

Newsletter 11/2017

IN EVIDENZA

- Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Codice del Terzo settore di cui al Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106.
- La nuova disciplina in materia di prevenzione del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo di cui al D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 90 e gli obblighi in capo all'Avvocato.
- Approvata dal Senato il 2 agosto 2017 la Legge annuale per il mercato e la concorrenza, nel testo licenziato dalla Camera ddl n. 2085-b.

DECRETO LEGISLATIVO 3 LUGLIO 2017, N. 117, CODICE DEL TERZO SETTORE, A NORMA DELL'ARTICOLO 1, COMMA 2, LETTERA B), DELLA LEGGE 6 GIUGNO 2016, N. 106.

È stato pubblicato, in Gazzetta Ufficiale n.179 del 2-8-2017 - Suppl. Ordinario n. 43, il Codice del Terzo settore, il quale provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore, al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione.

Ai sensi dell'art. 4 del Codice "sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

LA NUOVA DISCIPLINA IN MATERIA DI PREVENZIONE DEL RICICLAGGIO E DI FINANZIAMENTO DEL TERRORISMO

Lo scorso 19 giugno 2017 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il D. Lgs. 25 maggio 2017, n. 90, in attuazione della Direttiva UE 849/2015 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, che ha apportato significative modifiche alla disciplina in materia, riscrivendo una parte consistente del D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

La nuova disciplina in estrema sintesi e per quanto qui di interesse revisiona l'intero Titolo I del D. Lgs. 231/2007, modificando le definizioni, le finalità, i principi e l'elenco dei "soggetti obbligati" chiamati ad adempiere alle prescrizioni orientate a prevenire e identificare episodi di utilizzo del denaro a fini di riciclaggio o di finanziamento al terrorismo.

In tal quadro il MEF il 6 luglio 2017 ha emesso la circolare DT 54071 con cui ha emanato istruzioni operative di dettaglio sull'applicazione e il calcolo del nuovo regime sanzionatorio della nuova normativa antiriciclaggio. Particolare attenzione meritano le attività di interesse del Decreto che possono essere realizzate da uno studio professionale, associato (o meno).

Nella fattispecie le disposizioni si applicano, ai sensi dell'art. 3, comma 4 lett. c) della Legge Antiriciclaggio, agli Avvocati allorquando:

- compiono in nome o per conto del proprio cliente qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare;
- assistono il proprio cliente nella predisposizione o realizzazione di operazioni riguardanti:
 - il trasferimento a qualsiasi titolo di diritti reali su beni immobili o attività economiche;
 - la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni;
 - l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti di titoli;
 - l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società;
 - la costituzione, la gestione o l'amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi.

Gli obblighi del professionista concernono:

- l'identificazione del cliente e del c.d. "titolare effettivo";
- la conservazione dei dati relativi al cliente ed all'"operazione";
- l'adeguata verifica da effettuare sul cliente e sul titolare effettivo;
- l'astensione dall'effettuare l'operazione in presenza di impossibilità di effettuare l'adeguata verifica del cliente o del titolare effettivo;
- la segnalazione da effettuare all'UIF istituita presso la Banca di Italia, qualora l'Avvocato sappia, sospetti o abbia motivi ragionevoli per sospettare che siano

in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo;

- la formazione del personale e dei collaboratori;
- la segnalazione al Ministero dell'Economia trasferimenti di denaro contante effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi per importi pari o superiori a 3.000,00 Euro;
- l'adozione di presidi e procedure, adeguati alla natura e alla dimensione dello Studio, al fine di mitigare e gestire i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

L'obbligo di identificazione scatta:

- in ordine al cliente riguardo al quale la prestazione fornita abbia ad oggetto mezzi di pagamento, beni od utilità di valore superiore a 15.000,00 Euro o comporti la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari e superiore a 15.000, 00 Euro, anche mediante più operazioni che appaiono tra loro collegate per realizzare un'operazione frazionata;
- in presenza di operazioni finanziarie;
- in presenza di operazioni di valore indeterminato o non determinabile;
- nel caso di costituzione, gestione o amministrazione di società, enti, trust o strutture analoghe;
- quando vi sono dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati ottenuti ai fini dell'identificazione di un cliente.

L'obbligo di identificazione deve essere assolto in tutti i casi in cui sussiste l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette.

Qualora il cliente operi in nome o per conto di una società o di un ente, l'Avvocato deve verificare il potere di rappresentanza. Per identificare il titolare effettivo l'Avvocato può fare ricorso a pubblici registri, elenchi, atti o documenti pubblicamente disponibili (ad esempio le visure camerali estratte dal Registro delle Imprese) oppure fare riferimento ad una dichiarazione scritta resa dal cliente in cui quest'ultimo indica – sotto la propria responsabilità – i riferimenti del titolare effettivo (o dei titolari effettivi, se sono più di uno). L'identificazione del titolare effettivo ha luogo contestualmente all'identificazione del cliente.

L'Avvocato deve custodire per 10 anni dalla conclusione della prestazione professionale i documenti, i dati e le informazioni utili a prevenire individuare o accertare eventuali attività di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, all'interno del singolo fascicolo della pratica.

È stato invece eliminato l'obbligo di istituzione e compilazione del registro dell'antiriciclaggio e la mancata tenuta del registro anche per il passato non è più sanzionabile in forza dell'art. 69 della Legge che regola la successione delle leggi nel tempo.

APPROVAZIONE DELLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA

Il Senato lo scorso 2 agosto 2017 ha approvato il testo della Legge annuale per il mercato e la concorrenza. L'articolo 1, comma 141 introduce misure per la concorrenza nella professione forense, intervenendo sulla legge professionale forense (legge 31 dicembre 2012, n. 247), in relazione all'esercizio della professione in forma associata e in forma societaria. Una specifica disposizione interviene, infine, in materia di compenso professionale.

Per quanto riguarda l'associazione tra avvocati è modificato (lett. a) l'articolo 4 della legge n. 247 del 2012, rubricato "Associazioni tra avvocati e multidisciplinari", è dunque previsto che:

- l'avvocato possa partecipare a più di un'associazione;
- il domicilio professionale dell'avvocato non debba necessariamente coincidere con quello dell'associazione.

Per quanto concerne la Società tra avvocati, la lett. b) del comma 141 introduce nella legge professionale forense l'articolo 4-bis, che regola le società tra avvocati, superando così l'attuale disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 96 del 2001 (artt. 16 e ss.) nonché la delega, ormai scaduta, per la costituzione di società tra avvocati prevista dall'articolo 5 della stessa legge professionale.

In ordine alla prestazione professionale una specifica disposizione (lett. d)) riguarda il preventivo della prestazione professionale. Attualmente, l'art. 13, comma 5, della legge 247/2012 stabilisce che l'avvocato, a richiesta del cliente, debba comunicargli in forma scritta la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale. Accogliendo il rilievo espresso dall'AGCOM nella segnalazione al Parlamento del luglio 2014, il d.d.l. concorrenza impone, in ogni caso, all'avvocato di comunicare tale previsione dei costi, in forma scritta e articolata per voci di spesa, sopprimendo il riferimento alla (eventuale) richiesta del cliente. Per il resto rimane immutata la vigente disciplina.

NOVITA' GIURISPRUDENZIALI

TAR LAZIO, SEZ. III, 2 AGOSTO 2017, N. 9147 - *SUL SOCCORSO ISTRUTTORIO.*

Il TAR Lazio ha ritenuto che la mancata sottoscrizione digitale dell'offerta (aspetto non dipendente peraltro da condotte imputabili alla concorrente), sebbene costituisca certamente "irregolarità essenziale", quale forma irrinunciabile prescritta dalla "lex specialis", non va ad incidere né sulla completezza dell'offerta, né sulla sua provenienza di essa e, pertanto, la carenza di sottoscrizione deve ritenersi sanabile proprio attraverso il soccorso istruttorio c.d. "a pagamento". Sicché è stato giudicato illegittimo l'operato della Stazione Appaltante che in ordine ad un "vizio" afferente all'offerta ha ritenuto inapplicabile l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, in tema di "soccorso istruttorio", sul presupposto che la disposizione fa riferimento

all'esclusione dall'applicazione dell'istituto di quelle "irregolarità essenziali" che attengono all'offerta tecnica o economica.

Il TAR ha altresì rammentato che la Determinazione ANAC n. 1/2015, in merito all'applicazione del soccorso istruttorio, sposa decisamente la tesi della sanabilità mediante soccorso istruttorio della irregolarità essenziale costituita dalla mancata sottoscrizione dell'offerta.

TAR TOSCANA, SEZ. I, 1 AGOSTO 2017, N. 1011, SULLA ESCLUSIONE NON AUTOMATICA IN CASO DI GRAVI PRECEDENTI INADEMPIMENTI CONTRATTUALI NON CONTESTATI IN GIUDIZIO

L'art. 80, comma 5, lett. c, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - nella parte in cui dispone che tra i gravi illeciti commessi dal concorrente e che ne determinano l'esclusione rientrano "le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio" - non introduce una forma di esclusione automatica, essendo comunque necessaria una compiuta e concreta valutazione della stazione appaltante circa la gravità e rilevanza dell'inadempimento contrattuale pregresso rispetto alla persistenza del rapporto di fiducia.

Non è dunque sufficiente, per disporre l'esclusione, che la stazione appaltante richiami l'esistenza di una risoluzione anticipata non contestata, dovendo invece tale esclusione essere limitata ai soli casi in cui sia dimostrato in concreto, con riferimento alle specifiche esigenze della singola procedura di gara, il nesso causale tra il pregresso illecito professionale e l'esclusione fondata sul giudizio discrezionale di inaffidabilità del concorrente. In altri termini, non ogni inadempimento pregresso, per quanto grave e tale da aver condotto alla risoluzione di un precedente contratto d'appalto, giustifica l'esclusione dalla partecipazione a gare successive, in assenza di una esplicita valutazione prognostica della stazione appaltante circa la capacità del concorrente di eseguire in maniera corretta le prestazioni oggetto del nuovo affidamento.

CONS. ST., SEZ. V, 27 LUGLIO 2017, N. 3710- SULL'INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO ALL'APPLICAZIONE ANALOGICA DEL RITO SUPER SPECIALE ALLA REVOCA DELL'AGGIUDICAZIONE

La disciplina del c.d. rito superspeciale di cui ai commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a. non è applicabile alle impugnative riguardanti il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, poiché l'eccezionalità del rito stesso non ne consente applicazioni analogiche. Non è, pertanto, sufficiente, al fine di attrarre il giudizio nell'ambito di quel rito eccezionale, la mera circostanza che i motivi di impugnazione rivolti contro il provvedimento di revoca sollevino questioni che attengono alla sussistenza dei requisiti soggettivi di partecipazione e si riferiscano, quindi, alla fase dell'ammissione alla gara.