stessa linea parrebbe anche Spagnuolo, *op. cit.*, p. 529.

Nota Mecatti (*Commento all'art. 96-bis in Testo unico bancario. Commentario* a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina e Santoro, Milano, 2010, p. 780) come l'esclusione delle obbligazioni bancarie dal sistema di tutela sia da stimare «una delle più controverse».

¹¹ Raggiugli recenti sulla responsabilità civile da torto delle Autorità di vigilanza in *Sulle nozioni di «banca» e di «trasparenza»: spunti dal d.lgs. n. 141/2010*, in *Dir. banca*, 2011, I, p. 230 s., nota 28.

¹² La frase trascritta appartiene ad Antonucci, *Diritto delle banche*, ed. 4, Milano, 2009, p. 249.

revisione interna» (*internal audit*; il documento forma, per la precisione, un *addendum* esterno del capitolo 11, sez. II, Titolo IV delle attuali Istruzioni di Vigilanza per le banche).

Nel merito, le Istruzioni puntano all'obiettivo che gli intermediari costituiscano un distinto ufficio interno - «permanente e indipendente» (p. 3) e con nomina di apposito responsabile (p. 2) – in via precipua deputato: alla «identificazione nel continuo delle norma applicabili alla banca»; alla «proposta di modifiche e procedurali finalizzata ad assicurare adeguato presidio dei rischi di non conformità identificati»; alla «predisposizione di flussi informativi»; alla «verifica dell'efficacia degli adeguamenti organizzativi ... suggeriti».

Al di là di questo plesso strutturale «di principio», peraltro, le Istruzioni affidano «nel contempo alle banche piena discrezionalità nella scelta delle soluzioni organizzative più idonee ed efficaci» in materia (p. 1).

3.2.- Per la verità, anzi, le Istruzioni sembrerebbero lasciare all'autonomia delle singole banche piena discrezionalità anche in ordine alla definizione del margine di rischio di non conformità (ovvero la decisione della sua misura effettiva) che le stesse intendono affrontare nel concreto della loro attività. Quanto meno, su questo punto – che all'evidenza è quello fondamentale della materia – le Istruzioni rilasciano sicuramente un forte spazio di ambiguità.

Certo, non mancano richiami a una «cultura aziendale improntata a principi di onestà, correttezza ... rigoroso rispetto delle prescrizioni normative» e a corsi di «formazione del personale» (pp. 1 e 5); si tratta, peraltro, di enunciazioni che, francamente, non riescono a superare la soglia della vaghezza e genericità (dei «buoni propositi», forse). D'altro canto, dal contesto complessivo del documento si ricava che la «gestione del rischio di non conformità» deve essere semplicemente «consapevole» (p. 4); è questo a contare, non anche che la gestione sia orientata¹³. Come pure si ricava che la

¹³ E' noto che l'Accordo di Basilea II assegna, tra le altre cose, rilevanza primaria alla «certezza giuridica», locuzione che viene adoperata per esprimere il seguente concetto: «tutta la documentazione impiegata in materia di transazioni assistite da garanzie reali, compensazioni di posizioni di bilancio, garanzie personali e derivati su crediti deve essere vincolante per tutte le parti e legalmente opponibile in ogni giurisdizione interessata. *Le banche devono avere effettuato tutti gli adeguati accertamenti di legge al riguardo, in modo che le loro conclusioni poggino su una solida base giuridica*, e condurre all'occorrenza ulteriori verifiche per assicurare che la documentazione mantenga nel tempo la sua validità legale (il corsivo è aggiunto).

Dunque, nel contesto delle sue regole – per definizione ispirate al criterio della prudenza (come chiave di base per la solidità e stabilità delle imprese partecipanti al sistema) – l'Accordo include, tra i momenti prioritari dell'azione imprenditoriale, il criterio della *prudenza tecnico-giuridica*. E se non m'inganno, ciò significa richiedere sia il solido rispetto delle «precise» regole di legge, sia

decisione del consiglio di amministrazione di «approvare le politiche di gestione del rischio» non è destinata a incontrare paletti o confini (p. 3).

Si delinea così il sospetto (se non altro) che l'intervento della Banca d'Italia sia, nella realtà, assai meno innovativo di quanto a prima vista potrebbe apparire. E sia un po' deludente: in definitiva, le Istruzioni non sembrano abbandonare l'ottica tradizionale del rischio di difformità (*an e quomodo*) come questione il cui merito rimane di spettanza esclusiva delle scelte di impresa; questo intervento dell'eteronomia parrebbe produrre, per gran parte almeno, un semplice rimbalzo all'autonomia. Il momento dell'obbligatorietà, imposto dalle Istruzioni, sembrerebbe in definitiva esaurirsi nella prescrizione di un indipendente e dedicato ufficio.

Secondo quanto parrebbero confermare (se non m'inganno) le parole di un'autorevole esponente dell'Autorità: «è rimessa all'esclusiva responsabilità dei soggetti vigilati la definizione nel concreto di strutture e assetti di governo societario ... La responsabilità primaria di delineare l'architettura complessiva del sistema di controllo e gestione dei rischi è rimessa agli organi aziendali di vertice»¹⁴. Resta da chiedersi, naturalmente, se le scelte di *compliance* nei fatti compiute da questi vertici aziendali siano da ritenere espressione di decisione di merito imprenditoriale – così seguendo una linea che la giurisprudenza quasi sempre dichiara di non potere sindacare – o se, per contro, appartengano a zone giuridiche valutabili in termini di diligenza e responsabilità civile.

3.3.- Del resto, le dette Istruzioni della Banca d'Italia manifestano, a me pare, anche altre carenze: di ordine strutturale, se si vuole, ma non per questo meno importanti. Spicca, lungo l'asse del relativo testo della Vigilanza, la compiuta assenza di tre parole, che per contro fanno parte della cifra di base della materia: giurisprudenza; clausola contrattuale; diligenza della banca.

Tantissime volte, per la verità, il documento ricorre alla parola «norme»; *inter alia*, per distinguere tra quelle di eteroregolamentazione (leggi e regolamenti) e quelle di «autoregolamentazione» (p. 4). Ora, queste ultime sono identificate negli «statuti, ... codici di condotta, codici etici» (pp. 2 e 4). Nessun cenno, proprio, alle norme contrattuali: tanto meno riguardo alla loro confezione (predisposizione dei contenuti e offerta sul mercato) e riguardo al rispetto delle medesime nella fase di esecuzione. Uno iato, un vuoto di diritto? Dice il documento che le «norme più rilevanti ... riguardano ... la

il rifiuto di soluzioni operative intrinsecamente avventurose o che in un dato momento storico risultino, alla luce del diritto applicato dei diversi Paesi, oggettivamente incerte.

¹⁴ Così Tarantola, *La funzione*, cit., p. 7.

trasparenza nei confronti del cliente» (p. 2): ma a cosa si intenderebbe riferire?

Con formula vecchiotta il documento predica, poi, l'esigenza di andare oltre la «lettera delle norme», per raggiungerne lo «spirito». Come si vede, l'intento rimane generico: la richiesta, meglio, è quella di non assumere comportamenti meramente formali o burocratici. Con la forte probabilità di dare vita, altresì, a un intervento depistante: non a caso si è osservato, in proposito, che lo spirito della legge sta nelle parole dell'interprete, sì che rimane in ogni caso da conoscere a «quale interprete (o a quale interpretazione) si faccia in questo caso riferimento, posto che la possibilità di una interpretazione presuppone logicamente anche la possibilità anche di interpretazioni alternative»¹⁵.

Ora, al di là del non irrilevante problema del «dove» individuare in concreto questo «spirito» normativo (per un cenno, per vero molto legato ai contenuti dell'osservazione che si sta qui svolgendo, v. nel n. 4.2., alla fine del primo capoverso), il fatto è che le norme di legge, come di contratto, vivono nelle interpretazioni giurisprudenziali e nell'evoluzione del relativo pensiero. Semplificando solo un poco: parlare delle norme senza far cenno della giurisprudenza è come tagliare una mela in due. E buttare via una delle due parti.

All'obiettiva importanza che l'attività bancaria (strutture organizzative e dipendenti compresi) sia improntata a livelli di alta diligenza professionale si è già accennato sopra (nel n. 2). Qui è da sottolineare come la prescrizione di una regola di particolare diligenza, o professionalità, non supponga per sé la preesistenza di un determinato, alto, *standing* operativo a livello fattuale; piuttosto lo cerchi: ne chieda il raggiungimento nell'ottica della prescrizione per l'efficienza del servizio imprenditoriale prestato.

Per contro, il punto del documento che va più vicino al tema sembra essere il seguente: «eventuali codici etici o altri standard applicabili alla banca» (p. 5; cfr. pure p. 1). Ora, questo riferimento all'«etica» potrebbe forse leggersi – al di là dell'inquietudine forte che la parola viene subito a suscitare nei giuristi di laica positività - come un criptico rinvio ai codici di autoregolamentazione. Se così fosse, allora il documento predisposto dalla Vigilanza sembrerebbe muovere in una direzione proprio diversa da quella della professionalità: ben noto è il «pericolo» che l'autoregolamentazione sia strumento utilizzato «per “appiattare verso il basso” il livello di diligenza» degli operatori¹⁶.

¹⁵ Sempre Falcone, *op. cit.*, p. 229.

¹⁶ Il condivisibile giudizio è di Falcone, *op. cit.*, p. 233.

4. Funzione di *compliance* e «certezza del diritto»

4.1.- Nella contingenza di una normativa di settore connotata dalla instabilità¹⁷, la prescrizione di verificare *nel continuo* le regole applicabili – se evoca responsabilità – non esprime un paradosso, ma un obiettivo primario. Tanto più se fossero vere le voci che narrano di banche che, sul finire del 2011, non avrebbero ancora adeguato la loro normativa contrattuale alle prescrizioni del decreto n. 141/2010.

Ma il discorso non può morire lì. In una situazione socio-economica appena appena evoluta, è compito precipuo della funzione di *compliance* quello della «gestione» del diritto vivente: di transitare anche dall'applicabile all'applicato. Il richiamo è qui – immediato – al punto della «certezza del diritto»: secondo una concezione peraltro non mitologica, secondo quanto ancor oggi molto diffuso non solo negli ambienti operativi, bensì di laica razionalità.

Le imprese hanno bisogno di prevedibilità di comportamenti, sì da potere programmare correttamente – in modo non delusivo – i loro percorsi produttivi. Fermato il bisogno, ne deriva un'alternativa. O tutto resta fermo, immoto: secondo una concezione mitologica che, tra le mille altre cose, sconta anche la mistificazione storica del diritto c.d. «naturale». Oppure le imprese concorrono, esse pure, ad adeguarsi al divenire e ai cambiamenti: si pongono nella prospettiva della ragionevole previsione del futuro.

Scartata non foss'altro per impossibilità la prima linea, resta la seconda. A proposito della quale non è fuori luogo rimarcare, inoltre, come la dialettica corrente tra giudici e, altresì, quella tra costoro e la dottrina - con tutta la dinamica evolutiva che a ciò consegue in termini di lettura del fatto, come in termini di lettura delle norme (dalle clausole generali in là) – costituisce un valore aggiunto non rinunciabile¹⁸. Fattore non solo di democrazia e di circolazione delle idee, ma di crescita oggettiva di un sistema. Per non parlare, poi, dei vigenti valori costituzionali.

¹⁷ Secondo un fenomeno che non accenna a scemare: cfr. ora il nuovo art. 117-bis TUB («remunerazione onnicomprensiva degli affidamenti e degli sconfinamenti nei contratti di conto corrente e di apertura di credito»), come introdotto dall'art. 6-bis del d. l. n. 201/2011, convertito in legge il 22 dicembre 2011 (il testo della disposizione si può leggere, per l'istante, in *Il Sole 24 ore*, 23 dicembre 2011).

¹⁸ E non solo per l'intrinseca inettitudine di sistemi basati sulla vincolatività del precedente (che non sia meramente relativa). Per spunti cfr. il mio *Una riforma difficile e un libro utile*, prefazione a Demarchi, *Il nuovo rito civile. II. Il giudizio di cassazione e i provvedimenti speciali*, Milano, 2006, p. XVII s.

4.2.- Dagli anni '80 a oggi il diritto bancario – anche quello delle operazioni – è molto cambiato: secondo una linea sì spezzata, ma non stoppata nel complessivo suo trend di crescita. E, secondo una ragionevole previsione del futuro, continuerà a cambiare: lungo una presumibile prospettiva di tensioni e fratture interne (si pensi anche solo, per fare degli esempi, alle tematiche di moda nel 2011, da quella della prescrizione dell'azione di ripetizione per le rimesse anatocistiche a quella dei presupposti di ammissibilità del *jus variandi* bancario). E' onere delle imprese bancarie tenere conto di tanto: più di ogni altra cosa a questo serve, cioè, la funzione di *compliance*.

La via della conformità alle norme (*scil.*: di un'oculata gestione del rischio di non conformità) è la prudenza; dentro questa via, dunque, non può non rientrare – non può non essere centrale, meglio – l'attenta considerazione e stima delle soluzioni interpretative meno favorevoli alle imprese bancarie (e v. pure, in proposito, le indicazioni di cui alla superiore nota 13). Su questa linea e su questo orizzonte non può che stare – per il contesto che qui rileva – lo «spirito» delle norme¹⁹.

Ogni volta che in giurisprudenza si è delineato un mutamento di peso (interessi uso piazza; anatocismo; commissione di massimo scoperto; ...), il *milieu* ha levato un coro di proteste. Anni e anni di affidamento delusi. Ove pur ipoteticamente errata la soluzione precedente, comunque la stessa aveva guidato la prassi; per ciò stesso – si è detto – avrebbe dovuto continuare. A me pare, invero, che questa finisca per essere una maniera di scaricare su altri le proprie responsabilità. Di recente, autorevole dottrina ha scritto che la «colpa di una situazione che in definitiva lede un bene primario del mercato finanziario» qual è la «sicurezza», è «ravvisabile nella magistratura, che finisce, ma talora ambisce, a svolgere un ruolo suppletivo, e spesso ideologizzato, dei silenzi del legislatore»²⁰. In realtà, la grave affermazione sembra coniugare linee ideologiche non condivisibili con il misconoscimento

¹⁹ Nella sua conferenza del giugno 2011 (*La trasparenza*, cit., p. 10) Tarantola ha rilevato che la *compliance* è «fondamentale per individuare sia le aree di criticità sia le azioni da intraprendere per accrescere la qualità dei rapporti con i clienti. Queste funzioni devono farsi interpreti dello spirito della normativa, sia per quanto riguarda la tutela del cliente sia con riferimento al presidio dei rischi legali e da reputazione. Un ausilio al loro lavoro può provenire dalle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario ...».

L'affermazione richiede, a me pare, (quantomeno) la necessità di una chiosa: l'importanza dell'esperienza che sta vivendo l'ABF, cioè, non può davvero fare dimenticare il rilievo primario della giurisprudenza (per così dire) ordinaria, né l'esigenza che i due ordini decisori (dei giudici e dei paragiudici) vengano di continuo a confrontarsi tra loro.

²⁰ Così Ferro-Luzzi, *Introduzione in AA.VV., Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, p. 18.

dell'art. 101, comma 2, Cost. La giurisprudenza non è una rendita di posizione.

Piuttosto è da rilevare come quello della *compliance* sia lavoro difficile; e pesante. Va dunque aiutato. Si pensi, in proposito, alla funzione che potrebbero – o dovrebbero – svolgere le associazioni di categoria: al giovamento ritraibile²¹. Si pensi, ancor più, al compito che in materia sarebbe opportuno assumesse la Banca d'Italia. In termini di chiarezza di espressione, anche (come non è accaduto, per dire, quanto alle Istruzioni sulla *compliance*). In termini di rispetto dei ruoli, altresì. E' decisamente importante, così, che la prassi resti pienamente edotta e consapevole che le soluzioni della Vigilanza sono istituzionalmente soccombenti nei confronti delle decisioni sciolte caso per caso dalla magistratura.

Per anni e anni la Banca d'Italia ha accreditato e alimentato l'idea che a formare l'usura non concorresse tutta una serie di rilevanti oneri economici. Ma in materia di usura la Vigilanza ha la sola funzione di compiere accertamenti statistici, di «fotografare» andamento di tassi: non di interpretare la legge. Come ha rilevato l'importante sentenza di Cass. pen., 19 febbraio 2010, n. 262, il «chiaro tenore letterale» dell'art. 644, comma 4, c.p. assicura che pure la commissione di massimo scoperto fa parte della base di calcolo per la determinazione dell'usura. Come ha ribadito la recente pronuncia di Trib. Alba, 18 dicembre 2010 ugualmente avviene per il premio dell'assicurazione per il rischio morte del mutuatario che ceda a una banca il quinto della sua pensione. Si noti: secondo il calcolo propugnato dalla Vigilanza, il finanziamento non sarebbe stato usurario; nella specie, il pensionato – a fronte di un incasso di 1.850,79 euro - avrebbe dovuto

²¹ Può non essere inutile riportare, in proposito, qualche passo del provvedimento AGCM n. 17046, 10 luglio 2007 relativo alla Circolare ABI 7 agosto 2006, n. 23, sulle modifiche dell'art. 118 TUB portate dal decreto Bersani del 2006: «gli approfondimenti svolti in sede ABI sono presi come utile punto di riferimento dalle singole banche nella predisposizione delle circolari interne indirizzate alle strutture operative (n. 149); «in sede ABI è emersa una forte resistenza a fronte di modifiche normative ... volte a ridimensionare l'evidente asimmetria, a tutto vantaggio delle banche, del rapporto banca/cliente» (n. 151); «in merito al giustificato motivo, si deve rilevare che la Circolare risulta dare una lettura volta ad una definizione dei suoi "confini" interpretativi molto ampi, così indirizzando le banche aderenti a politiche commerciali dove, di fatto, qualunque variazione unilaterale da esse decisa rientra tra le cause che ne giustificano l'adozione (n. 153); «l'Associazione ha dato ... una lettura volta quindi a dare una ragionevole certezza alle associate circa l'assenza di rischi di confronti competitivi ... (n. 155); le comunicazioni dell'ABI danno agli associati la «consapevolezza che ... vi sia comunque l'assenso dell'Associazione, maturato ... l'accordo dei principali gruppi bancari (n. 158).

restituire, secondo quanto viene riferito, una somma complessiva di 20.400,00 euro²².

²² Le somme trascritte nel testo si leggono nella bella nota di Cottino, *Non tutta l'usura ha matrici criminali*, in *Giur. it.*, 2011, p. 865 ss. La citata sentenza di Trib. Alba si trova anche su *Il.Caso.it*, n. 6564 (ma in materia v. pure Trib. Busto Arsizio-Saronno, 3 febbraio 2011, *Il.Caso.it*, n. 6111). Sulla sentenza della Cassazione v. Marcelli, *Le commissioni di massimo scoperto e le soglie d'usura. La cassazione penale ridimensiona la Banca d'Italia*, *Il.Caso.it*.

La materia della cessione del quinto della pensione continua, per la verità, a lanciare segnali di forte allarme: v. ora la fattispecie concreta decisa dall'ABF n. 2051/2011 (pure su *Il.Caso.it*): si raccolta qui di un «netto erogato» pari a 13.804,14€ a fronte di un «importo lordo» pari 26.520,00€. Ai bordi del doppio, come si vede. 6.908,46€ vanno a tre intermediari, il resto dello scarto è fatto da «tasso nominale del 4,80%, spese di istruttoria, premio assicurativo, oneri fiscali e altre spese».