

DISCIPLINA APPLICABILE AL CONTRATTO DI 'ESCROW ACCOUNT'. ORIGINE, FUNZIONE E CASO CONCRETO

FRANCESCO DELLA ROCCA

ABSTRACT: L'enorme varietà di funzioni che il contratto di *escrow account* può avere e la varietà di contesti in cui esso può essere utilizzato dovrebbero condurre l'interprete a parlare di contratti di *escrow account*, ognuno dei quali ha una differente disciplina. Pertanto, per scegliere la disciplina applicabile alla figura in esame, sarà necessario applicare l'insegnamento di G. Perlingieri, e ritenere che essa dipenderà esclusivamente dall'esito del controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della *ratio* della singola norma agli interessi perseguiti o coinvolti dal concreto atto di autonomia. L'*escrow holder* dovrebbe essere ricondotto alla figura dell'ufficio di diritto privato, di pugliattiana concezione, per cui egli dovrebbe avere il dovere di raggiungere la specifica funzione attribuitagli per contratto, anche in deroga alle disposizioni pattuite, se queste si dovessero rilevare in contrasto con la funzione o se fosse ravvisabile un interesse di terzi più meritevole di tutela. Funzione, quindi, che deve contemplare non solo i diritti soggettivi dei soggetti coinvolti nel negozio, ma anche i limiti ordinamentali, contenuti nei principi e nelle norme, che conformano ogni atto di autonomia, e obbligare l'*escrow holder* ad effettuare un controllo costante di liceità e meritevolezza della causa concreta del singolo *escrow*.

RESUMEN: La enorme variedad de funciones que puede tener el contrato de *escrow account* y la variedad de contextos en los que puede ser utilizado deben llevar al intérprete a hablar de contratos *escrow account*, cada uno de los cuales tiene una disciplina diferente. Por tanto, para elegir la disciplina aplicable a la figura que nos ocupa, habrá que aplicar la enseñanza de G. Perlingieri, y considerar que dependerá exclusivamente del resultado del control de compatibilidad, adecuación y congruencia de la *ratio* de la norma única a los intereses perseguidos o implicados por el concreto acto de autonomía. El *escrow holder* debe ser reconducido a la figura de la oficio de derecho privado, de concepción 'pugliattiana', en virtud de la cual debe tener el deber de realizar la función específica que le ha sido asignada por contrato, incluso derogando las disposiciones pactadas, si éstas se encontraran en contraste con la función o si pudiera reconocerse un interés de un tercero más merecedor de protección. Una función, por tanto, que debe contemplar no sólo los derechos subjetivos de las partes implicadas en la transacción, sino también los límites legales, contenidos en los principios y normas, que caracterizan todo acto de autonomía, y obligan al *escrow holder* a llevar a cabo una revisión constante de la licitud y mérito de la causa concreta del singular *escrow*.

PAROLE CHIAVE: *escrow account*, disciplina applicabile, *escrow holder*, deposito prezzo dal notaio, ufficio di diritto privato.

PALABRAS CLAVE: *escrow account*, disciplina aplicable, *escrow holder*, depósito de precio ante notario, oficio de derecho privado.

SOMMARIO: 1. Dalle origini del contratto alle applicazioni odierne. – 2. Tentativi di ricostruzione della disciplina applicabile mediante il metodo sillogistico-sussuntivo o mediante il recepimento della disciplina straniera. – 3. Irragionevolezza o illegalità dei risultati ermeneutici raggiunti seguendo le soluzioni proposte. – 4. La strada tracciata da G. Perlingieri e le applicazioni pratiche di tale tesi. – 5. Per una valorizzazione del ruolo dell'*escrow holder*: un ufficio di diritto privato con il potere-dovere di agire funzionale nel rispetto della legalità costituzionale.

1. Dalle origini del contratto alle applicazioni odierne

Tra le tante definizioni proposte in dottrina¹ del contratto di '*escrow account*' merita maggiore accoglimento, per le ragioni di séguito esposte, quella più flessibile, ossia quella per la quale «si registrano accordi di *escrow* allorquando un soggetto consegna una cosa (un documento, una somma di denaro, ecc.) ad un terzo, con l'intesa che questi la consegna, a propria volta, ad un'altra parte, subordinatamente all'avvenuto l'adempimento di una certa obbligazione da parte di quest'ultima, o al verificarsi di altre condizioni»²; o la restituisca a lui medesimo, se quell'evento non si dovesse verificare.

¹ P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 4, 2012, 375; V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Contratti*, 2, 2013, 197; F. BENATTI, *L'escrow tra fattispecie e disciplina*, in AA. Vv., *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, a cura di M. GRANIERI e T.M. UBERTAZZI, Bologna, 2017, 239 ss.; A. FUSARO, *La clausola di escrow account*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9, 2015, II, 560 ss.; G. CERUTTI, *Gli strumenti di garanzia dei pagamenti nei contratti M&A*, in AA. Vv., *I contratti di acquisizione di società e aziende*, a cura di U. DRAETTA e C. MONESI, Milano, 2007, 517; G. PESCATORE e S. ANGIONE, *Il contratto di escrow: struttura fondamentale e principali utilizzi*, in *Boll. int.*, 2005, reperibile in <www.bcp-lex.com/pdf/2005/2005-01.pdf>; A.M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contr. impr.*, 2, 2005, 802 ss.; J.B. SAUNDERS, *Words and phrases legally defined*, London, 1969, 178; K. SMITH e D.J. KEENAN, *English law*, London, 1969, 100; U. MORELLO, *Fiducia e trust due esperienze a confronto*, in *Quadrimestre*, 1990, 2, 239 ss.; G. PROVAGGI, *Agency escrow*, in AA. Vv., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, 291. F. TOSCHI VESPASIANI, *Il contratto atipico di 'source code escrow'*, in *Quot. giur.*, 22/4/2016 scrive: «il contratto di *escrow*, figura negoziale caratterizzata da una funzione di custodia e garanzia, nonché da una struttura trilaterale, si definisce come un contratto accessorio, che postula essenzialmente l'intervento di un terzo, fiduciario delle parti di un contratto principale, presso cui una cosa, in genere il prezzo dei titoli ceduti o della merce fornita, viene depositata in garanzia dell'adempimento di una obbligazione o della restituzione a chi spetta all'avveramento di una condizione. Nel contratto di *source code escrow*, si ha il deposito presso un terzo di una copia del codice sorgente di un programma prodotto da una parte (licenziante) e concesso in utilizzo a un'altra (licenziatario): posto che a chi acquista la licenza è trasmessa una copia del solo programma eseguibile, che non consente di modificarne la struttura e il funzionamento, le parti possono pattuire che nel caso in cui il produttore non sia più in grado di garantire manutenzione e assistenza, il cliente possa ottenere dal terzo la consegna di una copia del codice sorgente».

² C. CARRASSI, '*Escrow agreements nel diritto inglese ed il contratto di distribuzione di prodotti sofisticati*', in *Giur. it.*, 1991, II, c. 563.

Il trasferimento deve avvenire in modo automatico, senza cioè un'ulteriore manifestazione di volontà da parte del soggetto che trasferisce, o di quello che deve ricevere il bene oggetto del contratto di *escrow*.

A differenza delle altre definizioni questa appena esposta ha il merito di non prendere una posizione terminologica verso alcun istituto giuridico, potendola adattare ad ogni ipotesi di contratto di *escrow*.

Infatti, il primo errore riscontrabile nella letteratura in tema di contratto di *escrow account* è stato quello di inserire nella definizione il termine deposito o depositante.

E se definire in un modo una cosa non significa per forza incasellarla in una categoria, potendo la definizione avere valore meramente descrittivo, lascia però presumere quale possa essere stato il ragionamento alla base di una tale qualificazione.

Di pari passo, non comprendendo l'eterogenea funzionalità del contratto, si è provato a ricercare l'origine del contratto nel diritto anglosassone, e quindi nella tradizione di *common law*, ove il termine *escrow* assumeva il significato di atto scritto ('*scrow*') e sigillato ('*sealed*'), il quale veniva affidato in custodia ad un terzo affinché quest'ultimo lo consegnasse al soggetto designato, una volta constatato l'avveramento di determinate condizioni.

Cercare l'origine storica e indagare sulle regole previste per un dato istituto nel diritto dell'antichità, può risultare utile quando questo abbia la medesima funzione di quella odierna e non solo, come spesso accade, il medesimo *nomen iuris* o uno simile.

Infatti, una lettura semplicistica potrebbe far pensare alla figura nota nel diritto romano del deposito³, anche se le differenze che saranno evidenziate nel presente lavoro dovrebbero condurre gli studiosi dell'antichità a guardare anche ad altri istituti del diritto romano, come il sequestro (*sequestratio*)⁴ o le attività dell'*argentarius*⁵, che hanno prerogative più in linea con i poteri e la funzione degli odierni *escrow account*.

³ G. ROTONDI, *Scritti giuridici*, Milano, 1922, II, 1-136; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1926², 364 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1933. Sul deposito irregolare, v. specialmente: J.C. NABER, *Observatiunculae de iure romano*, in *Mnemosyne*, 39, 59 ss.; C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *Bull. ist. dir. rom.*, 17, 1906, 121 ss.; G. SEGRÉ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *Bull. ist. dir. rom.*, 19, 1907, 197 ss.

⁴ Nel diritto romano, il sequestratario ha, a differenza del semplice depositario, diritti e poteri particolari. Infatti, al primo è riconosciuta la tutela interdettale che compete al possessore, non concessa, invece, al 'normale' depositario. Si può, allora, constatare che il sequestratario è un depositario cui è – come al depositario di un *escrow agreement* – riconosciuto un ruolo maggiormente attivo rispetto al 'normale' depositario.

⁵ Per tutti v. S. BALBI DE CARO, *La banca a Roma: operatori e operazioni bancarie*, Roma, 1989; A. PETRUCCI, *Mensam exercere: studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. metà del III secolo d. C.)*, Napoli, 1991.

Pertanto, sarebbe più interessante individuare quali possano essere, nei paesi di *civil law*, gli istituti del passato che condividono, anche solo in parte, le possibili funzioni dell'istituto in esame per indagare su come essi regolavano determinate esigenze, molte delle quali ancora oggi presenti.

Questo preambolo è sorretto dal fatto che in Italia troviamo differenti applicazioni riconducibili all'istituto in commento.

Differente non solo è il contesto di applicazione – infatti, se ne riscontra l'utilizzo nelle operazioni societarie, nei trasferimenti immobiliari, negli appalti, nei finanziamenti bancari e non⁶, nelle operazioni sui mercati finanziari, negli acquisti su *internet* o negli scambi commerciali internazionali⁷ –, ma anche la funzione in concreto che il contratto ha.

In particolare, nella funzione del singolo negozio troviamo alcune volte quella di custodia e deposito nelle more che si verifichi un evento; altre volte quella di attività fiduciaria, o diversamente quella integrativa-correttiva dello scambio di un negozio collegato⁸, o quella di pagamento principale o connesso ad un trasferimento.

⁶ D. BALDUCCI, *Formulario di tutti i contratti pubblici e privati*, Milano, 2007¹². Secondo P. FABRIS, *Mandato di Escrow Agent*, in *Contratti*, 8/9, 2003, 858, l'*escrow agreement* dovrebbe sempre essere utilizzato, anche in Italia, nei rapporti tra istituti di credito e società capogruppo che intendono assistere e supportare finanziariamente le proprie società controllate, garantendo in tal modo la massima snellezza procedurale; infatti, il contratto di *escrow* potrebbe realizzare contemporaneamente ed in un *unicum* gli obiettivi dei due strumenti maggiormente utilizzati a tal fine nella prassi societaria, «ovvero la lettera di *patronage* ed il pegno sulle partecipazioni di società». Tra l'altro, rispetto al pegno sulle partecipazioni, il ricorso al contratto di *escrow* sembrerebbe presentare il vantaggio di non essere soggetto all'imposta di registro (pari al 3%) sul valore dichiarato dei beni costituiti in pegno; in questo senso anche G. LUCANI, *Escrow*, in *Cont. Impr.*, 2, 2005, 822.

⁷ Vedi F. BENATTI, *L'escrow tra fattispecie e disciplina* cit., 239 ss.; T. GALLETTO, *Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno*, in *Nuovo dir. soc.*, 8, 2012, 55, afferma che «molteplici sono le applicazioni pratiche di tale istituto (dal deposito del prezzo nelle compravendite internazionali al deposito cauzionale in senso stretto) e, con riferimento alle acquisizioni di partecipazioni societarie, può rilevarsi che l'*escrow agreement* è particolarmente diffuso, anche nelle operazioni che riguardano esclusivamente i soggetti italiani, quale forma di garanzia rispetto alle sopravvenienze passive o minusvalenze di attivo delle quali debba rispondere il venditore delle partecipazioni. A questo scopo una parte del prezzo della compravendita delle partecipazioni viene versato dal venditore ad un terzo (normalmente una banca) che assume l'incarico di provvedere alla (custodia, eventualmente fruttifera, e) consegna in tutto o in parte al venditore o all'acquirente a seconda delle vicende che si verificheranno in un dato ambito temporale, sulla base di istruzioni congiunte o alternativamente a séguito della risoluzione delle eventuali controversie insorte tra le parti». Un esempio è rinvenibile in quella pratica del commercio internazionale nota come scambio in compensazione o *countertrade*, che è costituita dall'insieme delle operazioni dirette a sistemare posizioni creditorie, vantate da un gruppo di operatori commerciali di un certo paese, verso operatori di un altro; v. C. CARRASSI, *'Escrow agreements'* cit., c. 563; P. BERNARDINI, *Il 'countertrade': da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale*, in *Dir. comm. intern.*, 1987, 99.

⁸ In tema di aggiustamento prezzo v. R. VIGEZZI e P. MEZZETTI, *Le rettifiche di purchase price tra il 'signing' e il 'closing'*, in *Società*, 5, 2011, 565 ss.

Ancóra, il negozio in esame può avere una funzione di garanzia rispetto ad un rischio generico o ad uno specifico.

È facile intuire che il termine garanzia è molto ampio e apre a una molteplicità di casi diversi: un conto è garantire un contraente rispetto ad un inadempimento di una prestazione; un altro è proteggerlo da una sopravvenienza contrattuale o da un'azione dei terzi creditori rispetto ad un'operazione negoziale.

Il maggiore problema che ha condotto la letteratura giuridica ad occuparsi dell'istituto è l'assenza di una normativa tipica, in quanto il nostro ordinamento non disciplina espressamente tale contratto.

L'unico dato positivo rinvenibile⁹ nella legislazione italiana è l'art. 1, commi 63-67, della l. 27 dicembre 2013¹⁰ n. 147, così come modificati dalla l. 4 agosto 2017, n. 124, entrata in vigore il 29 agosto 2017¹¹.

⁹ Vedi F. DE FRANCHIS, *Law Dictionary English-Italian*, voce 'Escrow', Milano, 1984, 703; P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 4, 2012, 365; A. FUSARO, *La clausola di escrow account cit.*, 566; A.M. LUCIANI, *Escrow cit.*, 801.

¹⁰ G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013, n. 147*, in *Riv. not.*, 2014, 1, 79.

¹¹ Di séguito il testo modificato dalla l. n. 124/2017 dei commi:

«63. Il notaio o altro pubblico ufficiale è tenuto a versare su apposito conto corrente dedicato: a) tutte le somme dovute a titolo di tributi per i quali il medesimo sia sostituto o responsabile d'imposta, e comunque le spese anticipate di cui all'articolo 15, primo comma, numero 3), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni, in relazione agli atti a repertorio dallo stesso ricevuti o autenticati e soggetti a pubblicità immobiliare o commerciale; b) ogni altra somma affidatagli e soggetta ad obbligo di annotazione nel registro delle somme e dei valori di cui alla legge 22 gennaio 1934, n. 64; c) l'intero prezzo o corrispettivo, ovvero il saldo degli stessi, se determinato in denaro, oltre alle somme destinate ad estinzione di gravami o spese non pagate o di altri oneri dovuti in occasione del ricevimento o dell'autenticazione di atti di trasferimento della proprietà o di trasferimento, costituzione o estinzione di altro diritto reale su immobili o aziende, se in tal senso richiesto da almeno una delle parti e conformemente all'incarico espressamente conferito; nei casi previsti dalla presente lettera, il notaio deve ricusare il suo ministero se le parti non depositano, antecedentemente o contestualmente alla sottoscrizione dell'atto, l'importo dei tributi, degli onorari e delle altre spese dell'atto, salvo che si tratti di persone ammesse al beneficio del gratuito patrocinio»;

«65. Le somme depositate nel conto corrente di cui al comma 63 costituiscono patrimonio separato. Dette somme sono escluse dalla successione del notaio o altro pubblico ufficiale e dal suo regime patrimoniale della famiglia, sono impignorabili a richiesta di chiunque ed impignorabile è altresì il credito al pagamento o alla restituzione delle stesse»;

«66. Nei casi previsti dalle lettere a) e b) del comma 63, il notaio o altro pubblico ufficiale può disporre delle somme di cui si tratta solo per gli specifici impieghi per i quali gli sono state depositate, mantenendo di ciò idonea documentazione. Nei casi previsti dalla lettera c) del comma 63, eseguite la registrazione e la pubblicità dell'atto ai sensi della normativa vigente, verificata l'assenza di gravami e formalità pregiudizievoli ulteriori rispetto a quelle esistenti alla data dell'atto o da questo risultanti, il notaio o altro pubblico ufficiale provvede senza indugio a disporre lo svincolo degli importi depositati a favore degli aventi diritto. Se nell'atto le parti hanno previsto che il prezzo o corrispettivo sia pagato solo dopo l'avveramento di un determinato evento o l'adempimento di una determinata prestazione, il notaio o altro pubblico ufficiale svincola il prezzo o corrispettivo

Tale articolo, tuttavia, non detta una vera e propria disciplina, anzi a dire il vero ingenera diversi dubbi.

Se dalla semplice lettura dei cinque commi in questione emerge in modo palese l'assenza di una disciplina organica, non può sfuggire neanche il fatto che l'incompletezza del dettato normativo colpisce anche i pochi aspetti che la novella legislativa prova a regolamentare.

Ad esempio, il comma 66 si limita a prevedere il caso in cui la verifica notarile abbia esito positivo, non disciplinando, invece, il caso in cui abbia esito negativo.

Cosa accade ove la stessa abbia esito negativo laddove le parti non abbiano proceduto a regolamentare convenzionalmente tale possibilità?

Tale verifica può riguardare tanto una pregiudizievole quanto un evento dedotto in condizione, o l'adempimento della controprestazione.

La prassi si è orientata verso una duplice e diversa strada.

C'è chi depone nel senso di prevedere comunque lo svincolo della somma a favore del compratore (autore del pagamento); e chi, sostenuto da parte della dottrina¹², si orienta nel senso del mantenimento del deposito vincolato finché le parti non decidano congiuntamente a chi spetti la somma depositata, rendendo di fatto la procedura assai lunga e molto farraginoso.

Infine, il grande interrogativo che ogni interprete si pone: qual è la valenza da dare a tale normativa? È una disposizione legislativa che deve essere applicata ad ogni ipotesi di *escrow* o è limitata a quando l'*escrow holder* è svolto dal notaio?

depositato quando gli viene fornita la prova, risultante da atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero secondo le diverse modalità probatorie concordate tra le parti, che l'evento dedotto in condizione si sia avverato o che la prestazione sia stata adempiuta»;

«66-bis. Il notaio o altro pubblico ufficiale può recuperare dal conto dedicato, a séguito di redazione di apposito prospetto contabile, le somme di cui al comma 63 che abbia eventualmente anticipato con fondi propri, nonché le somme in esso versate diverse da quelle di cui al medesimo comma 63»;

«67. Gli interessi su tutte le somme depositate, al netto delle spese e delle imposte relative al conto corrente, sono finalizzati a rifinanziare i fondi di credito agevolato destinati ai finanziamenti alle piccole e medie imprese, secondo le modalità e i termini individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Entro lo stesso termine il Consiglio nazionale del notariato elabora, ai sensi della lettera f) dell'articolo 2 della legge 3 agosto 1949, n. 577, e successive modificazioni, principi di deontologia destinati a individuare le migliori prassi al fine di garantire l'adempimento regolare, tempestivo e trasparente di quanto previsto dai commi 63, 65, 66 e 66-bis del presente articolo, nonché del presente comma. Del pari provvedono gli organi preposti, secondo i rispettivi ordinamenti, alla vigilanza degli altri pubblici ufficiali roganti».

¹² G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo* cit., 79 ss.

2. Tentativi di ricostruzione della disciplina applicabile mediante il metodo sillogistico-sussuntivo o mediante il recepimento della disciplina straniera

La maggior parte degli autori, nella ricerca della disciplina applicabile, si è limitata ad un ragionamento sillogistico-sussuntivo, e ha ricondotto il contratto di *escrow* ad uno dei tipi contrattuali previsti nel nostro ordinamento, ritenendo applicabili le norme che regolano il tipo individuato.

In particolare, i contratti individuati sono: il negozio fiduciario¹³; il sequestro convenzionale¹⁴; il mandato irrevocabile nell'interesse di una o di entrambe le parti del rapporto principale¹⁵; e il contratto di deposito¹⁶; nello specifico il deposito nell'interesse del terzo *ex art. 1773 c.c.*¹⁷

Altri¹⁸, invece, notando nel contratto di *escrow* elementi simili al mandato ed altri propri del deposito, hanno inquadrato il negozio in esame nella catego-

¹³ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, 179. Per una dettagliata analisi critica relativa all'inquadramento dottrinale del negozio fiduciario tra vivi si rinvia a M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2011², 221 ss.; e, con riferimento alla diversa prospettiva del tradizionale negozio fiduciario, ID., *La consumazione del negozio fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2, 2010, 128 ss. Con riferimento alla struttura del negozio fiduciario, L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari: trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia, processo fiduciario*, Padova, 1993, 10. V. anche C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, Milano, 2000; V.M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, 28, Milano, 1978; L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947.

¹⁴ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust cit.*, 337 ss., che evidenzia come lo scarsissimo ricorso della prassi al sequestro convenzionale testimonia che il meccanismo previsto nel Codice civile non è efficiente. Due tipici casi di sequestro convenzionale ci è dato conoscere dalle fonti: il primo è il deposito di documenti ereditari. A tal proposito, ancora oggi negli Stati Uniti in modo particolare, si impiega l'*escrow agreement* in sede di divisione dell'asse ereditario (così come si può ricevere in eredità un bene che sia già di per sé un *escrow*), in particolar modo per il pagamento delle imposte di successione (*money in escrow for the inheritance tax*). L'altro caso tipico è il deposito presso un terzo del prezzo della merce compravenduta, attuato da compratore e venditore, sino a verifica della qualità della merce oggetto di compravendita. Anche questa fattispecie è di grande attualità e diffusione nell'ambito dell'*escrow*.

¹⁵ Vedi Z. MENOTTI, *Do you need escrow? L'escrow, la sua versione contrattuale e le sue applicazioni. Dalle origini alla rivoluzione digitale*, Milano, 2019, 34 ss.; A.M. LUCIANI, *Escrow cit.*, 824; A. AZARA, *Clausola di escrow*, in M. CONFORTINI, *Clausole negoziali*, Milano, 2019, 903.

¹⁶ Tra gli altri, R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro.it*, 1937, I, c. 1476; A. FUSARO, *La clausola di escrow account cit.*, 560 ss.

¹⁷ Vedi T. GALLETTO, *Il trust a scopo di garanzia cit.*, 57 ss., il quale riconduce il contratto di *escrow* al deposito nell'interesse del terzo *ex art. 1773 c.c.*

¹⁸ V. SANGIOVANNI, *Il deposito in garanzia nelle operazioni di M&A*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 6, 2013, 16; A. FUSARO, *La clausola di escrow account cit.*, 560 ss.; F. BENATTI, *L'escrow tra fattispecie e disciplina cit.*, 253. Parla di contratto atipico a causa mista, nel quale confluiscono elementi tipici del contratto di deposito e di mandato: G. CERUTTI, *Gli strumenti di garanzia cit.*, 517.

ria del contratto misto¹⁹, applicando in parte la disciplina del deposito e in parte quella del mandato.

Discorso in parte analogo è stato fatto in letteratura²⁰, anche con riferimento alla fattispecie tipica notarile del deposito prezzo, poiché il dato positivo detta una disciplina alquanto scarna.

Inoltre, interessante è come il Consiglio Nazionale del Notariato²¹ consideri centrale nella regolamentazione del fenomeno la fonte negoziale, prescrivendo una sorta di dovere per il notaio di ricevere delle indicazioni vincolanti circa la gestione delle somme a lui affidate.

Invece, quella parte della dottrina²² più avveza al diritto straniero ricerca la disciplina applicabile al contratto in commento nella legislazione, nella giurisprudenza o nella prassi dei paesi di *common law*.

Infine, anche il richiamo alla disciplina del *trust* è assai frequente in letteratura²³, la quale considera l'*escrow account* un'applicazione del *trust* autodichiarato.

¹⁹ Con riferimento ai contratti misti, Cass., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Banca Dati Eutekne*, ha stabilito che la disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (c.d. teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente. In materia di contratti misti, cfr. E. CONTINO, *Contratti misti, contratti collegati e meritevolezza degli interessi - nota a Cass. 2 novembre 2000 n. 14330*, in *Giust. civ.*, 7/8, 2001, 1897 ss.; E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2012, I, 87 ss.; G. SARDU, *Brevi note in tema di contratto misto di vendita e appalto [Nota a App. Cagliari 22 marzo 2004, n. 98 App. Cagliari 29 aprile 2004, n. 141]*, in *Riv. giur. sarda*, 3, 2005, I, 646 ss.; R. SENIGAGLIA, *La rilevanza contrattuale dell'obbligazione di custodire nei contratti misti a struttura complessa (Cassazione civile, sez. 2., 17 novembre 2010, n. 23211)*, in *Contratti*, 4, 2011, 331 ss.; P. TOMASSI, *Contratti misti, prestazioni scindibili e applicazioni della normativa degli appalti pubblici*, in *Riv. amm. app.*, 3/4, 2010, 190 ss.

²⁰ La fattispecie sembra oggi recepita nella legge 27 dicembre 2013, n. 147, che ha disciplinato il conto corrente dedicato e il deposito del prezzo presso il notaio; sul punto V. TAGLIAFERRI, *Il conto corrente dedicato e i conseguenti obblighi in capo al notaio*, *Studio n. 419-2017/C*, (Approvato in via definitiva dalla Commissione Studi Civilistici il 13/03/2018), 2018, reperibile in <*webrun.notariato.it*>, secondo la quale si tratta di un «nuovo contratto facoltativo di deposito con contenuto parzialmente vincolato», da ricondurre «al tipo negoziale del mandato, pur avendo alcune caratteristiche in comune con il deposito e con il sequestro convenzionale. In effetti, il deposito prezzo a mani del notaio altro non è che un incarico allo stesso affidato avente ad oggetto una serie di attività: ricevere le somme, versarle sul conto corrente dedicato, registrare e trascrivere l'atto definitivo di vendita, verificare che non siano intervenute fra la data dell'atto e la trascrizione formalità pregiudizievoli e solo in tale ultimo caso procedere allo svincolo delle somme a favore del venditore».

²¹ V. TAGLIAFERRI, *Il conto corrente dedicato* cit.

²² Vedi M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust* cit., 460; G. PROVAGGI, *Agency escrow* cit.

²³ Vedi A. LEPORÉ, *Il trust autodichiarato e il trust onlus. Regime di pubblicità e soggettività giuridica*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 2015, 269.

3. Irragionevolezza o illegalità dei risultati ermeneutici raggiunti seguendo le soluzioni proposte

I risultati di queste impostazioni metodologiche sono davvero irragionevoli e dimostrano la non correttezza del metodo seguito.

Se si dovesse stabilire l'applicazione della disciplina sul deposito in ogni ipotesi di *escrow*, l'*escrow holder* non avrebbe mai il potere di compiere alcuna attività se non quella di custodire/conservare.

Non potrebbe banalmente avere il potere di verificare l'esistenza di pregiudizievoli o l'avveramento di una condizione apposta al contratto collegato, e di conseguenza non potrebbe prendere decisioni secondo le circostanze che si presentano dopo il trasferimento della somma.

Diversa, nella maggior parte dei casi, è proprio la funzione che ha il contratto di *escrow* rispetto al deposito.

Infatti, la disciplina sul deposito è figlia del fatto che il depositante ha solo l'obbligo di custodire senza dover svolgere altre attività, e mal si concilierebbe con la dinamicità accordata all'*escrow holder*.

Questa valutazione in realtà è la ragione principale che ha condotto parte della dottrina a guardare con più convinzione alla disciplina del mandato.

Tuttavia, anche la disciplina del mandato potrebbe risultare nel caso concreto inadeguata.

Infatti, il mandato è un contratto volto a perseguire interessi propri del mandatario o di un terzo predeterminato nel contratto.

In altri termini, nella storia della letteratura italiana²⁴ si è sempre accomunato il mandato alla rappresentanza volontaria, mentre si è pensato ad altri istituti, come all'ufficio di diritto privato, quando potrebbero esserci altri interessi in gioco, magari anche in contrasto, da tutelare.

Innanzitutto, molte volte il contratto in commento ha la funzione di risolvere un potenziale conflitto tra le parti, e di certo non sono la regolamentazione del mandato o della rappresentanza volontaria le più adatte a casi del genere.

Inoltre, con una graduazione che muta di volta in volta, l'operato dell'*escrow holder* potrebbe incidere su interessi diversi, e alcune volte addirittura confliggenti rispetto a quelli riconducibili alle parti del contratto in esame.

In questi casi non appare una lettura rispettosa della nostra Costituzione e dei nostri valori ordinamentali quella di pensare che l'*escrow holder* non debba agire bilanciando tutti gli interessi in gioco.

Gli altri istituti richiamati presentano tutti una disciplina che risente delle peculiarità tipiche degli stessi, peculiarità che in molti casi non risultano sussistere nello specifico *escrow*, e pertanto risulterebbe fuori luogo applicare tale disciplina.

²⁴ Per tutti, v. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, rist. anast. Napoli, 1978, 23 ss.

Si pensi alla disciplina del sequestro convenzionale che lega la restituzione del bene sequestrato in base alla risoluzione della controversia; meccanismo totalmente assente nella maggior parte dei contratti di *escrow*, in cui non vi è una lite da dirimere né un soggetto da individuare *per relationem* in base ad una pronuncia da emettere.

Inoltre, ai sensi dell'art. 1800, comma 3, c.c., il sequestratario ha l'obbligo di amministrarle qualora la natura delle cose sequestrate lo richieda o il potere di venderle quando vi sia il pericolo di perdita o di deterioramento (art. 1800, comma 2, c.c.).

Ora, se si immaginasse l'applicazione di tale regola al caso di conferimento in *escrow* di quote sociali come garanzia di un'operazione di M&A, sarebbe un controsenso attribuire ad un terzo il potere di incidere in qualunque modo sull'amministrazione, o anche semplicemente sulla scelta di quale soggetto debba amministrare nelle more della definizione dell'acquisizione.

Infatti, il ricorso alla figura dell'*escrow* sarebbe proprio giustificato dall'esigenza di cristallizzare il più possibile la situazione aziendale ad una determinata data, senza che la nuova proprietà possa, magari prima di aver pagato, amministrare o comunque interferire anche indirettamente su scelte aziendali, così da evitare che, qualora la vendita non vada a buon fine, il venditore si ritrovi ad avere un'azienda vincolata da scelte non sue.

Figuriamoci, allora, se nel silenzio del contratto si può, in una situazione simile, ritenere sussistente in capo ad un soggetto addirittura terzo un potere di incidere sull'amministrazione.

Certo una società per natura necessita di essere amministrata e la maggior parte delle volte nei casi di sequestro, anche giudiziale, vi è un custode che si occupa di questo; ma tale prerogativa, nel caso appena esposto, apparirebbe irragionevole perché appunto contraria alla funzione stessa del singolo contratto di *escrow*.

O ancora si rifletta sull'eventualità che in *escrow* vi siano depositate materie prime di cui non si comprende bene la consistenza, e che l'esportatore voglia attendere del tempo prima di pagarle e commercializzarle.

Il potere-dovere di disporre la vendita, applicando analogicamente l'art. 1800 c.c. in caso vi sia pericolo di deterioramento, sarebbe del tutto incompatibile con la funzione del contratto, che invece è volto a verificare proprio la deteriorabilità del bene in *escrow*.

Anche nei casi in cui si individuano aspetti dell'*escrow account* che condividono la medesima *ratio* degli istituti richiamati, la disciplina può al massimo risultare idonea per tali aspetti, ma non per regolamentare tutto il contratto.

Lo stesso negozio fiduciario, innanzitutto, è anch'esso privo di una disciplina codicistica.

In secondo luogo, la regolamentazione delineata per questo istituto dagli interpreti²⁵ risente dell'elemento fiducia, che molte volte non è presente nella sintesi degli effetti essenziali del singolo *escrow*; basti pensare a tutti i casi in cui si vuole limitare i margini di discrezionalità dell'*escrow holder*.

Ad ogni modo, la regolamentazione del negozio fiduciario non è mai attenta ad interessi diversi da quelli riconducibili ai fiduciari.

La stessa ricostruzione in termini di *trust* è priva di decisività in relazione alla disciplina da applicare, anzi ingenera ancora più incertezza, in quanto, come prima cosa, qualificare il contratto in esame come un *trust* comporterebbe la necessaria applicazione di una legge straniera.

E in secondo luogo, l'ampia varietà di scopi perseguibili mediante il *trust* ha portato a invertire i termini del problema e far sì che sia lo scopo a dettare la disciplina²⁶.

Difatti molte legislazioni in cui il *trust* è disciplinato prevedono regole diverse a seconda dello scopo del *trust*.

E ancora è usuale scegliere la legge applicabile ad un *trust* costituito in Italia, a seconda dello scopo che si deve perseguire mediante la segregazione.

Ergo, al di là della correttezza o meno di ricondurre l'*escrow* all'istituto del *trust*, tale qualifica è priva di utilità pratica se non accompagnata da un'analisi dello scopo in concreto del singolo negozio di *escrow* che, come visto, è differente da caso a caso.

Qualificare il contratto di deposito prezzo, e più in generale ogni tipologia di *escrow* come mandato o come negozio fiduciario, ha comportato, in termini di disciplina applicabile, l'esaltazione delle regole pattizie che non solo diventano centrali per il funzionamento dello strumento, ma anche necessarie.

²⁵ In tema di negozio fiduciario la letteratura è sconfinata, si riporta, *ex plurimis*, M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002; A. BORGIOLO, s.v. *Società fiduciaria I) diritto commerciale*, in *Enc. giur.* Treccani, 29, Roma, 1993, 1 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; U. CARNEVALI, s.v. *Negozi giuridico*, III, *Negozi fiduciario*, in *Enc. giur.* Treccani, 20, Roma, 1990; A. GAMBARO, *La proprietà*, Milano, 1995; G. CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 136 ss.; A. DE MARTINI, *Negozi fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 22, 1946, II, 705 ss.; A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1979; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 353 ss.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001; U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla 'riservatezza' alla 'trasparenza'*, in AA.VV. *I Trusts in Italia oggi*, a cura di I. BENEVENTI, Milano, 1966; G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà delle forme)*, in AA.VV. *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, 347 ss.; S. PUGLIATTI *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Id. Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, 232 ss.

²⁶ Sia consentito anche un rinvio ad un nostro contributo: F. DELLA ROCCA, *Compatibilità e meritevolezza quali criteri per l'iscrizione nel Registro Unico*, in *Foro nap.*, 3, 2021, 675 ss.

E non è affatto inusuale che le parti non abbiano pensato a regolamentare un determinato aspetto, o che, nel corso dell'esecuzione del contratto, accada un evento inaspettato, e quindi non regolamentato dal contratto. Ed allora le regole che si sono date le parti potrebbero essere insufficienti, perché il caso presenta degli elementi o delle circostanze non considerati al momento dell'accordo; o ancora esse potrebbero apparire irragionevoli se non addirittura in conflitto con la funzione del contratto in oggetto.

Si pensi al contratto di *escrow* in cui è prevista la regola che l'*escrow holder* debba trasferire all'appaltatore una determinata somma solo al raggiungimento di determinati obiettivi; quindi, al caso di utilizzo di un conto *escrow* collegato ad un'erogazione di un prestito o di un pagamento a stato avanzamento lavori.

Se l'impresa appaltante dovesse avere necessità di avere un piccolo anticipo di liquidità per terminare delle rifiniture, necessarie per accedere ad un ulteriore stato di avanzamento, e quindi alla *tranche* successiva di pagamento, e tale esigenza fosse oggettivamente provata, sarebbe illogico non consentire all'*escrow holder* di elargire la somma necessaria, interpretando la regola e le scadenze del contratto in modo intransigente.

Infatti, la funzione dell'*escrow* in questo caso è quella da un lato di evitare che il committente si esponga al rischio di elargire una somma senza che l'impresa svolga i lavori; dall'altro di fornire all'impresa la liquidità necessaria per finire l'opera, mantenendo una costante, ma anche ragionevole proporzione tra somma erogata e lavori svolti.

Ergo, un conto è un'impresa che richiede l'ultima *tranche* di pagamento senza aver neanche realizzato le fondamenta dell'opera; un conto è l'impresa che ha svolto il novanta per cento del lavoro necessario per accedere alla seconda *tranche* di pagamento e ha bisogno di liquidità per completarlo, magari perché nel frattempo il prezzo di una materia prima è aumentato.

Sono due casi differenti che devono essere regolati in modo diverso a prescindere da quanto recita la regola pattizia.

In altri termini, le parti attribuendo all'*escrow holder* un determinato potere accettano anche il fatto che quest'ultimo, per soddisfare lo scopo, possa andare in deroga alle loro indicazioni qualora il caso concreto lo richieda.

A tale soluzione ci si può arrivare guardando la fattispecie anche da una diversa prospettiva.

In particolare, nella vicenda in commento esistono altri interessi in gioco, come quelli inerenti ai lavoratori, che non possono irragionevolmente essere compressi da una regola pattizia che nel caso concreto non trova giustificazione.

Del resto, quali sarebbero i benefici di un'applicazione rigida della regola pattizia? Non pare essercene alcuno.

Infatti, il committente si ritrova un cantiere aperto e con mille difficoltà per la continuazione delle opere; l'impresa che stava eseguendo i lavori potrebbe

entrare in uno stato di crisi; i creditori dell'impresa più difficilmente riuscirebbero a soddisfare il loro credito in una situazione di stallo e con un cantiere non chiuso; mentre i lavoratori potrebbero perdere il posto di lavoro.

Non vi è dubbio allora che la *ratio* della norma pattizia non era quella appena illustrata, e perciò dovrebbe essere disapplicata in una situazione simile.

Pensiamo invece al caso in cui le parti hanno stipulato un *escrow account* per gestire un possibile sopraggiunto squilibrio contrattuale e garantire l'equità del contratto, al fine di evitare il ricorso alla disciplina sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta o, come brillantemente illustrato anni fa da autorevole dottrina²⁷, di invocare la nullità sopravvenuta nei contratti a contenuto imposto, consumeristici o tra imprese, ove una si trova in una situazione di dipendenza economica rispetto all'altra.

Per evitare che ciò possa accadere al contratto collegato, l'*escrow holder* non dovrebbe tanto eseguire le indicazioni partorite dalle parti senza considerare l'entità dello squilibrio economico in concreto verificatosi, ma dovrebbe poter riequilibrare davvero il regolamento contrattuale in base alle specifiche circostanze del singolo caso. Ne consegue un possibile contrasto tra la regola pattizia e la funzione dell'*escrow account*.

La regola pattizia potrebbe non solo essere incompatibile con la funzione, ma addirittura illecita o immeritevole *ex art. 1322 c.c.*, come nel caso in cui l'*escrow holder* debba trasferire all'altra parte una somma a titolo di caparra confirmatoria detenuta in *escrow*²⁸, *anche se la sua entità si rilevasse manifestamente eccessiva nel caso concreto*.

Infatti, le regole pattizie hanno una notevole incidenza sulla valutazione del contratto di *escrow* che non solo deve essere lecito e meritevole *ex art. 1322 c.c.*, ossia non contrario a norme imperative e conforme alla legalità costituzionale²⁹,

²⁷ D. Russo, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, 121 ss.

²⁸ V. Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, 3767 ss., con note di: F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di 'penale' e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*; F.P. PATTI, *Note a richiami*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 ss.; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria 'eccessiva'*, in *Contratti*, 2014, 926 ss., la quale ha statuito che a fronte di una clausola negoziale (nella specie prevedente una caparra confirmatoria 'eccessiva') che rifletta un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte, il giudice può rilevare, «*ex officio*, la nullità (totale o parziale) *ex art. 1418 cod. civ.*, della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, 'funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato'. (Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)».

²⁹ G. PERLINGIERI, *Il controllo di 'meritevolezza' degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Foro nap.*, 1, 2014, 58 ss.

ma anche meritevole *ex art. 2645 ter c.c.*; quindi, deve soddisfare un interesse che in concorso con altri risulta essere più giusto tutelare.

Del resto, è noto che la migliore dottrina³⁰ abbia già illustrato quanto ogni tipo di segregazione patrimoniale, e non vi è alcun dubbio che la figura in esame ne rappresenta una tipologia, debba necessariamente superare il controllo di meritevolezza *ex art. 2645 ter c.c.* per tutto il corso della segregazione; e in caso contrario l'effetto non potrà che essere quello di ritenere inopponibile³¹ la segregazione patrimoniale.

Si pensi al caso di utilizzo della segregazione di un conto *escrow* in modo duraturo nell'ambito aziendale, ed in particolare al suo utilizzo per far sì che il ricavato economico di alcune transazioni entri nel patrimonio separato, e ci rimanga anche ad affare concluso.

Tale meccanismo potrebbe in concreto risultare lecito e meritevole *ex art. 1322 c.c.* nella fase in cui è giustificato dalle peculiarità dell'affare, non essendo contrario ad alcuna norma imperativa, ma potrebbe diventare immeritevole *ex art. 2645 ter c.c.* in un secondo momento, quando tale segregazione non è più giustificata e va a ledere interessi di terzi creditori che non potrebbero aggredire i proventi costuditi in *escrow*.

In ogni caso, tale valutazione non può essere fatta senza indagare il contesto nel momento in cui l'operato dell'*escrow holder* deve produrre effetti.

In definitiva, l'assenza di una disciplina, la fuga da un tipo legale e l'atipicità non possono tradursi «in un espediente per eludere l'applicazione di norme imperative poste a tutela di valori fondamentali»³² né per far sì che possano prevalere alcuni interessi a danno di altri più meritevoli.

4. *La strada tracciata da G. Perlingieri e le applicazioni pratiche di tale tesi*

Il percorso volto ad individuare la legge applicabile non può allora che essere diverso; ed è tracciato dalla migliore dottrina, la quale scrive: «sarebbe limitato fermarsi alla sussunzione di questa fattispecie [ossia del contratto di *escrow*] nel mero deposito, nel negozio fiduciario, nel mandato (irrevocabile nell'interesse di una o di entrambe le parti del rapporto principale) o nel contratto a favore di terzo, perché ha elementi comuni a queste fattispecie ed altro è se il 'deposito' a

³⁰ G. PERLINGIERI, *Il controllo di 'meritevolezza'* cit., 58 ss.

³¹ Circa l'inopponibilità delle condotte elusive, G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, 9, 70, 73 e 93. In tal senso, A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2010, 49; M. INDOLFI, *Attività ed effetto della destinazione dei beni*, Napoli, 2010, 204 ss.; R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir.*, Annali, 5, Milano, 2012, 72; R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2007, 983.

³² G. PERLINGIERI, *Garanzie 'atipiche' e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 1, 2017, 44.

titolo di garanzia riguardi una operazione commerciale internazionale di *import/export*, altro è se tale 'deposito' abbia ad oggetto partecipazioni sociali o una compravendita di immobili da costruire»³³.

Questa prospettiva d'indagine, che si inserisce nell'ambito del metodo ermeneutico individuato da G. Perlingieri, prescinde dal tipo e dalla tecnica della susunzione, ed è volta ad individuare «le singole norme presenti nel sistema generale dei contratti e dei singoli contratti che risultano non soltanto 'compatibili' con la disciplina specifica [...], ma 'adeguate' e 'congrue' a disciplinare l'operazione (adeguate alla ratio e alla funzione dell'istituto)»³⁴.

Appare allora più corretto iniziare a parlare di contratti di *escrow account*, ognuno dei quali ha una differente sintesi degli effetti essenziali, una differente funzione, e quindi una propria disciplina³⁵.

Disciplina che dipenderà «esclusivamente dal controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della *ratio* della singola norma (dispositiva o imperativa [pattizia o legale]) [che si intende applicare in un singolo caso] agli interessi perseguiti o coinvolti dal concreto atto di autonomia»³⁶.

Se la funzione del singolo *escrow account* sarà quella di mero deposito in attesa dell'avverarsi di un evento apparirà corretto applicare gli artt. 1766 ss. c.c.; mentre se l'*escrow holder* ha dei compiti diversi, più ampi, la disciplina applicabile dipenderà dai compiti affidati.

Si potrà guardare alla disciplina del mandato per regolamentare le attività che l'*escrow holder* deve fare in relazione ai diritti soggettivi delle parti; a quella del sequestro convenzionale nel caso in cui il contratto in esame fosse legato ad una situazione di crisi del rapporto, o addirittura connesso ad una lite già in corso³⁷; alle pronunce giurisprudenziali; e alla dottrina in merito al negozio fiduciario se l'elemento fiducia dovesse risultare l'elemento centrale su cui si basa l'agire

³³ G. PERLINGIERI, *Garanzie 'atipiche'* cit., 26.

³⁴ G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia* cit., 190 ss.; v. anche A. FACHECHI, *Rent to buy e variabilità della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2016, 108 ss.

³⁵ P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004², 108 s.

³⁶ G. PERLINGIERI, *Garanzie 'atipiche'* cit., 27. E aggiunge l'A., *ivi*, 27, nota 12, che «[è] sempre necessario 'analizzare la *ratio* delle singole disposizioni [...] per verificare se ciascuna, pur appartenendo a un gruppo di norme pensate per un contratto tipico, possa comunque risultare compatibile e adeguata a soddisfare gli interessi in concreto perseguiti dalle parti (creditore e debitore) e sottesi al regolamento negoziale', sia pure atipico o alieno. Il ragionamento conduce, sul piano applicativo, a riflettere sul formante funzionale dell'art. 1878 c.c. per verificarne l'applicabilità anche ai vitalizi c.dd. impropri (G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. 'vitalizi impropri'. Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2015, 519 ss.) e a ricercare, nell'ambito della disciplina dei contratti in generale e dei singoli contratti, gli strumenti per ricavare la regola da applicare, volta per volta, al patto di famiglia (ID., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, *ivi*, 1, 2008, 190 ss.).»

³⁷ F. CARIMINI, *Sequestro convenzionale e autotutela*, Napoli, 2018, 35 ss.

dell'agente, fino alla disciplina dell'arbitratore qualora la somma in *escrow* dovesse servire per determinare anche in parte l'oggetto del contratto, o a quella dell'arbitrato irrituale.

Proprio quest'ultima disciplina è assai utile per legittimare e regolamentare il potere dell'*escrow holder* nel caso in cui gli fosse richiesto di compiere in corso di destinazione una valutazione di merito o equitativa che incide sull'utilizzo del bene in *escrow*.

Le parti, in altri termini, si impegnano nel contratto di *escrow* a considerare la decisione dell'*escrow holder* come espressione della loro volontà, e il suo operato ha natura negoziale.

Inoltre, il richiamo normativo applicato analogicamente ai casi appunto di esercizio del potere valutativo da parte dell'*escrow holder* individuerebbe, ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c., i termini per le parti per impugnare tale decisione, oltre che prevedere per rispettare il principio del contraddittorio³⁸ un generale obbligo a suo carico di sentire comunque le parti interessate prima di compiere la valutazione e conseguentemente di agire.

Lo stesso contesto incide sulla scelta della disciplina perché gli interessi in gioco sono diversi.

Andrebbe trattato in modo differente un *escrow* propedeutico ad una operazione di *Special Purpose Acquisition Companies* (Spac) da quello volto alla conclusione di una compravendita immobiliare.

Nel primo caso, laddove non si dovesse raggiungere, se pur per poco, la soglia minima, non sarebbe ipotizzabile dare esecuzione all'operazione per volontà dell'*escrow holder*; e quindi sarebbe giustificata l'applicazione della regola che porta alla restituzione da parte del notaio della somma trasferita sul conto dedicato.

Nel secondo caso, se dovesse essere trascritto un pignoramento successivamente alla stipula dell'atto di vendita, ma precedente rispetto alla trascrizione dello stesso, e l'importo per il quale il creditore agisce in esecuzione fosse minimo rispetto al prezzo depositato dal notaio rogante, la specifica funzione di questo *escrow account* e le circostanze in cui esso viene utilizzato dovrebbero condurre l'interprete a sostenere l'applicabilità di una regola diversa, ossia quella di consentire al notaio di utilizzare parte del prezzo depositato per soddisfare il creditore e finalizzare così la vendita libera da pregiudizievoli.

A tale soluzione ermeneutica si arriva con un bilanciamento degli interessi in gioco mediante la lente della proporzionalità e della ragionevolezza³⁹.

È vero che il venditore avrebbe ancora il diritto di fare opposizione al pignoramento, ma è altrettanto vero che quel bene ormai è stato venduto e vi è un inte-

³⁸ Testualmente applicabile anche a lodo contrattuale.

³⁹ Vedi G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 50 ss.

resse dell'acquirente in più rispetto alle ipotesi classiche tipiche del processo esecutivo, che l'ordinamento deve tutelare e considerare nel bilanciamento degli interessi.

Pensare che, in assenza di un accordo espresso delle parti, la soluzione possa essere quella di ritenere risolto il contratto di vendita e che il prezzo depositato venga restituito all'acquirente, sarebbe il frutto di un non corretto bilanciamento degli interessi delle parti in gioco, che non tutela neanche i terzi creditori, i quali, se muniti di titolo esecutivo, dovrebbero avere delle fondate ragioni di credito.

Diversamente, i criteri di ragionevolezza e proporzionalità devono condurre l'interprete a ritenere non corretto compromettere l'acquisto della casa (con tutti i valori ad essa sottesi) per un pregiudizio di qualche migliaio di euro, facilmente risolvibile, e permettere all'*escrow holder* di eliminare la pregiudizievole, soddisfacendo il creditore pignoratizio.

Ovviamente, facendo salva la possibilità per il venditore di recuperare quanto pagato dall'*escrow holder* al creditore pignoratizio, qualora non dovuto, in una fase successiva, e senza che la sua vicenda processuale possa incidere sulla vendita.

Questo metodo d'indagine deve, quindi, applicarsi anche al deposito prezzo dal notaio non solo nell'ipotesi più ampia e senza disciplina di cui al comma 63, lett. b) – nella quale, data la immensa varietà delle fattispecie, si potrebbe far rientrare ogni tipologia di *escrow account* –, ma anche in quella descritta al comma 63, lett. c), che come visto, se pur presenta una disciplina, ha un serio problema di incompletezza; e solo applicando l'insegnamento di G. Perlingieri si può risolvere tale questione.

In particolare, quando senza l'avveramento dell'evento connesso al contratto di *escrow* si verifica l'impossibilità di concludere validamente il contratto di vendita collegato (ad esempio, una condizione sospensiva legale), la funzione che si deve attribuire al contratto di deposito prezzo, in assenza di altre pattuizioni, non può che essere quella di deposito, e deve per forza seguire l'applicazione della regola che impone la restituzione di quanto versato per il prezzo.

Diversamente, se l'evento da verificare non incide sulla validità del trasferimento, ma ad esempio comporta solo un danno per la parte acquirente facilmente risolvibile con l'utilizzo della somma in *escrow*, il contratto assumerà una diversa funzione in concreto; ed è sostenibile che il notaio abbia il potere-dovere di utilizzare una parte del prezzo depositato per risolvere il problema, senza mettere in discussione la validità della vendita.

La stessa giurisprudenza straniera va presa in considerazione solo se la funzione dell'*escrow* e il contesto siano gli stessi nel caso estero e nel caso italiano, e non vi siano basi valoriali diverse tra gli ordinamenti.

Si pensi, ad esempio, proprio al filone giurisprudenziale straniero⁴⁰ che nega l'esistenza di un *escrow* quando non vi è l'accordo di tutte le parti con l'*escrow holder*.

Se tale massima può valere in più casi, essa viene testualmente smentita dalla legislazione italiana nell'ipotesi di deposito prezzo presso il notaio rogante nell'ambito di una compravendita, in quanto ai sensi dell'art. 1, comma 63, lett. c) della l. n. 147 del 2013⁴¹ viene riconosciuta la possibilità, anche ad una sola delle parti, di ricorrere allo strumento in esame.

Pertanto, appare chiaro che esisterà una regola valida per i contratti di *escrow* aventi ad oggetto il prezzo di una compravendita notarile immobiliare o di azienda; ed una regola diversa per i contratti di *escrow* utilizzati in altri contesti.

Più in generale, è possibile ipotizzare un'applicazione analogica di quanto previsto in sede di compravendita dal notaio a tutte le ipotesi di *escrow account* aventi ad oggetto il prezzo di una compravendita che necessita di un'attività successiva per dare completa esecuzione o certezza allo scambio, dal momento che la medesima *ratio* sarebbe rinvenibile proprio nel diverso potere contrattuale di una delle due parti.

Discorso analogo per le poche e risalenti pronunce italiane e, in particolare, per quella⁴² che ha ritenuto applicabile la regola *res perit domino*⁴³ per risolvere il

⁴⁰ Il principio secondo cui i poteri dell'*escrow holder* devono essere regolati da entrambe le parti – poiché altrimenti si sarebbe in presenza di un agente esclusivo di una sola parte – ha trovato la sua applicazione in numerose decisioni giurisprudenziali. È in particolare molto interessante quella concernente il caso *PAUL v. KENNEDY* deciso dalla Supreme Court of Pennsylvania 376 Pa. 312, 102 A.2d 158 (1954).

⁴¹ G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo* cit., 79.

⁴² Cass., 15 gennaio 1937, n. 123, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1476, con nota di R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia* cit.; in *Foro it.*, 1938, I, c. 260 ss., con nota di W. BIGIAMI, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*. Tale ricostruzione parrebbe condivisa anche da alcune sentenze straniere, nello specifico v. *Lechner v. Haling*, 216 P.2d 179 (1950), 35 Wash. 2d 903, ove la Corte ha affermato che: «where escrow agent abscond with money in his capacity as depositary the loss must fall upon person as whose agent he is holding the money at the time he absconds»; *Crum v. City of Los Angeles*, 110 Cal. App. 508, 514 [294 P. 430] (1951), la Corte ha affermato che: «if the escrow holder embezzles the purchase price before the time when, under the terms of the escrow, the seller is entitled to it, the loss falls on the buyer, since it is still his money. On the other hand, if the money is embezzled after the time the seller has become entitled to the money, the loss falls on him, since it is now considered his property».

⁴³ La vicenda portata all'attenzione della Suprema Corte ha ad oggetto un contratto di compravendita di un immobile di proprietà di soggetti minori di età, sospensivamente condizionato al rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria in relazione alla conclusione dello stesso. Alla luce di tale disposizione, le parti avevano altresì previsto il deposito del prezzo presso il notaio rogante, il quale si obbligava ad erogare la somma di denaro in favore degli alienanti, nel caso di realizzazione della condizione prestabilita, ovvero, a restituirla al compratore in caso di mancato avveramento della condizione stessa. Una volta concessa l'autorizzazione e, dunque, una volta avveratasi la condizione sospensiva, però, il notaio avendo nel frattempo speso la somma di denaro depositata, si sottrasse al versamento del prezzo ai venditori. Si pose dunque il problema relati-

quesito circa la liberazione o meno del soggetto che ha trasferito in *escrow* un bene o una somma di denaro, qualora successivamente l'*escrow holder* non dovesse dare séguito al suo ruolo e risultare inadempiente.

A prescindere che la sentenza si basa su una norma del precedente codice civile abrogata, l'errore metodologico fatto dalla Corte e dai commentatori successivi⁴⁴ è dovuto all'assenza di un'analisi circa la compatibilità della regola in questione con la funzione concretamente svolta dal singolo *escrow holder*, trascurando che la decisione andrebbe vista caso per caso⁴⁵.

Procedendo per gradi, appare superficiale la lettura di parte della dottrina⁴⁶ che ritiene applicabile la disciplina del sequestro convenzionale e alloca il rischio del perimento del bene al venditore o all'acquirente a seconda di chi risulti proprietario nel momento in cui si verifica o meno la condizione collegata al contratto.

Tale interpretazione, infatti, nella maggior parte dei casi potrebbe essere irrispettosa della funzione specifica del singolo *escrow* voluta dalle parti.

Se essa è condivisibile quando l'*escrow* abbia nella sintesi degli effetti essenziali la funzione di conservare in attesa di una pronuncia circa la proprietà di un bene, non lo può essere nel caso in cui la funzione del contratto è quella di gestire un pagamento in sicurezza, come il caso di *PayPal*, o di garantire la conclusione di una compravendita priva di rischi.

In particolare, se la funzione preminente del contratto di *escrow* è quella di gestire il pagamento, la normativa applicabile sarà quella della delegazione e pertanto, ai sensi dell'art. 1268 c.c., il debitore originario (quindi l'acquirente) non è liberato dall'obbligazione di pagare il prezzo, salvo che il creditore dichiari espressamente, nel contratto di *escrow* o in un documento separato, di liberarlo.

Del resto, si immagini il caso frequente di pagamento con *PayPal*: qualora non dovesse arrivare il pagamento al venditore è difficile ipotizzare estinta l'obbligazione di pagare il prezzo o che il contratto non possa essere risolto per inadempimento.

Se invece la sintesi degli effetti essenziali del contratto contempla l'effetto di garantire la corresponsione del prezzo di una compravendita al verificarsi di un evento, laddove le parti dovessero avvalersi del deposito prezzo dal notaio, salvo espressa regolamentazione contenuta nel titolo, il compratore è liberato dall'ob-

vo alla liberazione o meno del soggetto depositante e, in particolare, la Corte deliberante si chiese se fosse possibile per il venditore esigere ugualmente dall'acquirente il prezzo della compravendita.

⁴⁴ R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia* cit.; L. VIVANTI, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, 401 ss.; W. BIGIAVI, *Deposito in funzione di garanzia* cit., 260 ss.

⁴⁵ Vedi P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2010, 7 ss.

⁴⁶ F. BENATTI, *L'escrow tra fattispecie e disciplina* cit., 254; W. BIGIAVI, *Deposito in funzione di garanzia* cit., 260 ss.

bligazione di pagare il prezzo⁴⁷, anche nel caso in cui il pubblico ufficiale, una volta verificatosi l'evento dedotto in condizione, non provveda a saldare il corrispettivo dovuto?

Rispondere non è affatto semplice. Se il deposito prezzo fosse chiesto solo dalla parte acquirente, la risposta dovrebbe essere negativa.

Una diversa lettura condurrebbe a ritenere sostenibile che il creditore non solo debba accettare che il prezzo sia depositato presso il notaio, essendo obbligato dalla previsione normativa, di séguito oggetto di approfondimento, ma che debba pure subire gli effetti negativi di un possibile inadempimento dell'*escrow holder*, anche se il contratto di *escrow account* non è nel suo interesse.

Discorso diverso se il deposito prezzo viene chiesto da tutte e due le parti ed è nell'interesse di entrambe, come quando il deposito è fatto in attesa del verificarsi di un evento che incide sulla validità del trasferimento (ad esempio, condizione legale) o sulle condizioni contrattuali (ad esempio, un evento di borsa che incide sul prezzo di vendita delle azioni).

Difatti, sia l'interesse e le ragioni del creditore sia quelli del debitore sono da tutelare, perché se da una parte il venditore non ha incassato il prezzo, dall'altra l'acquirente lo ha pagato, facendo entrambi affidamento sulla correttezza del notaio.

Le soluzioni potrebbero essere: quella di mantenere gli effetti del contratto e ritenere che sia il venditore ad avere l'azione giudiziale o verso solo il notaio, soggetto obbligato al pagamento del prezzo, o verso sia il notaio sia l'acquirente, ritenendo quest'ultimo solidamente obbligato con il professionista; oppure quella di consentire al venditore di agire per la risoluzione per inadempimento, facendo sorgere un diritto di credito in capo all'acquirente verso l'*escrow holder*, per arricchimento senza causa del notaio, non avendo più alcuna causa il trasferimento di denaro sul conto dedicato del pubblico ufficiale.

Stabilire chi dei due debba agire giudizialmente nei confronti del notaio o sul fondo di garanzia per il ristoro dei danni derivanti da reato commesso dal notaio nell'esercizio della sua attività professionale⁴⁸ per soddisfare il credito, sostenendone i costi e attendendo la tempistica necessaria, deve essere frutto inevitabilmente di una valutazione più ampia basata sul singolo caso.

⁴⁷ Questa è la tesi tra gli altri di L. VIVANTI, *Deposito in funzione di garanzia* cit., 401 ss. e di W. BIGIAMI, *Deposito in funzione di garanzia* cit., 260 ss., secondo il quale, eseguito il deposito, il venditore perde il diritto di agire contro il compratore, sicché, anche qualora non riesca ad incassare la somma dal notaio, sarà costretto a rilasciare l'immobile al compratore. Infatti, diversamente da quanto sostenuto da R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia* cit., la liberazione del compratore non discende dalla realizzazione del diritto del venditore verso il depositario, mentre proprio la titolarità del credito (verso il depositario) alla restituzione sarebbe incompatibile con la titolarità del credito (verso il compratore) per il prezzo.

⁴⁸ Art. 21, della l. 16 febbraio 1913, n. 89, modificato dall'art. 3, del d.l. 4 marzo 2006, n. 182.

Non vi è dubbio che l'affidamento nella figura del pubblico ufficiale, previsto dalla legge e punto cardine del ruolo del notaio, è assai maggiore rispetto ai casi in cui l'*escrow holder* è un soggetto diverso; ed è quindi necessario considerare tale circostanza in modo differente nella decisione sulla disciplina applicabile.

E allora, nell'ipotesi appena esposta vi sono più regole applicabili, tutte compatibili con la funzione e con il contesto del singolo *escrow*.

Nel bilanciamento l'interesse del venditore e quello dell'acquirente hanno un uguale peso, e dovrà essere considerato più meritevole e quindi preminente quello collegato ad altri interessi costituzionalmente tutelati.

In altri termini, bisognerà far prevalere l'interesse del creditore o del debitore a seconda se tale interesse è accompagnato, nel singolo caso, da un ulteriore interesse gerarchicamente superiore.

Ebbene per risolvere il quesito posto, il giudice dovrà valutare l'impatto della sua decisione riguardo a quale dei due interessi (dell'acquirente e del venditore) far prevalere rispetto agli interessi di terzi o generali, eventualmente presenti.

Ad esempio, il particolare grado di debolezza di una delle due parti, l'incapacità della parte di sopportare il danno derivante dal tempo e dal costo di dover agire nei confronti del notaio o del fondo di garanzia, oppure altre circostanze potrebbero far entrare nella vicenda negoziale interessi diversi che devono condizionare la scelta.

Il principio di solidarietà che impone una tutela della persona più debole, o l'interesse a mantenere i posti di lavoro, legati ad un piano industriale, che imporrebbe, per dare piena attuazione ai valori costituzionalmente tutelati dagli artt. 1, 4, 41 e 47 Cost., di non favorire scelte che possono metterlo a rischio, sposterebbero la tutela verso l'interesse di quella parte, il cui soddisfacimento concorra con quello dell'interesse generale costituzionalmente garantito.

Un'applicazione concreta di tale ragionamento potrebbe essere il caso di un'azienda ceduta da un gruppo societario in fase di liquidazione, volto a dismettere il patrimonio, e acquistata da un'altra compagine societaria, che invece ha per l'azienda un piano industriale con delle scadenze da rispettare contenente il mantenimento o l'incremento della forza lavoro.

Il prezzo di tale compravendita è depositato nelle mani del notaio in attesa che si verifichi un evento sul mercato regolamentato tale da giustificare un determinato prezzo e rendere possibile l'attuazione del piano industriale connesso.

Le parti, fidandosi del pubblico ufficiale, non hanno previsto alcuna regolamentazione nel caso che l'*escrow holder* non adempia al compito affidategli.

Qualora il notaio non dovesse svolgere il compito di corrispondere il prezzo una volta che la condizione si fosse verificata, l'applicazione diretta degli artt. 1, 4, 41 e 47 Cost.⁴⁹ renderebbe non risolvibile per inadempimento la vendita,

⁴⁹ Sull'applicazione diretta dei principi costituzionale nei rapporti negoziali v. per tutti P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 1980, 95 ss.

in quanto la risoluzione sarebbe in contrasto con il dettato costituzionale, poiché metterebbe a rischio il livello occupazionale e il piano di rilancio industriale dell'acquirente.

Né sarebbe possibile accettare, per le medesime ragioni, che il venditore possa agire giudizialmente contro l'acquirente per soddisfare il suo credito, ritenendolo solidalmente obbligato con il notaio.

Mentre il giusto bilanciamento porterebbe a conservare gli effetti della vendita, lasciando al venditore l'onere di agire giudizialmente verso il notaio o rifarsi sul fondo di garanzia, dal momento che il venditore è in una fase di liquidazione e avrebbe tutto il tempo per esperire tali azioni, senza che vi sia un grave pregiudizio di altri valori.

Solo nel caso, assai improbabile, in cui non vi siano altri interessi in gioco rispetto a quelli delle parti, si potrebbe sostenere che per risolvere l'*impasse* sorga un obbligo di rinegoziare⁵⁰, in quanto, in applicazione al principio di conservazione del contratto, si ritiene valido il negozio, ma con l'obbligo, volto a riequilibrare il sinallagma, di considerare nel regolamento contrattuale la circostanza che il soddisfacimento del prezzo è legato alla solvibilità del notaio o al buon esito dell'azione giudiziale verso il fondo di garanzia.

Infine, nell'eventualità che il contratto di *escrow* abbia la funzione di garantire il risarcimento ad una parte contrattuale in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento dell'altra mediante il trasferimento di una somma di denaro a titolo di penale, appositamente depositata in *escrow*, per rispondere all'interrogativo circa la disciplina applicabile quando l'*escrow holder* dovesse essere inadempiente e insolvente, bisognerebbe basare il ragionamento sulla ricostruzione più autorevole proposta in dottrina⁵¹ dell'istituto del patto penale.

Nello specifico, l'innegabile funzione novativa del patto penale⁵², una volta verificatosi l'evento, porta a ritenere estinto l'obbligo risarcitorio legale nascente in capo al soggetto inadempiente – come, ad esempio, quello nascente in capo ad un appaltatore che ritarda un lavoro o non adempie ad un'obbligazione del contratto d'appalto – e sostituito con quello in capo all'*escrow holder* di trasferire la somma a titolo di penale, con l'effetto che l'altra parte contrattuale che subisce l'inadempimento – nell'esempio l'appaltante – possa rifarsi solo sull'*escrow holder*, anche se quest'ultimo risulta essere insolvente.

⁵⁰ Sulla rinegoziazione v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 152; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. DI MARZIO, Milano, 2004, 205 ss.; v. pure F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, *ivi*, 191 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, 220 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. LIPARI, Napoli, 1998, 193 ss.

⁵¹ D. RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010, 119 ss.

⁵² D. RUSSO, *Il patto penale cit.*, 119 ss.

Anche l'esistenza di regole pattizie, cosa auspicabile per provare ad ovviare alle incertezze circa la disciplina, non esimono l'*escrow holder*, e più in generale l'interprete, a valutare la loro validità caso per caso.

In particolare, su di esse va effettuato un controllo costante di compatibilità con la funzione, di liceità e di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c.

Un'applicazione pratica per comprendere la compatibilità della regola con la funzione è quella attinente alla valutazione della norma pattizia, che consente la restituzione dell'intero prezzo in garanzia in caso di lieve difformità della cosa compravenduta o di vizio minore, facilmente risolvibile usando parte del prezzo in *escrow*.

Tale regola potrebbe essere non compatibile con la funzione di garantire la vendita perché nel concetto di garantire una vendita deve essere preminente l'intento di portarla a termine e non di sciogliere il contratto per questioni facilmente risolvibili senza pregiudizio per l'acquirente, grazie anche all'utilizzabilità della somma trasferita in *escrow* appositamente.

O ancora riferiamoci al caso in cui l'*escrow holder* abbia il compito di gestire una sopravvenienza contrattuale, facendo in modo che il contratto collegato possa essere sempre equo ed equilibrato, e le parti abbiano dato delle indicazioni di come debbano essere utilizzate le somme in *escrow* quando dovesse verificarsi un determinato evento.

Ora la quantificazione preventiva fatta dalle parti, a prescindere dal caso concreto, potrebbe non solo non raggiungere lo scopo perché non contempla le peculiarità del singolo caso, ma addirittura potrebbe favorire in modo negativo l'applicazione di un rimedio non giusto per gli interessi in concreto presenti⁵³.

L'analisi della compatibilità non può, infine, come del resto quella della liceità, trascurare il contesto in cui opera l'*escrow*, in quanto una regola compatibile per operare su un mercato azionario può non esserlo nel commercio ortofrutticolo, dato il deterioramento delle merci oggetto del secondo mercato.

Passando al controllo di liceità, si pensi all'ipotesi di utilizzo dello strumento in esame in una contrattazione preliminare sia nel caso di un acquisto di un immobile costruito sia in quello di un immobile da costruire. In tal modo è possibile dimostrare come il contesto incida sulla valutazione.

⁵³ Sulla variabilità dei rimedi e sulla necessità che il rimedio sia adeguato rispetto agli interessi da tutelare, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2006³, 352 ss.; ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2000, 568 ss.; ID., *Il 'giusto rimedio' nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2011, 3 ss. In proposito, mostra le sue perplessità G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in AA.VV., *Annuario del contratto 2010*, diretto da A. D'ANGELO e V. ROPPO, Torino, 2011, 58 s.; nella regolamentazione del diritto privato e nel governo dell'autonomia privata», si manifesta C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clause generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, *ivi*, 2011, 21 ss.

Quando il deposito di un acconto prezzo è fatto dal notaio in sede di stipula di un preliminare avente ad oggetto un immobile dotato di segnalazione certificata di agibilità, qualora il promittente venditore dovesse essere soggetto alla liquidazione giudiziale, la segregazione delle somme in *escrow* risulterebbe in concreto illecita perché contraria all'art. 173 CCII.

Difatti è il curatore che decide se sciogliere o meno il contratto preliminare, e nell'ipotesi in cui propendesse per scioglierlo, gli acconti dati non possono essere restituiti al promissario acquirente senza che gli stessi entrino nell'attivo fallimentare, e senza che quest'ultimo concorra con gli altri creditori della massa creditoria. In quanto, ai sensi dell'art. 173 CCII, il promissario acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno, e gode solo di un privilegio di cui all'art. 2775 *bis* c.c. sul bene immobile e non certo di un diritto ad un soddisfacimento del suo credito in prededuzione o in via privilegiata.

In altre parole, se il conto *escrow* in concreto andasse a configurare un meccanismo negoziale che, di fatto, consenta una prededuzione del credito del promissario acquirente, in caso di liquidazione giudiziale del promissario venditore, esso avrebbe una causa che diventerebbe illecita nel momento in cui la società che ha promesso in vendita l'immobile entra nella fase concorsuale.

Mentre se la stessa situazione dovesse verificarsi in un contratto preliminare di compravendita un immobile in corso di costruzione, la segregazione degli acconti dati, dovrebbe essere lecita anche in caso di liquidazione giudiziale dell'impresa costruttrice, in quanto in deroga all'art. 172 CCII, per i contratti preliminari aventi ad oggetto immobili da costruire, lo stesso art. 174 CCII permette al promissario acquirente di scegliere liberamente di escutere, prima che il curatore decida cosa fare con il preliminare di vendita, la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore.

Ora se la segregazione degli acconti in un conto del notaio è alternativa alla garanzia fideiussoria⁵⁴ perché ne sostituisce la funzione, è ragionevole ritenere lecito che il promissario compratore possa riavere dal pubblico ufficiale le somme depositate, senza incorrere in alcuna violazione dei principi del diritto delle procedure concorsuali.

Rimanendo nell'ambito del codice della crisi d'impresa, riportare un'altra fattispecie potrebbe essere utile a chiarire quanto appena esposto.

Si analizzi il caso di utilizzo dell'*escrow* per l'esecuzione di un pagamento connesso ad un contratto ad esecuzione continuata o periodico.

In particolare, nel conto *escrow* l'azienda che deve pagare il servizio trasferisce una somma di denaro (una sorta di castelletto), e l'*escrow holder* paga all'impresa che fornisce il servizio una volta effettuata la prestazione ed emessa la fattura.

⁵⁴ Vedi A. SEMPRINI, *Il deposito prezzo nell'acquisto di immobili da costruire*, in *Contr. impr.*, 2, 2019, 707 ss.

Qualora dopo il trasferimento della somma in *escrow*, ma prima del pagamento all'impresa beneficiaria del servizio dovesse intervenire la dichiarazione di liquidazione giudiziale, la segregazione risulterebbe illecita poiché contraria al combinato disposto degli artt. 172 e 179 CCII.

Nell'ipotesi in cui l'altro contraente dovesse entrare in liquidazione giudiziale il contratto di *escrow* sarebbe in frode alla legge, perché utilizzato per creare un patrimonio idoneo a soddisfare integralmente il credito una volta che la consegna o il servizio è stato svolto, in quanto di fatto realizzerebbe in modo pattizio una causa di prededuzione atipica.

E questo sia in caso di scioglimento da parte del curatore del contratto sia in caso di subentro, poiché con l'ingresso del codice della crisi d'impresa⁵⁵ i crediti derivanti dalle consegne avvenute e dai servizi erogati prima dell'apertura della liquidazione giudiziale non possono andare in prededuzione, ma per essi il creditore deve chiedere l'ammissione al passivo e concorrere con gli altri creditori per il loro soddisfacimento.

Ancóra, ci si soffermi sull'utilizzo di un conto *escrow* per il riparto di un attivo concorsuale⁵⁶ in cui le regole di riparto impartite per contratto all'*escrow holder* violino quelle contenute nel codice della crisi d'impresa e i principi del diritto delle procedure concorsuali.

Il controllo sulle singole regole pattizie si inserisce nell'ambito del controllo di liceità e meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. della causa concreta, in quanto la specifica regola può incidere sull'individuazione di questa.

Non vi è dubbio che il contratto in esame debba essere dotato di una causa concreta esistente sia nel momento genetico sia nel corso dell'esecuzione. Altrimenti sarebbe nullo e sorgerebbe l'obbligo in capo all'*escrow holder* di restituire la somma al soggetto che ha effettuato il pagamento.

Si pensi a quando l'*escrow account* non ha in concreto alcuna funzione perché, ad esempio, inizialmente è stata valutata erroneamente l'esigenza di una garanzia da un rischio che non esiste, o che è venuto meno successivamente. A titolo esemplificativo si pensi al caso in cui la funzione del contratto sia quella di garantire una o entrambe le parti da un rischio ormai scongiurato.

Ma la causa concreta deve essere anche lecita, ossia non contraria a norme imperative.

⁵⁵ Vedi S. DELLA ROCCA e F. GRIECO, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Analisi e commento*, Padova, 2022², 398 ss.

⁵⁶ Un utilizzo simile dell'*escrow account* potrebbe essere assimilato al c.d. *trust* liquidatorio, v. F.A. RE, *Il trust liquidatorio* (nota a Cass., 9 maggio 2014, n. 10105), in *Riv. dir. impr.*, 2014, 541 ss., il quale correttamente sposta il problema da una valutazione astratta al controllo di liceità e di meritevolezza del concreto regolamento di interessi (p. 560 s.). In tema v. anche la nota alla sentenza indicata di V. VALENTE, *Osservazioni in tema di trust liquidatorio*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 531 ss.

E anche questa volta tale controllo dipenderà da un'attenta valutazione che contempla la funzione concreta dell'*escrow* e il contesto in cui il contratto dovrebbe esplicare i propri effetti.

Un esempio potrebbe essere quello di trasferire un bene in *escrow* per garantire un adempimento con l'ordine all'*escrow holder* di trasferirlo al creditore qualora si dovesse verificare l'inadempimento, configurando di fatto un patto commissorio vietato.

In questo caso, laddove non dovessero esserci i correttivi marciani⁵⁷ o i requisiti che attenta dottrina⁵⁸ ha elaborato per far sì che il meccanismo sia valido, la causa concreta dell'*escrow* sarebbe illecita, perché contraria a norma imperativa.

Poniamo infatti il caso che venga trasferito all'*escrow holder* una somma di denaro per garantire l'adempimento di una determinata prestazione, ad esempio, l'esecuzione di un'opera in un appalto.

Non vi sono dubbi sul fatto che quando tale somma, già nella fase genetica del contratto di *escrow*, non è proporzionata al valore dell'opera da eseguire, il contratto di garanzia non potrebbe essere validamente concluso, in quanto sarebbe in violazione del principio di proporzionalità tra garanzia e debito, risultando immeritevole⁵⁹ ex art. 1322 c.c. perché non conforme alla legalità costituzionale.

Inoltre, tale controllo andrebbe fatto per tutta la durata dell'*escrow account*.

⁵⁷ Sia consentito un rinvio ad un nostro contributo: F. DELLA ROCCA, *Derogabilità della disciplina prevista dall'art. 48 bis t.u.b.*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2, 2020, 291 ss.

⁵⁸ D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, diretta da P. PERLINGIERI, Napoli, 2017, *passim*.

⁵⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., 385. V., altresì, ID., *Abuso dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. La responsabilità processuale dell'avvocato*, in *Corr. giur.*, 9, 2011, 1301 ss.; S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012; EAD., *Principio di proporzionalità e garanzia ipotecaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2012, 391 ss.; F. LAZZARELLI, *Conservazione della garanzia patrimoniale e abusi del creditore*, Napoli, 2013, spec. 157 ss.; EAD., *La Drittwirkung dei principi costituzionali ed europei nell'impiego degli 'strumenti conservativo-cautelari'*, in *Corti salernitane*, 2014, 405 ss. In giurisprudenza, cfr. Comm. trib. prov.le Pisa, sez. II, 26 maggio 2008, n. 49, in *Giur. merito*, 3, 2009, 846; nonché, più di recente, Cass., 5 aprile 2016, n. 6533, in *Guida dir.*, 2016, 20, 58 ss., secondo la quale abusa del diritto alla garanzia patrimoniale il creditore che, non adoperando l'ordinaria diligenza, iscriva ipoteca sui beni del debitore per un valore sproporzionato rispetto al credito. Sulla proporzionalità delle garanzie, spunti di riflessione anche nel d.l. 3 maggio 2016, n. 59 (conv. in l. 30 giugno 2016, n. 119), che richiama, in tema di pegno non possessorio, la 'proporzionalità' della garanzia (art. 1, d.l. cit.) e positivizza il c.d. patto marciano (art. 2, d.l. cit.). Un'importante conferma di questa linea di pensiero è possibile trovarla nella giurisprudenza dell'Arbitro Bancario Finanziario, la quale ha precisato che «l'obbligo di salvaguardia delle ragioni e dell'interesse della controparte, oggi riconosciuto anche alla stregua di esigenze di tutela ispirate al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost., legittima l'esercizio di un controllo sul contenuto del contratto, fungendo esso da limite dell'autonomia privata. Sotto altro e più specifico profilo, va invece evidenziata l'esistenza di un principio generale di proporzionalità delle garanzie creditorie rispetto all'entità del debito cui esse accedono»; così, ABF Roma, 20 ottobre 2016, n. 9284, reperibile in *<arbitrobancariofinanziario.it>*. V. altresì ABF Roma, 28 ottobre 2011, n. 2359, *ivi*; ABF Roma, 22 aprile 2014, n. 2492, *ivi*. In senso contrario, D. ACHILLE,

Infatti, se tale non proporzionalità dovesse verificarsi nel corso del tempo, magari perché l'opera è completa al novanta per cento, mentre la somma depositata rimane dello stesso importo, la soluzione non potrà che essere quella di attribuire un potere-dovere all'*escrow holder*, anche se non espressamente previsto nel contratto, di restituire al debitore parte della somma di denaro per ristabilire la proporzione della somma in *escrow* rispetto al costo residuo della costruzione, evitando in tal modo che il contratto possa essere considerato immeritevole *ex art.* 1322 c.c.

Non vi è dubbio che insito nel controllo di liceità e meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. vi sia il compito di verificare la compatibilità del negozio con l'ordine pubblico interno ed internazionale, come declinato dalla migliore dottrina⁶⁰, ormai punto di riferimento per la prassi applicativa italiana.

In particolare, per un *escrow* volto a favorire l'adempimento relativo a transazioni di commercio internazionali si potrebbe ritenere applicabile, o addirittura scegliere la legge di un diverso Stato o una consuetudine del commercio internazionale, regole non applicabili in fattispecie prettamente interne.

Un esempio potrebbe essere quello dell'utilizzo dell'istituto nell'ambito del *countertrade*, ed in particolare nella tipologia c.d. *advance purchase*⁶¹.

Eccesso di iscrizione ipotecaria e 'principio' di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito, in *Riv. dir. civ.*, 2018, II, 480.

⁶⁰ G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 36 ss.

⁶¹ «Accanto a questa struttura base del *counterpurchase* che si articola in due soli contratti, ve ne sono altre più complesse (c.d. *advance purchase*) in cui le parti, dopo aver stipulato i due contratti di compravendita di cui sopra (come nel caso dei *parallel contracts*), di cui quello di vendita dei beni provenienti dal paese con problemi valutari è destinato ad essere eseguito per primo, stipulano un terzo contratto, destinato a rimanere confidenziale, con il quale dispongono che la parte acquirente dei beni di cui al primo contratto destinerà le somme ricevute a titolo di prezzo dei beni esportati in base al secondo contratto, esclusivamente al pagamento del relativo corrispettivo. Il terzo accordo contiene, dunque, la disciplina dell'utilizzo delle somme provenienti dall'esecuzione del contratto che deve essere eseguito per primo. Esso viene sottoscritto dalle parti che hanno stipulato i due precedenti contratti e da una banca scelta di comune accordo (per questo si è soliti nominarlo '*banking agreement*'). Più in particolare, con le disposizioni di quest'ultimo contratto si stabilisce che colui che vende in base al contratto di compravendita destinato ad essere eseguito per primo (impresa del paese in via di sviluppo) deve aprire di comune accordo, presso la banca prescelta, un conto corrente speciale e vincolato (*escrow account*) intestato a suo nome, sul quale saranno versate solamente le somme (tutte o solo una parte di esse, secondo gli accordi) che saranno pagate dal compratore in esecuzione del contratto suddetto. Le somme versate potranno essere utilizzate dal titolare del conto, esclusivamente per effettuare il pagamento del corrispettivo del contratto destinato ad essere eseguito per ultimo alle scadenze pattuite e saranno produttive di interessi che verranno versati sul medesimo conto. L'*escrow account*, quindi, garantisce all'impresa occidentale che, nel momento in cui esporterà i beni o i servizi verso il paese in via di sviluppo, in esecuzione del contratto principale, saranno disponibili fondi sufficienti per il pagamento in valuta convertibile del relativo corrispettivo. Tale disponibilità, ottenuta con il pagamento da parte della stessa impresa, nell'identica valuta convertibile, del prezzo dei beni da essa acquistati dal paese in questione in esecuzione di

In questo caso l'escrow account ha la funzione di sottrarre le somme che affluiscono sull'apposito conto corrente *escrow* alla disponibilità del titolare del conto, cioè all'impresa del paese in via di sviluppo, quale venditore dei beni all'impresa occidentale.

In tal modo, inoltre, tali somme sono sottratte ad eventuali azioni esecutive o cautelari, o a procedure concorsuali, promosse dai creditori del titolare del conto.

Se questo può valere quando la segregazione patrimoniale si verifica per una società regolata da una legge di uno Stato estero in cui non vi è una apposita disciplina inerente ai patrimoni destinati nell'ambito del diritto commerciale, non può essere ammesso per una società italiana, poiché tale meccanismo potrebbe violare quanto disposto dagli artt. 2447 ss. c.c. e dagli artt. 262 s. CCII o essere vietato se l'impresa in questione ha la forma di s.r.l.

Infatti, qualora una società italiana volesse creare un patrimonio destinato ad uno specifico affare o una contabilità separata nell'ordinamento interno lo può fare, ma deve ricorrere alla procedura e alle accortezze previste dagli artt. 2447 ss. c.c.

Ergo, per valutare la liceità di un *escrow account* così costruito che vorrebbe esplicare alcuni effetti in Italia, il criterio è il seguente: se l'«improprio» patrimonio destinato attiene alla responsabilità patrimoniale di una società regolata, ai sensi dell'art. 25 della l. 31 maggio 1995, n. 218, da una legge straniera in cui è possibile creare patrimoni destinati senza rispettare quanto prescritto dalla norma italiana, l'*escrow account* dovrebbe produrre gli effetti anche in Italia, risultando non in contrasto con l'ordine pubblico internazionale, ma solo con quello interno, in quanto la disciplina contenuta agli artt. 2447 ss. c.c. non di certo attua principi fondamentali e irrinunciabili per il nostro ordinamento.

Diversamente se tale meccanismo agisse sulla responsabilità patrimoniale di una società regolata dal diritto italiano sarebbe illecito perché in contrasto con gli artt. 2447 ss. c.c. e quindi con l'ordine pubblico interno.

Supponiamo altresì l'utilizzo dell'istituto nei rapporti finanziari tra istituti di credito e gruppi di società, dove la capogruppo spesso utilizza tale strumento per svolgere la propria assistenza finanziaria alle società controllate.

In questa ipotesi l'*escrow* mira a raggiungere e realizzare simultaneamente gli obiettivi della lettera di *patronage* e del pegno su quote sociali.

Infatti, nell'accordo di *escrow* si esplicitano da parte delle società *holding* le dichiarazioni: di consapevolezza con cui la società madre dichiara di essere al corrente dei rapporti di finanziamento esistenti o da porre in essere; di approvazione di questi rapporti; e di conferma di controllo con cui si enunciano le percentuali di partecipazione al capitale da parte della società *holding*.

un precedente, ma collegato, contratto di compravendita, risulterà effettiva solo se i relativi importi verranno vincolati dalle parti esclusivamente al pagamento del corrispettivo del contratto preliminare»: così A.M. LUCIANI, *Escrow cit.*, 820 s.

Inoltre, l'accordo di *escrow* contiene la garanzia sul fatto che le partecipazioni nel capitale sociale delle società controllate, debentrici principali, non verranno cedute a soggetti non graditi dalle banche, in quanto i titoli azionari saranno posti materialmente al di fuori della disponibilità dei soci e della società, perché appunto depositati presso un soggetto terzo di alto profilo professionale.

Si eviterà così che nella compagine della società debitrice venga meno proprio quel soggetto (la capogruppo) che offre le maggiori credenziali di affidabilità e solvibilità, e che molto spesso è l'unico in grado di garantire continuità aziendale.

Tuttavia, se l'approvazione dei rapporti di finanziamento non fosse limitata ad un importo massimo si violerebbe l'art. 1938 c.c. applicabile, secondo la migliore dottrina⁶², ad ogni ipotesi di garanzia; e l'*escrow holder* in prima istanza – o il giudice interno⁶³ in alternativa – non potrebbe permettere al contratto di *escrow* di esplicitare gli effetti in Italia sia nel caso in cui il debitore sia una società italiana sia straniera, anche se tale regola non fosse prevista nella legislazione straniera, poiché essa è espressione del principio di solidarietà ex art. 2 Cost., valore fondamentale e irrinunciabile per il nostro ordinamento⁶⁴.

Infine, come tutte le segregazioni patrimoniali anche quella derivante dal contratto di *escrow account* deve superare il controllo di meritevolezza dell'art. 2645 *ter* c.c. che è per lo più esterno al negozio di destinazione e riguarda sia il rapporto tra specificità dello scopo, esistenza anche di un altrui interesse, adeguatezza del bene destinato e capienza del patrimonio residuo, sia la valutazione comparativa tra l'interesse del beneficiario e l'interesse dei terzi creditori eventualmente leso dalla destinazione.

⁶² G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno* cit., 205. Più in generale v. M. ANGELONE, *Divieto di garanzie personali atipiche 'omnibus' l'applicabilità diretta al patronage del limite di importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2011, 1267 s.

⁶³ Similare è la questione trattata da App. Bari, ord. 6 ottobre 2014, in *Corti salernitane*, 1/2, 2016, 227 ss., con nota di G. SALITO, *Garanzie personali e ordine pubblico*; in *Giur. it.*, 4, 2015, 816 ss., con nota di M. ROBLES, *La fideiussione c.d. omnibus secondo l'ordine pubblico 'economico' di 'Bruxelles I'*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2015, I, 434 ss., con nota di I. PIZZIMENTI, *Importo massimo garantito per obbligazioni future e principi generali di ordine pubblico*; in *Int'l Lis*, 2, 2015, 89 ss., con nota di O. DESIATO, *Riconoscimento di provvedimento straniero e requisito ostativo dell'ordine pubblico: l'ipotesi della lettera di patronage non recante l'indicazione dell'importo massimo garantito*; in *Banca borsa tit. cred.*, 1, 2016, II, 29 ss., con nota di G. VALENTINI, *Lettere di patronage e importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.*, ove si rileva, tra l'altro, che è necessaria «la fissazione di un limite di importo proporzionato alla normale e prevedibile attività del debitore ed alle sue potenzialità economiche e non anche di un importo qualsiasi che si tramuterebbe in uno strumento di garanzia sostanzialmente illimitato».

⁶⁴ «In definitiva, anche dall'analisi delle garanzie 'atipiche' o 'aliene', emerge con chiarezza che la valutazione di congruenza all'ordine pubblico internazionale non può essere condizionata da valutazioni connesse alla mera conformità di un istituto ad altri ordinamenti, i quali – seppur 'civili' e/o 'affini' al nostro – sono caratterizzati da principi e valori normativi differenti»: G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno* cit., 206 s.

È dal mondo delle imprese che possono arrivare esempi significativi.

Si pensi all'utilizzo di un conto *escrow* da parte di un'impresa *e-commerce* per gestire il pagamento di merce acquistata su *internet* e l'eventuale fase del reso a séguito dell'esercizio dello *ius poenitendi* del consumatore.

Ora, in un caso del genere il rapporto tra: 1) entità della somma in *escrow* adeguata allo scopo di permettere una transazione *online* sicura; 2) interesse dell'utente che acquista a distanza; 3) valore di gran lunga maggiore del patrimonio aziendale non segregato; 4) e durata della destinazione proporzionata allo scopo e ad esso legato, conduce l'interprete a ritenere tale strumento meritevole *ex art. 2645 ter c.c.* e a far prevalere l'interesse, riconosciuto anche al livello legislativo, del beneficiario rispetto a quello degli altri creditori.

Diversamente, se la somma rimane nel conto *escrow* oltre lo scopo, ossia anche una volta che è trascorso il tempo per il recesso e la transazione può definirsi conclusa senza alcun reclamo da parte del consumatore, è facilmente intuibile che la limitazione di responsabilità non ha più ragion d'essere, diventando immeritevole *ex art. 2654 ter c.c.* qualora vi siano creditori dell'impresa che vogliono soddisfare il loro credito.

Ancóra, in un'operazione di cessione di azienda le parti pattuiscono che i ricavi del primo anno debbano confluire su un conto *escrow* ed essere utilizzati per raggiungere un accordo con alcuni creditori, così da permettere al cedente di liberarsi della garanzia prestata personalmente.

Tale segregazione potrebbe ritenersi meritevole *ex art. 2645 c.c.* se contenuta in un ragionevole periodo di tempo.

Mentre un utilizzo di tale conto *escrow* oltre tale evento o per un tempo eccessivo – perché magari non si riesce a trovare un accordo con i creditori e a liberare il cedente dalle garanzie prestate, ma allo stesso tempo non si vuole risolvere la vendita dell'azienda – dovrebbe portare l'interprete verso una valutazione differente.

In particolare, la non proporzionalità della durata e dell'entità della destinazione con lo scopo; il valore del patrimonio aziendale non segregato, che con il passare del tempo diviene sempre più esiguo; e l'interesse dei terzi creditori di contrarre con l'impresa in questione, senza che la stessa possa avere delle limitazioni di responsabilità irragionevoli, dovrà condurlo a ritenere la segregazione delle somme in *escrow* non meritevole *ex art. 2645 ter c.c.*, e quindi non opponibile ai creditori.

5. Per una valorizzazione del ruolo dell'*escrow holder*: un ufficio di diritto privato con il potere-dovere di agire funzionale nel rispetto della legalità costituzionale

La giurisprudenza estera, e in particolare quella statunitense⁶⁵, ha sempre negato che l'*escrow holder* potesse avere un ruolo che andasse oltre a quanto stabilito nell'accordo, ed ha quindi ritenuto che tale ruolo si concretizzasse solamente nell'adempimento corretto e puntuale delle istruzioni ricevute dalle parti.

Qualche apertura⁶⁶, anche da parte della dottrina italiana⁶⁷, si è avuta in merito al riconoscimento di un '*duty of disclosure*', ossia di un dovere di informazione in capo all'*escrow holder*.

Tuttavia, tale dovere, connesso ai doveri generali di lealtà, correttezza, buona fede e, nel panorama italiano, al principio di solidarietà, ha come oggetto essenzialmente l'obbligo di tenere informate le parti di eventi che potrebbero incidere sulla vicenda connessa all'*escrow account*, senza arrivare ad ipotizzare un dovere di conformare l'operato dell'*escrow holder* alla specifica funzione del singolo contratto e ai valori portanti dell'ordinamento: quindi, alla legalità costituzionale⁶⁸.

Invece, dal quadro delineato emerge con chiarezza che il soggetto, il quale svolge il ruolo di *escrow holder*, dovrebbe avere la funzione non solo di curare interessi propri delle parti che gli conferiscono contrattualmente questa posizione, ma anche di terzi, o anche interessi generali.

La giurisprudenza straniera che nega un ruolo maggiore all'*escrow holder* è figlia di un diverso ordine valoriale dello Stato ove viene emanata.

E non è certo una novità sottolineare, come già sostenuto dalla migliore dottrina⁶⁹, la poca sensibilità al solidarismo e al personalismo degli ordinamenti nordamericani, fondati su una concezione strettamente mercantile e sull'idea di una libertà delle persone e degli Stati, o senza controlli o al massimo con controlli di natura eccezionale.

Da tale assunto non può che derivare il riconoscimento nel nostro ordinamento, in cui è centrale il principio di solidarietà cui è connesso quello di sus-

⁶⁵ National Bank of Wash. v. Equity Investors, 81 Wash. 2d 886, 910, 506 P.2d 20, 35 (1973); Fong v. Oh, P.3d 499, 512 (Hawaii 2007); Bell v. Safeco Title Ins. Co., 830 S.W.2d 157 (Tex. App. Dallas 1992, writ denied); Lee v. Title Insurance & Trust Co., 70 Cal. Rptr. 378 (Ct. App. 1968). Così anche Blackburn v. McCoy (1934) 1 CA2d 648; K. JACOBSEN, *California Escrow Agents: A Duty to Disclose Known Fraud?*, in *Pacific Law Journal*, 17, 1985, 309. La regola è seguita anche in altri Stati, tra cui Louisiana e Alabama. Hanby v. First Nat. Bank, 163 S.W. 415 (Tex. Civ. App. Amarillo 1914).

⁶⁶ 124 Ariz. 346, 604 P.2d 610 (1979).

⁶⁷ G. LAURINI, *Nuove garanzie atipiche tra diritto, prassi e meritevolezza degli interessi*, Napoli, 2020.

⁶⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale cit., passim*.

⁶⁹ G. PERLINGIERI, *Garanzie 'atipiche' cit., 45*.

sidiarietà, di un ruolo nuovo all'*escrow holder*, attribuendogli allo stesso tempo poteri e doveri diversi da quelli fino a questo momento considerati.

Preliminarmente è necessario far notare che il ruolo è nella maggior parte dei casi svolto da un soggetto qualificato, con funzioni pubbliche.

Nei paesi dove esiste la figura del notaio latino, come in Italia, tale funzione è attribuita a lui medesimo, mentre negli altri Stati di solito sono le banche a svolgere questo compito.

Del resto, se per il notaio l'obbligo di garantire la legalità, specie quella costituzionale⁷⁰, rientra da sempre nella funzione ricoperta dal pubblico ufficiale, anche per il settore bancario recentemente la letteratura italiana⁷¹ ha ipotizzato un ruolo di presidio di legalità.

Ergo, nella fase attuale, in cui è maggioritaria in dottrina l'idea di un diritto civile nella legalità costituzionale e l'esigenza di una rilettura 'depatrimonializzata' dell'ordinamento⁷², è necessario rivedere il ruolo dell'*escrow holder*, escludendo che lo stesso possa essere portatore solo di interessi riconducibili alle parti.

In particolare, la ricostruzione proposta da Pugliatti⁷³ dell'ufficio di diritto privato potrebbe rappresentare una base di partenza per inquadrare la figura in esame.

Questo non vuol dire che non si debba guardare anche alla disciplina del mandato, secondo il percorso ermeneutico delineato precedentemente (*supra* § 4), specie per la regolamentazione dei diritti soggettivi delle parti contrattuali, ma che non vi può essere una sovrapposizione né in termini concettuali né in termini

⁷⁰ Sia consentito un rinvio ad un nostro contributo: F. DELLA ROCCA, *Il controllo notarile di legalità costituzionale*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, diretta da P. PERLINGIERI e P. FEMIA, 2, 2021, 113 ss. La rilevanza del ruolo del notaio quale figura posta a tutela di interessi generali è stata ribadita, di recente, anche dalla Corte di giustizia UE nella sentenza 9 marzo 2017, C-342/15, Leopoldine Gertraud Piringer, che ha ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione Europea, e segnatamente con la disciplina della libera prestazione dei servizi, perché giustificata da una ragione imperativa di interesse generale e rispettosa del requisito della proporzionalità, la normativa di uno Stato membro che riservi ai notai l'autenticazione delle firme apposte in calce ai documenti necessari per la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari ed escluda, conseguentemente, la possibilità di riconoscere in tale Stato membro una analoga autenticazione effettuata, secondo il suo diritto nazionale, da un avvocato stabilito in un altro Stato membro.

⁷¹ R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, in *Giust. civ.*, 2, 2020, 321 ss.; e ID., *Ufficio di diritto privato, natura del 'potere' dispositivo e fondamento variabile dell'iniziativa negoziale*, in *I maestri del diritto civile*. Salvatore Pugliatti, a cura di A. GORASSINI e R. TOMMASINI, Napoli, 2016, 457 ss.

⁷² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., 55 e 114 ss.; ID., *'Depatrimonializzazione' e diritto civile*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 175 ss.; C. DONISI, *Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 1980, 644 ss.; criticamente A. DE CUPIS, *Sulla 'depatrimonializzazione' del diritto privato*, *ivi*, 1982, 482 ss.

⁷³ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* cit., 23 ss.

di disciplina della figura in esame a quella del procuratore speciale, essendo due figure differenti.

Tanto è vero che nella maggior parte dei casi l'*escrow holder* è svolto dal notaio rogante, il quale non potrebbe svolgere il ruolo di procuratore in una vendita immobiliare.

L'elemento decisivo a sostegno di quanto appena detto è la presenza di doveri insiti nel ruolo che giustificano un potere dell'*escrow holder* assai incisivo e sicuramente maggiore rispetto alle normali ipotesi di rappresentanza.

Doveri individuabili caso per caso, in quanto dipendenti dalla specifica funzione attribuita al contratto di *escrow*, nonché dagli interessi in gioco presenti nella singola fattispecie oggetto di analisi.

In realtà appare possibile ipotizzare una evoluzione, più in linea con i tempi, del pensiero di Pugliatti, che contempla una graduazione dei doveri che il titolare dell'ufficio di diritto privato ha, doveri che dipendono da quali siano gli interessi in gioco presenti e da quali di essi debba prevalere se in contrasto.

Nello specifico, l'*escrow holder* ha una serie di doveri sempre presenti ai quali dover conformare il suo operato.

Il primo è quello di agire in modo funzionale rispetto allo scopo concreto del contratto, anche se questo vorrebbe dire andare contro la volontà di una delle parti.

Se la causa concreta del singolo *escrow* fosse quella di garantire una delle due parti dal verificarsi di un evento, nel ruolo dell'*escrow holder* è insito un poterdovere di raggiungere quel fine – ossia fare di tutto affinché la parte non subisca un danno qualora si dovesse verificare quell'evento – il cui contenuto si concretizza nel singolo caso, senza la possibilità di predeterminarlo.

Tale lettura supera inoltre il test di concordanza con il dato positivo, di cui autorevole dottrina⁷⁴ è fautrice al fine di verificare ogni soluzione ermeneutica proposta.

Infatti, lo stesso testo di legge sul deposito prezzo dal notaio, al comma 66 parla di 'specifici impegni'; ed è da scartare l'idea che la parola impegno possa equivalere al semplice ordine o comando racchiuso nel contratto, e riflettere sul fatto che impegno significa impiego diligente e di buona volontà nel raggiungimento di un obiettivo. E dunque pensare che debba essere inteso come equivalente di funzione.

Se, ad esempio, l'impegno è quello di favorire o garantire un acquisto sicuro di un'unità immobiliare è ovvio che, anche in assenza di una pattuizione in tal senso, il notaio ha il potere di detrarre parte del prezzo depositato per eliminare la pregiudizievole esistente, quando non assorbe o non supera il valore della compravendita.

⁷⁴ D. Russo, *Il patto penale* cit., 160.

Inoltre, lo stesso art. 1708 c.c. al primo comma prevede che il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento, facendo intendere come il legislatore si sia posto il problema, già nella disciplina del mandato, dei poteri impliciti di cui necessitava l'istituto, figuriamoci nel contratto in esame. Non tanto perché molte volte per lo stesso viene richiamata la disciplina del mandato, ma soprattutto poiché l'*escrow account* agisce su interessi in gioco diversi e/o in contrapposizione per cui sarebbe difficile chiedere un reale chiarimento alle parti.

Infine, un'ultima conferma della soluzione proposta arriva sempre dalla disciplina del mandato, in quanto il secondo comma dell'art. 1711 c.c. così recita: «il mandatario può discostarsi dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione».

Il legislatore, quindi, è consapevole che le regole pattizie possono risultare non adeguate ad affrontare circostanze non ipotizzate o non ipotizzabili, e attribuisce poteri impliciti al mandatario con l'unica condizione della presunta ragionevole approvazione da parte del mandante.

Traslando il discorso sulla figura in esame, è possibile sostenere che per le questioni che attengono a interessi delle parti, la ragionevole approvazione richiesta dalla norma possa equivalere in questo caso alla compatibilità con la funzione attribuita dalle parti, dato che molte volte la circostanza non ipotizzata nel contratto di *escrow* crea un conflitto tra i due contraenti, e quindi risulta impossibile una approvazione postuma.

Con questo non si intende sostenere che non sia una buona tecnica redazionale quella di prevedere espressamente nel contratto queste prerogative all'*escrow holder*, essendo tra l'altro delle facoltà nella disponibilità delle parti, ma che pure in assenza di una previsione tali poteri siano insiti nel ruolo⁷⁵.

In secondo luogo, a lui è affidato il compito di effettuare sulla causa concreta del contratto un controllo costante, cioè sia nella fase genetica sia durante l'esecuzione dell'*escrow*.

⁷⁵ La giurisprudenza di legittimità osserva che «[i] principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 cod. civ., rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto» (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. it.*, 2010, 556 ss.). Di diverso avviso è la giurisprudenza estera, *Hanby v. First Nat. Bank* cit.: «a depositary has the absolute duty to carry out the terms of the escrow in the precise manner set out in the instructions to him».

Egli, qualora dovesse accorgersi che il contratto per le circostanze del caso sia privo di causa concreta o sia sorretto da una causa illecita o immeritevole *ex art. 1322 c.c.*, non dovrà stipularlo o dovrà smettere di eseguirlo, restituendo quanto trasferitogli, oppure dovrà agire per eliminare la causa dell'illiceità (ad esempio, restituendo la parte divenuta eccessiva per ristabilire la proporzionalità di una penale o di una garanzia).

Pertanto, l'*escrow holder* deve poter disapplicare la norma pattizia e deve poter andare oltre le indicazioni fornite dalle parti, per conformare sia il suo operato alla funzione concreta che gli è stata assegnata sia il contratto alla legalità costituzionale.

Un ultimo dovere potrebbe avere l'*escrow holder*, nell'eventualità che il caso concreto presenti interessi diversi da quelli delle parti che entrano nella vicenda segregativa.

Infatti, se la segregazione risulta essere nella singola fattispecie immeritevole *ex art. 2645 ter c.c.* rispetto ad un interesse generale, o comunque se l'interesse da preferire è riferibile ad un terzo rispetto alle parti che hanno stipulato il contratto di *escrow*, l'*escrow holder* ha il dovere di agire per soddisfare questi diversi interessi, anche se ciò vorrebbe dire disattendere un ordine delle parti o comunque non perseguire la funzione che esse gli hanno dato.