

Dipartimento
di Giurisprudenza

Cattedra di DIRITTO PRIVATO I

L'ESCROW E GLI ISTITUTI
CIVILISTICI AFFINI

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Mauro Orlandi

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Attilio Zimatore

Candidata
Carolina Dal Fabbro
Matr.136283

L'ESCROW E GLI ISTITUTI CIVILISTICI AFFINI

INTRODUZIONE.....	3
CAPITOLO I.....	5
L'ESCROW	5
1. L' <i>escrow agreement</i> negli ordinamenti di <i>common law</i> : inquadramento storico.....	5
2. La struttura, tipologie e la funzione dell' <i>escrow</i>	9
2.1. Contratto di <i>escrow</i> e clausola di <i>escrow</i>	9
2.2. La funzione dell' <i>escrow</i>	10
2.3. La struttura dell' <i>escrow</i>	11
3. I requisiti essenziali per il perfezionamento dell' <i>escrow agreement</i>	17
4. L' <i>escrow holder</i> : funzione, compiti e responsabilità.....	20
4.1. Accettazione dell'incarico, terzietà e indipendenza.....	20
4.2. Caratteri generali dell' <i>escrow holder</i>	21
5. L'inadempimento dell' <i>escrow agent</i> e la mancata liberazione del depositante.....	24
6. L'indampimento dell'obbligo di concludere il contratto di <i>escrow</i> e l'articolo 2932 del codice civile	29
7. I profili di disciplina del collegamento negoziale.....	33
CAPITOLO II	40
L'ESCROW E LE FIGURE CIVILISTICHE AFFINI	40
1. L' <i>escrow</i> e il deposito	40
2. Il deposito del prezzo presso il notaio e la segregazione patrimoniale.....	45
2.1. La disciplina offerta dall'articolo 1, comma 63 della legge n. 147 del 2013	45
2.2. La segregazione patrimoniale e applicabilità al contratto di <i>escrow</i>	52
2.2.1. La disciplina dello svincolo nel deposito ai sensi della legge n. 147 del 2013.....	58
2.2.2. La disciplina dell'inadempimento nel deposito ai sensi della legge n. 147 del 2013.....	61
3. Il deposito della caparra confirmatoria presso terzi: profili di criticità.....	63
4. L' <i>escrow</i> e il negozio fiduciario	67

5. L'escrow, il mandato e il sequestro convenzionale	71
CAPITOLO III.....	76
L'ESCROW NELLA PRASSI DEGLI AFFARI.....	76
1. La clausola di <i>escrow</i> nella compravendita di partecipazioni sociali	76
2. Il <i>software escrow</i>	83
3. La pratica del <i>countertrade</i> e la costituzione dell' <i>escrow account</i> come forma di garanzia.....	87
4. La giurisprudenza sull' <i>escrow</i>	92
4.1. Il caso <i>Weigel v. Hardesty & Robertson</i>	92
4.2. Il caso <i>Allan v. Martin</i>	95
4.3. La giurisprudenza italiana in materia di <i>escrow</i>	96
5. Modello di clausola di <i>escrow</i>	98
6. Modello di contratto di <i>escrow</i>	102
CONCLUSIONI.....	110
BIBLIOGRAFIA.....	112
GIURISPRUDENZA CITATA.....	122

INTRODUZIONE

La prassi internazionale in materia contrattuale e la sua interazione con il nostro ordinamento, sono temi di grande interesse, tanto più in considerazione del ruolo che essa assume nell'ambito dell'istituto dell'*escrow*, strumento atipico di garanzia, che trova nella prassi contrattuale italiana il significato di "deposito in garanzia" ovvero di "deposito fiduciario in garanzia".

Alla costante introduzione di istituti stranieri nella prassi negoziale nazionale, dunque, non può che conseguire la necessità di un'attenta riflessione sulle ragioni di tale interazione.

Pur trovando, nel caso in esame, l'*escrow* affinità e similitudini con istituti tipici del nostro ordinamento esso costituisce - come avremo modo di dimostrare - uno strumento maggiormente flessibile e dinamico rispetto agli strumenti tipici di garanzia.

Al fine di comprendere la funzione e l'importanza dell'*escrow*, nella presente trattazione verrà presa in considerazione, in primo luogo, la struttura e le funzioni proprie dell'*escrow*.

Come brevemente anticipato, e come si leggerà nelle prossime pagine, la principale funzione dell'*escrow* è quella di garanzia in relazione a un altro contratto, definito "principale" e sul quale si avrà modo di interrogarsi relativamente alla possibile configurazione di un collegamento negoziale.

La riflessione si incentrerà poi sui requisiti essenziali per il perfezionamento del contratto di *escrow*; sulla descrizione della determinante figura dell'*escrow holder* o *escrow agent*, soggetto terzo ed imparziale, il quale ha l'obbligo di custodire il bene depositato in garanzia, con particolare attenzione ai suoi compiti, funzioni e responsabilità.

Controverso risulterà il tema della qualificazione giuridica del contratto di *escrow* e della sua assimilabilità o meno ad alcuni istituti tipici di diritto civile, i quali producono effetti paragonabili a quelli propri di un *escrow agreement*.

In tale ambito, particolare attenzione verrà riservata al tema dell'applicabilità della disciplina sulla segregazione patrimoniale, quale piena realizzazione della funzione di garanzia propria

dell'*escrow*, e, in particolare, sulla disciplina del deposito obbligatorio del prezzo e di altre somme presso il notaio che ha la conseguenza di produrre tale effetto.

Verrà successivamente esaminato nel particolare, l'utilizzo del contratto di *escrow* nell'ambito della compravendita di partecipazioni sociali (di significativa diffusione in Italia), nelle operazioni di *countertrade* nonché la particolare fattispecie del *software escrow* (di significativa diffusione nei paesi di diritto anglosassone).

In conclusione, un cenno meriterà la giurisprudenza in materia di *escrow*, sia straniera che la rara giurisprudenza nazionale.

CAPITOLO I

L'ESCROW

SOMMARIO: 1. L'*escrow agreement* negli ordinamenti di *common law*: inquadramento storico – 2. La struttura, tipologie e la funzione dell'*escrow* – 2.1 Contratto di *escrow* e clausola di *escrow* – 2.2 La funzione dell'*escrow* – 2.3 La struttura dell'*escrow* – 3. I requisiti essenziali per il perfezionamento dell'*escrow agreement* – 4. L'*escrow holder*: funzione, compiti e responsabilità – 4.1 Accettazione dell'incarico, terzietà e indipendenza – 4.2 Caratteri generali dell'*escrow holder* – 5. L'inadempimento dell'*escrow agent* e la mancata liberazione del depositante – 6. L'inadempimento dell'obbligo di concludere il contratto di *escrow* e l'articolo 2932 del codice civile – 7. I profili di disciplina del collegamento negoziale

1. L'*escrow agreement* negli ordinamenti di *common law*: inquadramento storico

Prima di approfondire le caratteristiche e la struttura dell'*escrow* appare opportuno delinearne le sue origini storiche ed etimologiche.

Il termine anglosassone "*escrow*", trova la sua origine etimologica nella parola francese "*escroe*", che letteralmente significa "rotolo di pergamena"¹.

Le origini dell'istituto sono rinvenibili però nel diritto anglosassone, ove il termine *escrow* assume 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

¹ T.M. BYRNE, *Escrow and bankruptcy*, in *The Business lawyers*, vol. 48, nov. 92, 1992-93, p. 761, il quale parla nello specifico di "*scroll or strip of parchment*". Anche "*escrit*" o dal latino *scriptum* in E. JOVITT, *The Dictionary of English law*, Sweet & Maxwell, 1959, voce "*Escrow*". Sul termine anche il caso, *Stonewall v. McGown*, 231 S.W. 850, 851 (Tex. Civ. App. 1921), dove il termine assume l'accezione di obbligazione (*bond*), scritto. Anche *Angelcyk v. Angelcyk*, 80 A.2d 753, 367 Pa. 381, nel quale la corte, nella nota 1 a p. 756, parla espressamente di "... term ... derived from the french word meaning bon or written ..."

constatato l'avveramento di determinate condizioni². Per tale ragione, il bene “tenuto in *escrow*”, assume il significato di bene tenuto in garanzia³.

La Dottrina ha avuto modo di segnalare come tale modello abbia trovato la sua origine applicativa in Italia “*nell’ambito della contrattazione immobiliare, rispetto al titolo del trasferimento, da liberare con il pagamento del prezzo*”⁴.

Tale termine inglese viene dunque utilizzato anche nella prassi contrattuale italiana, trovando il medesimo significato anglosassone, ossia quello di “deposito in garanzia”.

In Italia, nella prassi, l'utilizzo più diffuso del contratto di *escrow* si rinviene nell'ambito della compravendita di partecipazioni sociali⁵.

In generale, è possibile definire l'*escrow* come un modello di operazione che coinvolge tre parti: un primo soggetto (depositante) che deposita una somma di denaro, un documento

² A.M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contratto e impresa*, 2005, pp. 801 ss..

³ P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trust*, 2012, pp. 365 ss..

⁴ A. FUSARO, *La clausola di escrow account*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015 pp. 566 ss., inoltre segnala che “l'esempio più comune, chiamato *delivery as an escrow*, prevede che il venditore di un immobile, dopo aver sottoscritto un atto di trasferimento relativo ad un diritto reale (deed of conveyance) lo consegni al soggetto depositario (escrow agent) con l'obbligo di trasferirlo all'acquirente dopo il pagamento del prezzo. Viceversa, può verificarsi anche la situazione in cui sia il compratore-acquirente che, nelle more del perfezionamento dell'atto di vendita, affidi la somma oggetto dell'atto, o una parte di essa, al suo solicitor, che in tal modo diviene un c.d. stakeholder”.

⁵ V. SANGIOVANNI, *Il deposito in garanzia nelle operazioni di M&A*, in *Diritto Societario*, p. 17 “Al fine di comprendere l'utilizzo che si fa del contratto di *escrow* nel contesto delle acquisizioni, sono necessarie alcune premesse sulle procedure di compravendita di partecipazioni sociali. Il contratto di compravendita di partecipazioni sociali è il contratto con il quale un primo soggetto vende (profilo della “cessione”) e un secondo soggetto acquista (profilo della “acquisizione”) una partecipazione sociale. Il contratto di trasferimento delle partecipazioni va qualificato come contratto di compravendita, essendone soddisfatta la definizione legislativa di contratto con cui si trasferisce la proprietà di una cosa verso il corrispettivo di un prezzo (art. 1470 cod. civ.): il bene oggetto di trasferimento sono le quote o azioni della società, mentre il prezzo è il corrispettivo che viene pagato dall'acquirente”.

(*deed*)⁶, beni mobili⁷ o immobili presso un terzo (definito *escrow agent*, *escrow holder* o depositario), il quale si obbliga a consegnare il bene o la cosa ricevuta o allo stesso depositante ovvero a un altro soggetto diverso dal primo (beneficiario), a seguito del verificarsi di una determinata condizione o all'adempimento di una determinata prestazione⁸.

L'*escrow agent*, dunque, custodisce in garanzia un determinato bene e lo rilascia nei termini e nei modi indicati nelle istruzioni che gli sono state fornite dalle parti.

L'*escrow agreement* è ampiamente diffuso nei paesi di *common law* ove, a differenza del nostro ordinamento giuridico, costituisce figura negoziale tipica.

Tradizionalmente, l'istituto veniva utilizzato per lo più a garanzia di compravendite immobiliari e così è in gran parte rimasto negli Stati Uniti.

In Gran Bretagna, invece, tale strumento risulta essere in disuso nella sua concezione originale, mentre viene prevalentemente utilizzato nel campo dell'informatica e della tecnologia⁹. In

⁶ Come afferma G. PROVAGGI, *Agency escrow*, in AA. VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, convegni di studio di Madonna di Campiglio, Quaderno n. 2, Milano, 1991, pp. 291 ss., nel sistema di *common law* si parla di *deed* nella prassi di consegnare un atto scritto ad un terzo con l'intesa che questi, a sua volta, lo consegni ad una parte, dopo l'adempimento di una certa prestazione o al verificarsi di una determinata condizione. Tale prassi si verifica, ad esempio, in taluni trasferimenti di proprietà (*conveyancing transactions*). Può infatti accadere che il venditore di un immobile, dopo aver sottoscritto l'atto di trasferimento (*deed of conveyance*), lo affidi ad un *solicitor* di sua fiducia affinché questi lo consegni, a propria volta, all'acquirente, ad avvenuto pagamento del prezzo. Altre volte invece, sempre nell'ambito delle compravendite immobiliari, è il compratore che, nelle more del completamento dell'atto di vendita, affida la somma oggetto dell'atto (o una parte di esso) al suo *solicitor*. In questi casi il *solicitor* è considerato come uno *stakeholder*.

⁷ I beni mobili potrebbero essere anche documenti o titoli di credito.

⁸ La giurisprudenza definisce l'*escrow* come: “[...]a deed or other instrument importing an obligation deposited with a third party to be held by that party until the performance of a condition or the happening of a certain event and then delivered to take effect [...]”, *Angelcyk v. Angelcyk*, 80 A.2d 753, 367 Pa. 381; *Young v. Bishop*, 353 P.2d 1017, 88 Ariz. 140, “[...] an escrow is a written instrument which by its terms imports a legal obligation, and which is deposited with a third party, to be kept by depository until performance of prescribed condition or happening of certain event, and then to be delivered over to grantee, promisee or obligee, and it is primarily a conveyancing device designed to carry out terms of binding contract of sale previously entered into by parties”; *King v. First Nat. Bank of Fairbanks*, 647 P.2d 596, “[...] an escrow can be defined as a written instrument, which by its terms import a legal obligation, deposited by the grantor, promisor or obligor with a stranger or third person, to be kept by this person until performance of a condition or happening of a certain event, and then to be delivered over to the grantee, promisee or obligee to take effect”; *Animalfeeds Intern. Inc v. Banco Espirito Santo E Commercial De Lisboa*, 420 N.Y.S. 2d 954, “[...] an escrow agreement while imposing a fiduciary relationship, and assuming some of the characteristics of a trust, is in essence a contractual undertaking to assure carrying out of obligations already contracted for, and thus it need not partake of the formality of particularity of a trust instrument”.

⁹ Z. MENOTTI. *Do you need escrow? L'escrow, la sua versione contrattuale e le sue applicazioni. Dalle origini alla rivoluzione digitale*, Milano, 2019, p. 136.

particolare, risulta essere molto diffuso il *software escrow*¹⁰ il quale svolge la funzione principale di conservare il codice sorgente (*source code*) fornendone accesso diretto al licenziatario in caso di fallimento del proprietario del *software*.

Il diritto statunitense, poi, offre una distinzione relativa alla figura del terzo depositario, per la quale appare necessario distinguere la figura dell'*escrow holder* e la figura dell'*escrow agent*¹¹.

Il primo, come specificato dal *Restatement (second) of Agency*, è il fiduciario di tutte le parti del rapporto sostanziale ricevendo da entrambe un bene o una somma di denaro che sulla base di un accordo lo stesso si impegna a custodire e trasferire reciprocamente all'avverarsi della condizione prevista nello stesso. Ai sensi del paragrafo 14 D del *Restatement (second) of Agency*, infatti, l'*escrow holder* è considerato *agent*¹² di entrambe le parti fino al realizzarsi della condizione prevista. Di conseguenza, quest'ultimo è tenuto a seguire le istruzioni fornitegli da entrambi i contraenti, potendo solo loro - congiuntamente - modificare i poteri attribuiti all'*escrow holder* nonché revocargli l'incarico¹³.

Solo nel momento in cui la condizione si realizza l'*escrow holder* diviene agente di una sola parte, nello specifico della parte che risulterà avere diritto al rilascio del bene dato in garanzia.

¹⁰ Come segnala C. CARASSI, "Escrow agreements" nel diritto inglese ed il contratto di distribuzione di prodotti sofisticati, in *Giur. it.*, 1991, IV, pp. 563 ss., uno dei campi del diritto inglese dove l'*escrow agreement* è sempre più diffuso è quello di *software licence*. L'esigenza pratica a cui questo risponde si rinviene nel fatto che "il Distributor è in grado di far funzionare in modo perfetto il programma per il computer tramite il cosiddetto linguaggio oggetto (object code). Tuttavia, nel caso si renda necessario correggere un errore del programma o fare una qualsiasi modifica, ciò non può avvenire se non si è in grado di accedere al programma sorgente (c.d. source code), ai programmi assembler o compilatori e, spesso, ai documenti di lavoro dei programmatori che hanno scritto il programma".

¹¹ P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trust*, 2012, pp. 365 ss.

¹² Il termine ha un'ampia accezione, esso indica oltre al rappresentante nella rappresentanza commerciale, una persona munita di poteri o investita di funzioni il cui esercizio si riverbera sulla sfera giuridica altrui. Può corrispondere al rappresentante, al procuratore, all'istitutore, al commissionario, all'agente, al dipendente nel rapporto di lavoro, v. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984, p. 319, voce *Agente*.

¹³ Sul punto G. PROVAGGI, *Agency Escrow*, *op. cit.*, pp. 291 ss., il quale chiarisce che 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. Al riguardo, risulta interessante il caso *Paul v. Kennedy* deciso dalla *Supreme Court of Pennsylvania*, 376 pa. 312, 102, A.2d 158 (1954). In tale contesto, l'acquirente aveva preso degli accordi con l'*agent* del venditore ed in seguito a trattative gli aveva versato l'intero prezzo in *escrow*; tuttavia, in attesa di ricevere il nulla osta governativo finalizzato alla vendita, successe che l'*agent* spari con l'intera somma. La Corte stabilì che l'appropriazione indebita dovesse essere subita solo dal venditore perché ritenne che il terzo era a disposizione solo di quest'ultimo (e non anche del compratore) dato lo stretto grado di collaborazione intercorrente solo tra i due.

Nel caso in cui la condizione non si verifica, invece, l'*escrow holder* resterà agente di entrambe le parti relativamente alla somma di denaro o bene da ciascuno consegnata.

L'*escrow agent*, a differenza dell'*escrow holder*, nonostante intrattenga una relazione fiduciaria con tutte le parti del negozio giuridico, risulta, in verità, assoggettato al controllo di una sola di esse e deve, dunque, seguire le istruzioni impartitegli solo da tale parte.

Pertanto, l'*escrow agent* appare come agente solo di un contraente¹⁴. Quest'ultimo, così come l'*escrow holder*, però, rimane responsabile con riferimento ad entrambe le parti nei casi in cui non abbia adempiuto, con dolo o colpa, ai suoi obblighi o abbia agito in malafede.

2. La struttura, tipologie e la funzione dell'escrow

2.1 Contratto di escrow e clausola di escrow

Chiarita l'origine dell'istituto, ai nostri fini appare utile delineare la distinzione tra il contratto di *escrow* e la clausola di *escrow*¹⁵.

Quando si parla di "contratto di *escrow*" si fa riferimento a un contratto che si presenta come separato e distinto rispetto al contratto che funge da rapporto principale per i depositanti e che il contratto di *escrow* finisce per garantire¹⁶.

Inoltre, il contratto di *escrow* è un contratto - quantomeno - trilaterale, ove vi sono due cc.dd. *principals* (depositario e beneficiario), i quali congiuntamente decidono di depositare (e depositano) una somma di denaro, beni immobili o mobili presso un terzo soggetto (*escrow holder* o *escrow agent* o depositario), il quale, si assume l'obbligo, nello stesso contratto, di

¹⁴ Come rilevato da P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano op. cit.*, p. 366, "nel modello americano, in questi casi il terzo è considerato come un semplice stakeholder, vale a dire un mero depositario che custodisce il denaro e/o i documenti nell'interesse della parte per cui agisce".

¹⁵ In *Weigel v. Hardesty* 549 P.2d 1335, 29.4.1976, la Corte di Appello del Colorado, ha affermato: "[a]n escrow relationship is essentially a three-party contract. Generally it arises in the first instance by agreement between two parties concerning the delivery of an instrument upon the occurrence of a specified future condition. The instrument is thereafter deposited, by separate agreement, with an independent third party with instructions concerning its ultimate delivery. In the absence of such a tripartite contractual arrangement, the special duties of an escrow agent do not attach to a third party in possession of the instrument".

¹⁶ A. FUSARO, *La clausola di escrow account, op. cit.*, pp. 369 ss.

custodire la cosa depositata e consegnarla al beneficiario all'avverarsi di una condizione o all'adempimento di una certa prestazione ovvero, in caso contrario, restituirla al depositante¹⁷.

La clausola di *escrow*, invece, è inserita all'interno del contratto avente ad oggetto il rapporto principale, al quale seguirà la successiva sottoscrizione del contratto di *escrow*. A differenza del contratto di *escrow*, detta clausola non vede come parte necessaria il terzo depositario, il quale, però, assumerà tale qualifica nel (successivo) contratto di *escrow*.

In particolare, con l'inserimento di tale clausola nel contratto principale, i futuri *principals* (depositanti) si obbligano reciprocamente a sottoscrivere in un secondo momento il, vero e proprio, contratto di *escrow*¹⁸.

2.2 La funzione dell'*escrow*

L'*escrow* assolve la funzione di custodia e di garanzia in relazione all'adempimento di una o più obbligazioni contenute nel citato rapporto principale.

La funzione di garanzia è chiaramente rinvenibile nel fatto che, ove si siano realizzate le condizioni previste dal contratto, il terzo depositario possa consegnare il bene ricevuto al soggetto che ne abbia diritto senza che sia necessario il consenso dell'altra parte.

Donde la seconda funzione dell'*escrow*, ossia quella di evitare - o quantomeno ridurre - il rischio di contenzioso tra le parti.

In particolare, con riferimento alle operazioni di acquisizioni aziendali l'*escrow* viene di sovente usato al fine di garantire il compratore dall'eventualità che, entro un determinato periodo di tempo, sopravvengano passività aziendali delle quali non era a conoscenza al momento della stipula del contratto, ovvero al fine di tutelarlo dalla violazione delle cc.dd. *representations and warranties* (i.e. le dichiarazioni e garanzie contenute nei contratti di acquisizioni aziendali) prestate dal venditore all'acquirente.

¹⁷ Sul punto, West's, *Law & Commercial Dictionary in five languages, A-J*, West Publishing Company, Minnesota, 1985, p. 553, che definisce l'*escrow* come: "[a] writing deed, money, stock or other property delivered by the grantor, promisor or obligor into the hands of a third person, to be held by the latter until the happening of a contingency or performance of a condition, and then by him delivered to the grantee, promisee or obligee. A system of document transfer in which a deed, bond, or funds is delivered to a third person to hold until all conditions in a contract are fulfilled; e.g. delivery of deed to escrow agent under installment land sale contract until full payment for land is made".

¹⁸ A. AZARA, *Clausola di Escrow*, in *Clausole Negoziali* di M. CONFORTINI, Milano, 2019, p. 1292.

Con specifico riferimento alla compravendita di partecipazioni sociali, l'*escrow* è di solito utilizzato per garantire che i flussi di denaro tra le parti avvengano senza ostacoli in una ipotetica fase patologica del rapporto¹⁹.

In tale contesto, l'*escrow* assolve la principale funzione di garantire l'acquirente dall'evenienza che le dichiarazioni e garanzie offerte dal venditore non corrispondano al vero o vengano di fatto violate. In tal caso, infatti, il terzo consegnerà la somma ricevuta in deposito a titolo di indennizzo direttamente al compratore.

Tale struttura assicura, dunque, al compratore un pronto e agevole ristoro, superando l'eventuale ostacolo di una successiva carenza di capacità finanziaria del venditore.

L'*escrow* è altresì spesso utilizzato per garantire il venditore con riferimento al pagamento del prezzo residuo da parte dell'acquirente.

Infine, l'*escrow* nella prassi è stato usato a garanzia dell'aggiustamento del prezzo²⁰, ossia nel caso in cui non essendo certo l'ammontare del prezzo dovuto dal compratore al venditore al momento della sottoscrizione del contratto²¹, il primo corrisponde solo una parte del prezzo, rimanendo la restante parte depositata presso un terzo. L'*escrow holder* rilascerà in tutto o in parte la somma al venditore ovvero al compratore, solo a seguito dei necessari accertamenti di carattere finanziario.

2.3 La struttura dell'*escrow*

¹⁹ V. SANGIOVANNI, *Il deposito in garanzia nelle operazioni di M&A*, in *Diritto Societario*, op. cit., p. 105.

²⁰ In tema di aggiustamento prezzo, R. VIGEZI, in *Le rettifiche di purchase price tra il "signing" e il "closing"*, in *Le Società* 5/2001, pp. 565 ss. ove viene previsto che "Il Purchase Price adjustment tutela il compratore dal "saccheggio" del venditore dopo che il prezzo è stato determinato. Sapendo che il prezzo e altre condizioni finanziarie sono già state concordate e che il denaro di solito non è trasferito al venditore, ma piuttosto trattenuto dal compratore fino al closing, alcuni venditori possono non resistere alla tentazione di incassare in modo aggressivo i crediti, smettere di pagare i fornitori, bloccare o rallentare investimenti e gli approvvigionamenti di magazzino, e/o intraprendere altre azioni atte alla generazione artificiosa di cassa a breve. Operando in questo modo il venditore rischia di effettuare un vero e proprio depauperamento sul medio termine del business". Detto semplicemente, tali clausole consentono di allineare (in aumento o in riduzione) il prezzo di acquisto al valore della società acquisita (c.d. *target*) alla data del *closing*.

²¹ Infatti, il contratto può prevedere dei meccanismi che consentono di aggiustare il prezzo successivamente al perfezionarsi delle operazioni. Così al momento del *closing* verrà pagato un certo prezzo ma le parti concordano che tale prezzo potrà essere successivamente modificato. A questo proposito vedi V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Notariato*, 2012, p. 127.

L'*escrow agreement* nel nostro ordinamento è un contratto atipico e innominato, in quanto non disciplinato dal codice civile.

L'atipicità dell'*escrow*, come quella di altri istituti di matrice anglosassone (e non), viene tollerata e accolta dal nostro ordinamento²² in forza del principio dell'autonomia contrattuale stabilito dall'art. 1322 cod. civ., il quale prevede che: “[l]e parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge[...]” e che “[l]e parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”²³.

L'*escrow agreement* è, inoltre, un contratto innominato in quanto nel nostro ordinamento non è presente alcun riferimento a tale istituto, non a caso quando si fa riferimento a tale contratto si usa il termine inglese “*escrow*”²⁴.

Il contratto di *escrow* appare come accessorio rispetto al contratto avente ad oggetto il rapporto principale (che lo stesso garantisce).

L'*escrow agreement*, quindi, è funzionalmente collegato al contratto principale anche se può essere stipulato separatamente e finisce per seguire la vita del contratto principale, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo venga meno, venendo meno altresì il contratto di *escrow*²⁵.

Volgendo lo sguardo alla struttura, come brevemente anticipato nei precedenti paragrafi, l'*escrow agreement* presenta una struttura trilaterale. Difatti normalmente il contratto di *escrow* prevede la presenza necessaria di (almeno) tre parti:

(i) il depositante, il quale consegna al terzo depositario la somma di denaro, il bene mobile o immobile oggetto dell'*escrow agreement* a titolo di garanzia;

²² Z. MENOTTI, *Do you need escrow? L'escrow, la sua versione contrattuale e le sue applicazioni. Dalle origini alla rivoluzione digitale op. cit.*, p. 42.

²³ Così come, nel codice delle obbligazioni, l'art. 19 fissa il principio della libertà contrattuale: “L'oggetto del contratto può essere liberamente stabilito entro i limiti della legge”.

²⁴ V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali, op. cit.*, pp. 150 ss.

²⁵ Nella sentenza resa nel caso *Allan v. Martin*, 547 P.2d 457 (1978), 117 Ariz. 591, la Suprema Corte dell'Arizona ha affermato che: “... when appellees exercised their right to treat the contract as ended, the escrow instructions became unenforceable because there was no longer a binding contract to sell the property which was the subject of the escrow”.

(ii) il beneficiario, il soggetto al quale il terzo depositario procederà a consegnare la somma di denaro, il bene mobile o immobile ricevuto in deposito a seguito dell'avveramento delle condizioni pattuite dalle parti nel contratto di *escrow*;

(iii) il terzo depositario (*escrow holder* o *escrow agent*), il soggetto destinatario del deposito a titolo di garanzia di una somma di denaro, di un bene mobile o immobile da parte del depositante, affinché lo stesso lo custodisca e lo consegni al beneficiario nel caso in cui le condizioni stabilite nell'*escrow agreement* si siano avverate ovvero lo restituisca al depositante in caso di mancato avveramento delle stesse²⁶. Tale soggetto, non essendo parte del rapporto principale non possiede alcun diritto sui beni depositati a titolo di *escrow*.

La struttura dell'*escrow*, dunque, prevede che l'incarico venga affidato all'*escrow holder* congiuntamente da entrambe le parti del rapporto principale e che quest'ultime solo di comune accordo possano modificarne i poteri, le istruzioni impartitegli e revocargli l'incarico.

Difatti, entrambe le parti sono portatrici di un interesse giuridicamente rilevante e, dunque, entrambe sono competenti ad assegnare in maniera congiunta l'incarico al terzo depositario²⁷.

Il conferimento congiunto dell'incarico, inoltre, ha anche la funzione di garantire l'imparzialità e l'indipendenza del terzo. Quest'ultimo, infatti, sarà responsabile del proprio operato nei riguardi di entrambi i *principals* e solo questi ultimi - congiuntamente - potranno apportare modifiche alle istruzioni originariamente impartite²⁸.

²⁶ Di regola, il soggetto terzo ed indipendente può essere rappresentato da uno o più professionisti o da banche o - come spesso accade in Svizzera - da società fiduciarie, le quali diventano così affidatarie dei beni nonché esecutrici amministrative dei medesimi. Nello Stato della California è invece restrittivamente stabilito dal California Commissioner of Corporations che: "*all escrow companies must be corporations and, as such, must be licensed by the California Commissioner of Corporations. Individuals such as bank and attorneys are permitted to act as escrow agent without licensure*".

²⁷ Tale interesse "bilaterale" si riscontra anche nel caso in cui l'*escrow agent* sia agente di una sola delle parti. Si pensi a titolo esemplificativo alla vendita di un immobile, il quale si sospetti gravato da vincoli pregiudizievoli o da pesi. Il venditore potrebbe decidere di depositare presso un terzo una somma di denaro riservandosi di ritirarla solo quando sia accertata la libertà del bene. Anche in questo caso entrambe le parti del contratto di compravendita potrebbero vantare diritti sul denaro conferito in *escrow*. Ove si riscontrino l'esistenza di vincoli o pesi, l'acquirente avrebbe la facoltà di chiedere l'adozione di provvedimenti cautelari che interessino le somme depositate. Ove si accerti l'assenza di vincoli o pesi, il venditore vedrebbe il diritto alla restituzione del denaro. Sul punto, cfr. A. AZARA, *Clausola di Escrow*, op. cit., pps. 895 ss.

²⁸ Il principio secondo cui i poteri dell'*escrow holder* devono essere regolati da entrambe le parti ha trovato applicazione nel noto caso *Paul v. Kennedy* deciso dalla *Supreme Court of Pennsylvania* 376 pa. 312, 102 A.2d 158 (1954). L'acquirente dell'immobile, dopo aver avviato trattative con un *agent* del venditore, gli aveva versato l'intero prezzo d'acquisto in *escrow*, in attesa di ricevere un nulla-osta governativo. Dopo che l'*agent* sparì con il denaro, si pose il problema di individuare su quale delle due parti dovesse ricadere il danno. La Corte reputò che

Di regola, dunque, le parti convengono insieme le istruzioni da impartire al terzo e le condizioni al verificarsi delle quali l'*escrow holder* provvederà a consegnare il bene in garanzia ad una o all'altra parte²⁹.

Risulta, altresì, indispensabile che il depositario accetti il deposito del bene e che si impegni a custodirlo e consegnarlo a colui che risulterà averne diritto conformemente a quanto previsto nell'accordo tra le parti.

Giova inoltre rilevare che la struttura trilaterale dell'*escrow agreement* è altresì volta a creare un vincolo in capo al terzo, il quale senza uno specifico accordo in cui egli è parte, non risulterebbe gravato dai citati obblighi fiduciari; non essendo pertanto sufficiente l'accordo intercorrente tra il solo depositante e il depositario.

Sul punto, giova segnalare anche una interessante sentenza della Corte Suprema dello Stato dell'Alaska nel caso *King v. First National Bank*³⁰. Tale decisione ha avuto ad oggetto la

l'*agent* era stato incaricato solo dal venditore, sicché, rifiutata la qualifica dell'accordo come *escrow agreement*, condannò l'alienante.

²⁹ È interessante sapere come, secondo l'esperienza statunitense, nei confronti della terza parte imparziale possano derivare obblighi fiduciari assimilati a quelli dell'*escrow agent* anche in mancanza di un formale contratto di deposito in garanzia, ove il contratto sottostante preveda un deposito di fondi o di beni diversi. A tal proposito, v. *Watkins v. Williamson*, 896 S.W.2D 383 (Tex. App. – Dallas 1993): “in his second point of error, Watkins argues that the trial court erred in granting attorneys’ fees to appellees on their counterclaim under the declaratory judgment act. At the outset we note that the award of attorneys’ fees lies within the sound discretion of the trial court and will not be disturbed on appeal unless there is an abuse of discretion. Pontic v. Elliot, 775 S.W.2d 395, 401 (Tex.App. Houston, 1989, writ denied). Paragraph 17 of the contract dealing with attorneys’ fees states: Any signatory to this contract, Broke or Escrow Agent who is the prevailing party in any legal proceeding brought under or with relation to this contract or transaction shall be additionally entitled to recover court costs and reasonable attorney fees from the non-prevailing party.

Both Jerry and Diane Williamson are signatories to the contract so they are entitled to attorneys’ fees under the terms of the contract. See *Reilly v. Rangers Management, Inc.*, 727 S.W.2d 527, 529 (Tex. 1987); *C & C Partners v. Sun Exploration & Prod. Co.*, 783 S.W.2d 707, 714 (Tex.App. Dallas 1989, writ denied). *First American* was the escrow agent involved in the contract and is thereby entitled to fees. *Reilly*, 727 S.W.2d at 529; *C & C Partners*, 783 S.W.2d at 714.

Watkins contends that Republic Title should not have received attorneys’ fees. Republic Title filed a counterclaim under the declaratory judgment act requesting the Court to declare that it was not a party to the contract and that it had no liability to Watkins under the contract. Although Republic Title was not involved in the contract in any way, the company was named in the suit, apparently in error. The clear wording of the contract states that an escrow agent who prevails “in any legal proceeding brought under or within relation to this contract” can recover fees. Republic Title was not the actual escrow agent used in the contract, but the company did prevail in a legal proceeding under the terms of the contract.

We construe the intention of the parties by reference to the words used in the contract, *Preston Ridge Fin. Servs. V. Tyler*, 796 S.W.2d 772, 775 (Tex.App. Dallas 1990, writ denied). The contract specifically provides that any broker or escrow agent who prevails in any litigation concerning the contract shall be entitled to reasonable attorneys’ fees. Because Republic was a prevailing escrow agent, it was entitled to fees under the contract. The judgment does not specify under what theory the court awarded the attorneys’ fees. Because we conclude that the award of attorneys’ fees was appropriate under the contract, we do not reach the merits of Watkins’s contentions concerning the declaratory judgment act”.

fattispecie di cessione di un terreno, nella quale i venditori, sulla base di un contratto di acquisto a lungo termine, non avevano ancora completato il pagamento del prezzo. In seguito alla sottoscrizione dei documenti essenziali al trasferimento del terreno procedettero a depositarli presso una banca affinché la stessa li consegnasse agli acquirenti successivamente al pagamento da parte degli ultimi dell'intero prezzo d'acquisto.

Tuttavia, i compratori - dopo aver provveduto al pagamento - vennero a conoscenza che il venditore, senza alcun avviso, aveva ordinato alla banca di versare le somme che la stessa aveva ricevuto quale depositaria, in un conto dei venditori stessi e, quindi, diverso da quello pattuito con gli acquirenti. Inoltre, i compratori vennero altresì a conoscenza del fatto che il contratto di acquisto che i venditori avevano precedentemente stipulato si era risolto per inadempimento di questi ultimi e, dunque, non erano divenuti proprietari del terreno.

La banca si difese negando la sussistenza di alcun accordo tra la stessa e gli acquirenti. Tale difesa venne accolta dalla Corte la quale, rilevata l'inesistenza di un accordo in tal senso e, quindi, della struttura trilaterale necessaria ai fini della costituzione di un *escrow agreement*, non ritenne sussistente alcun *escrow*³¹.

Nonostante tale sentenza appaia discutibile sul piano civilistico, in generale, la struttura dell'*escrow agreement*, anche secondo l'esperienza statunitense, risulta intimamente connessa al suo contenuto.

Dal punto di vista soggettivo, il contratto di *escrow* deve prevedere la designazione del terzo depositario (*escrow holder* o *escrow agent*). Inoltre, deve indicare - da un lato - le parti del rapporto principale e, dall'altro, il soggetto che è legittimato a chiedere la consegna delle somme o del bene che è stato depositato.

³⁰ *King v. First National Bank*, 647 P.2d 596 (1982), riportata da G. PROVAGGI, *Agency escrow*, *op. cit.*, pp. 298-299.

³¹ "... an escrow relationship is essentially a threeparty contract. Generally it arises in the first instance by agreement between two parties concerning the delivery of an instrument upon the occurrence of a specific future condition. The instrument is thereafter deposited, by separate agreement, with an independent third party with instructions concerning its ultimate delivery. In the absence of such a tripartite contractual arrangement, the special duties of an escrow agent do not attach to a third party in possession of the instrument": *King v. First National Bank*, 647 P.2d 596 (1982).

Dal punto di vista oggettivo, invece, devono essere illustrati i beni oggetto del contratto di *escrow*³² e il loro valore³³, deve essere indicata la data e il luogo dell'accordo, il momento in cui l'*escrow* ha inizio e la sua durata³⁴, il rapporto principale sottostante, le istruzioni che il depositario dovrà seguire nonché il compenso del depositario.

In particolare, l'*escrow agreement* dovrà contenere le condizioni all'avverarsi delle quali i beni depositati dovranno essere consegnati rispettivamente al beneficiario o al depositante e le modalità di amministrazione e di custodia delle cose depositate che il depositario dovrà rispettare³⁵.

Infine, nel caso in cui l'*escrow agreement* venga utilizzato al fine di regolare un rapporto giuridico di diritto internazionale sarà necessario precisare la lingua che le parti hanno scelto per le comunicazioni che le stesse avranno con il terzo depositario, la legge individuata al fine di regolamentare le obbligazioni oggetto del contratto e le autorità che saranno competenti a risolvere eventuali controversie che potrebbero sorgere in relazione a tale contratto.

Con particolare riferimento alla clausola di *escrow* con la quale, come già anticipato, entrambe le parti del rapporto principale si obbligano a stipulare il contratto di *escrow*, parte della Dottrina ha avuto modo di rilevare come tale clausola assuma i caratteri di un accordo preliminare

³² Con riguardo alla figura del pegno la giurisprudenza di legittimità reputa “*nullo per (indeterminatezza e) indeterminabilità dell'oggetto il contratto di pegno su titoli (nella specie, costituito in favore di una banca) che si limiti ad indicare, del tutto genericamente, quale oggetto della garanzia reale, “i titoli ed i valori depositati o che verranno depositati sul conto/deposito a garanzia esistente presso la banca creditrice”, così omettendo di indicare non solo gli elementi propri di ciascuno dei “titoli e valori”, ma persino la relativa categoria di appartenenza”* (Cass., 20 marzo 2003, n. 4079, in *Fallimento*, 2004, 1, p. 56, con nota di MASCIONE, *Revocatoria di compravendita di titoli e mancata individuazione del bene*). Alla luce di questo principio, dovrebbe considerarsi nullo anche l'*escrow* che preveda – quale oggetto della garanzia – “*tutti i titoli ed i valori depositati o che verranno depositati sul conto*”.

³³ Nel caso di bene immobile, sarà opportuno che il terzo depositario si faccia rilasciare una perizia effettuata da un organismo indipendente e finalizzata a riconoscere un valore certo al bene oggetto del contratto di *escrow*, onde evitare successive possibili contestazioni.

³⁴ Si ritiene opportuno che ogni contratto di *escrow* debba prevedere un termine non troppo ampio entro il quale si dovranno avverare le condizioni e conseguentemente rilasciare i fondi vincolati, in quanto altrimenti lo strumento in esame potrebbe essere fittiziamente utilizzato per muovere capitali di provenienza illecita eludendo in tal modo la normativa in tema di antiriciclaggio.

³⁵ Sul punto, G. CANTOBELLI, *L'escrow agreement: struttura e profili operativi*, in *Bollettino Camera di Commercio Italo-Orientale*, anno 14, n. 4, p. 8, qualora il bene sia rappresentato da una somma di denaro sarà necessario specificare se questa debba essere depositata in un conto fruttifero, investita in titoli ed eventualmente a chi debbono essere imputati interessi o dividendi.

vincolante per i due *principals* ma non anche nei confronti di colui che assumerà la qualifica di terzo depositario³⁶.

Aderendo a tale orientamento, parrebbero applicabili alla clausola di *escrow* i principi formulati dalla giurisprudenza di legittimità sul contratto preliminare e sul preliminare di preliminare. Di conseguenza, sarà sufficiente che nella clausola di *escrow* figurino l'accordo circa gli elementi essenziali³⁷ del futuro contratto senza risultare di converso necessario la dettagliata e completa indicazione di tutti gli elementi.

3. I requisiti essenziali per il perfezionamento dell'*escrow agreement*

L'*escrow* non risulta essere caratterizzato da particolari vincoli formalistici. Sicuramente, negli ordinamenti di *civil law* prevale la forma scritta.

In generale, per la costituzione dell'*escrow* appare sufficiente che dall'intenzione delle parti emerga la volontà di concludere tale contratto.

Se da una parte, dunque, non esistono dei veri e propri requisiti di forma, di seguito potremmo delineare quelli che sono gli elementi essenziali dell'*escrow agreement*.

Difatti, al fine del perfezionamento dell'*escrow agreement* sono necessari i seguenti elementi³⁸:

- (i) un contratto che prevede l'accordo delle parti circa la consegna di una somma di denaro, bene immobile o mobile in garanzia;
- (ii) un soggetto terzo (depositario o *escrow agent* o *escrow holder*) ed imparziale, il quale ha la custodia del bene depositato a titolo di garanzia;
- (iii) la materiale consegna al terzo depositario della somma di denaro, bene mobile o immobile con l'accordo che, fino alla realizzazione di una certa condizione o al verificarsi di un determinato evento, gli effetti propri della cosa depositata non si produrranno.
- (iv) la seconda consegna (c.d. *second delivery*) che deve essere fatta dal depositario una volta che si sia realizzata la condizione o si sia verificato l'evento.

³⁶ A. AZARA, *Clausola di Escrow*, *op. cit.*, p. 897.

³⁷ Cass., 30 maggio 2003, n. 8810, in *Foro.it*, Rep. 2003, voce *Contratto in genere*, n. 466; Cass., 12 febbraio 2013, n. 2473, in *CED*, 2013.

³⁸ A. M. LUCIANI, *Escrow*, *op. cit.*

Il primo elemento necessario per il perfezionamento dell'*escrow agreement* si rinviene, quindi, nell'accordo tra le parti sul deposito del bene presso un *escrow holder*. In mancanza di tale accordo il contratto non si può considerare perfezionato³⁹. Inoltre, ai fini del perfezionamento dell'*escrow* risulta necessaria la presenza del depositario, soggetto imparziale e terzo. Com'è noto, tale necessarietà viene ripresa anche da diverse sentenze che hanno avuto modo di precisare come la caratteristica particolare dell'*escrow* risieda nella consegna di un atto o di diverso documento ad un soggetto terzo, il quale all'avverarsi di una determinata condizione deve consegnarlo al beneficiario⁴⁰.

Sul punto, è bene considerare che inizialmente era proibito al rappresentante di una delle parti di assumere la qualifica di *escrow holder* e, dunque, di terzo. La ragione di tale previsione risiedeva nella circostanza che nel caso in cui la figura del depositario fosse coincisa con quella del *grantor*, giuridicamente, sarebbe venuta meno la caratteristica della terzietà, non venendosi a verificare alcuna consegna del bene ad un terzo in quanto si sarebbe ritenuto l'atto come detenuto dal *grantor* stesso. Al contrario, nel caso in cui il depositario fosse coinciso con il rappresentante del beneficiario dell'atto, la consegna sarebbe considerata come già avvenuta prima ancora del realizzarsi della condizione. Diformemente alla previsione precedente, oggi si ritiene che sia il rappresentante del promittente (*grantor*) che quello del beneficiario (*grantee*) possano assumere la qualifica di terzo depositario a condizione che agiscano come *individual*⁴¹ e in modo imparziale⁴² e, dunque, come un terzo.

³⁹ *Mortgage Associates, Inc. v. Monna Shores, Inc.*, 177 N.W. 2d 340 (1970), 47 Wis.2d 17147 Wis.2d 171, "... to constitute an escrow, there must be contractual language establishing the funds in escrow"; *Home Ins. Co. of New York v. Wilson*, 275 S.W. 691 (1925), 210 Ky. 237, "... a deposit made by the depositor alone will not be sufficient to constitute a valid escrow; it must be made by the agreement of all the parties to the instrument"; *Security First National Bank of Los Angeles v. Clark*, 48 P.2d 167 (1935), 8 Cal. App.2d 709, "... agreement by grantor and grantee to all terms of instructions, and acceptance by third party of position of depository creates escrow".

⁴⁰ *Boatmen's Nat. Bank of St. Louis v. Dandy*, 804 S.W.2d 783 (Mo. Ct. App. E.D. 1990), "[...] the distinctive feature of an escrow is the delivery of a deed or other instrument to a third person to await the performance of some condition, whereupon the deed or other instrument is delivered to the grantee"; *Johnson v. Weldy*, 54 N.W.2d 829 (1952), 79 N.D. 80, "[...] an escrow of grant can only be created by a delivery to a third person; it cannot be created by a delivery to the grantee".

⁴¹ *American Jurisprudence*, second edition, West Group, 2000, vol. 28, voce *Escrow*, 22. Ad esempio, si potrà perfezionare un *escrow* anche nell'ipotesi in cui, non essendoci l'opposizione dell'avvocato del venditore, l'avvocato del compratore comunichi all'avvocato del venditore, che istruirà il suo cliente affinché esegua il pagamento con un vaglia cambiario che lui stesso (l'avvocato del compratore) deterrà in *escrow*.

⁴² *Progressive Iron Work Realty Corp v. Eastern Mill Co.*, 150 A.2d 760 (1959), 155 Me. 16; *McGriff v. McGriff*, 74 N.E.2d 619 (Ct. App. 2d Dist Darke County 1947), 48 Ohio L. Abs. 218, "[...] there is no rule of law which prevents an attorney of law from becoming depository of an escrow of which his client is the grantor"; *Mangani v. Stadium Bowling Academy*, 40 A2d 289 (N.J. Sup. Ct. 1944), 132 N.J.L. 299, judgment aff'd, 44 A.2D 209 (N.J.

È importante sottolineare che il depositario è tale solo nominativamente finché il bene non gli viene consegnato materialmente; ne consegue che egli non risulta assumere alcun dovere, responsabilità o diritto nei confronti delle parti sino alla consegna materiale del bene⁴³.

L'ultimo requisito necessario per il perfezionamento dell'*escrow* è la consegna del bene da parte dell'*escrow holder* al beneficiario, che avviene solo nel caso in cui le condizioni previste nel contratto si siano realizzate. Tale consegna viene chiamata anche c.d. *second delivery* per contraddistinguerla dalla prima consegna del bene da parte del depositante al terzo depositario (*i.e. first delivery*).

La consegna diviene inefficace nel caso in cui il depositario esegua la c.d. *second delivery* senza che la condizione prevista si sia avverata. In questo caso, nonostante l'avvenuta consegna, il beneficiario non potrà vantare alcun diritto sulla cosa anche nel caso in cui sia in buona fede. Da un punto di vista giuridico, si può arrivare ad affermare che non ricorra neanche una vera e propria consegna, atta a trasferire il diritto⁴⁴.

La consegna è ugualmente considerata inefficace nel caso in cui il depositario abbia consegnato al beneficiario il bene sotto inganno (ad eccezione del caso in cui intervenga la ratifica della consegna effettuata dal depositante)⁴⁵.

Orbene, l'atto o il bene depositato in *escrow* presso l'*escrow holder* produce i suoi effetti e trasferisce i relativi diritti solo dal momento in cui, realizzata una determinata condizione o verificatosi un certo evento, quest'ultimo consegna al beneficiario l'atto o il bene depositato in garanzia.

Ct. Err. & App. 1945), 133 N.J.L. 313, “[...] *an agent or attorney of a debtor or claimant may take in escrow a release by the creditor, to be delivered only on payment of the debt or claim, and to that extent act as agent of the claimant*”.

⁴³ Di tale opinione appare (anche) la sentenza relativa al caso *Muscara v. Lamberti*, 519 N.Y.S.2d 265 (2d Dep’t 1987), 133 A.D.2d 362 ove viene affermato che: “[...] *absent the delivery of the subject of the escrow, no escrow is created and the fiduciary duty of the designated escrow agent does not come into existence*”.

⁴⁴ *Calhoun County v. American emigrant Co.*, 93 U.S. 124, 23 L. Ed. 826 (1876), “[...] *the recording of an instrument held in escrow by a depositary before the performance of the acts required by the escrow agreement as a condition of the delivery of the instrument does not constitute a delivery so as to transfer title*”; *Home-Stake Royalty Corp. v. McClish*, 103 P.2d 72 (1940), 187 Okla. 352, “*where a deed is placed in escrow and is delivered to the grantee by the escrow holder without the performance of the condition for delivery, and without the knowledge of the grantor, the deed is void*”

⁴⁵ *Nickell v. Reser*, 57 P.2d 101 (1936), 143 Kan. 831, “[...] *the grantor of an instrument which the grantee have placed in escrow to be delivered only on specified conditions, but which the escrow holder delivered without all the conditions having been complied with, may ratify such wrongful delivery*”.

4. *L'escrow holder: funzione, compiti e responsabilità*

4.1 *Accettazione dell'incarico, terzietà ed indipendenza*

L'*escrow holder* intrattiene una relazione di carattere fiduciario⁴⁶ sia con il depositante che con il beneficiario, i quali gli conferiscono l'incarico e dettano congiuntamente le istruzioni che egli deve seguire, e solo insieme possono modificarne i poteri e revocargli l'incarico. Pertanto, caratteristica dell'*escrow holder* è anzitutto l'irrevocabilità del suo mandato senza il consenso di entrambe le parti del rapporto principale.

Fondamentale è, altresì, la formale accettazione della custodia del bene da parte del depositario, custodia che deve avvenire nelle modalità specificate dalle parti nell'accordo formato dalle stesse.

La mancanza dell'accettazione comporta il venir meno della struttura trilaterale, la quale è - come già indicato - caratteristica essenziale dell'*escrow*.

Sul punto, la sentenza della Corte di Arkansas ha avuto modo di affermare l'impossibilità di reputare responsabile un soggetto quale *escrow holder* in mancanza di sua (esplicita od implicita) accettazione sia dell'incarico che delle istruzioni date dalle parti⁴⁷.

Il depositario è soggetto terzo ed imparziale rispetto alle parti del rapporto principale in quanto quest'ultimo rimane estraneo al contratto per garantire l'esecuzione del quale è stato concluso l'*escrow agreement*⁴⁸. Conseguenza della terzietà del depositario è, dunque, rinvenibile nella circostanza che quest'ultimo non possa vantare alcun diritto sul bene depositato.

⁴⁶ Infatti, come rileva D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, fourteenth edition, London, Butterworths, 1987, p. 14 "Trust and fiduciary relationship", per il diritto inglese si instaura una relazione fiduciaria quando un soggetto riceve un potere di qualsiasi tipo alla condizione che contemporaneamente riceva anche il dovere di utilizzarlo nell'interesse di un altro soggetto, e che lo utilizzi effettivamente.

⁴⁷ Sul punto, *Lasley v. Bank of Northeast Arkansas*, 627 S.W. 2d 261 (1982), 4 Ark. App. 42, nella quale è stato ritenuto che "[...] one cannot be held liable as escrow agent or trustee unless he has expressly, or by necessary implication, agreed to act as such and is aware of the terms under which the deposit is made and the conditions upon which it may be released".

⁴⁸ Significativa al riguardo è la sentenza *Weigel v. Hardesty*, 549 P.2d 1335, 29.4.1976, Colorado App., meglio descritta al successivo capitolo III.

Giova segnalare come - di sovente - in Italia, il ruolo di *escrow holder* venga ricoperto dal notaio. Anche in tal caso si rinviene la tipica struttura trilaterale in cui è presente il pubblico ufficiale terzo ed imparziale rispetto alle parti del rapporto principale.

Negli Stati Uniti, solo i soggetti in possesso dei requisiti prescritti, assoggettati a taluni controlli e alle iscrizioni presso le *regulatory agencies*⁴⁹, possono svolgere il ruolo di *escrow holder*.

4.2 Caratteri generali dell'*escrow holder*

Come più volte rilevato, l'*escrow holder* ha come compito principale quello di custodire e amministrare il bene presso lo stesso depositato a titolo di garanzia dalle parti del rapporto principale finché - all'avveramento di una determinata condizione o al verificarsi di un evento prestabilito - non dovrà consegnarlo a colui che risulterà averne diritto.

L'*escrow holder* è altresì vincolato all'osservanza delle istruzioni impartitegli dalle parti del rapporto principale specificate nel contratto di *escrow* e al rispetto degli obblighi che ha assunto volontariamente⁵⁰.

Con riferimento alle istruzioni impartitegli bisogna specificare che i documenti da cui dedurre le indicazioni del comportamento che il depositario deve tenere sono sia il testo dell'incarico sia i testi inerenti ai rapporti tra le parti⁵¹.

Da ciò deriva il criterio di condotta in base al quale ove dall'esame complessivo dei documenti l'*escrow holder* riscontri delle ambiguità nelle istruzioni impartitegli deve chiedere chiarimenti alle parti e finché non li riceve non deve e non può procedere e/o agire⁵².

⁴⁹ Ad esempio, nello Stato di Washington, se l'*escrow holder* è un avvocato, il rispettivo organo di controllo è l'associazione degli Avvocati dello Stato di Washington; qualora si tratti di banche o comunque di altri enti prestatori di denaro (*banks and lenders*), le autorità di sorveglianza sono: il *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC); l'*Office of the Comptroller of the Currency* (OCC) o ancora l'*Office of Thrift Supervision* (OTS); se l'attività è svolta da compagnie di *escrow* indipendenti, il registro è tenuto dal *Washington State Department of Financial Institutions*; da ultimo se i servizi di *escrow* sono offerti da *title company*, dette società sottostanno al *Washington State Office of Insurance Commissioner* (WSOIC).

⁵⁰ *Hanby v. First Nat. Bank*, 163 S.W. 415 (Tex. Civ. App. Amarillo 1914), "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".

⁵¹ "[...] In *Shaheen v. American Title Insurance Co.*, the court held that the documents received in escrow—including the agreements between the parties—give the escrow agent implied authority "and thus an instruction" to act in a certain manner": 120 Ariz. 505, 507, 586 P.2d 1317, 1319 (Ct.App.1978).

⁵² Sul punto "the agent should realize the possibility of conflicting interpretations, ordinarily [it] is not authorized to act, since it would be [its] duty to communicate with the principal[s] and obtain more definite instructions",

In tal senso, la Corte californiana ha deciso una vicenda ove il venditore di un immobile aveva convenuto in giudizio l'*escrow holder* affermando che quest'ultimo non aveva osservato talune istruzioni impartitegli che pur non essendo specificate nel testo dell'incarico risultavano dai diversi rapporti tra le parti. In ultima istanza, la Corte dichiarò insufficiente per il depositario riferirsi solo ai documenti consegnategli⁵³, affermando la necessità di prendere ad esame tutti gli elementi che possono fondare la responsabilità del terzo⁵⁴.

Tale corollario deriva dall'ineludibile fatto che il depositario è un fiduciario e, come tale, deve agire con "scrupolosa onestà, perizia e diligenza" (*scrupulous honesty, skill and ordinary diligence*)⁵⁵.

Tra gli obblighi in capo all'*escrow holder* possiamo annoverare:

- (i) il dovere di comunicare alle parti ogni informazione circa i beni depositati e presentare periodicamente alle stesse il conto della gestione;
- (ii) il dovere di custodire il bene conformemente alle modalità previste dalle parti e di consegnarlo, successivamente all'avveramento di una certa condizione o al verificarsi di un determinato evento, alla parte che risulterà averne diritto. Al contrario, qualora la condizione non si realizzi il depositario dovrà restituire il bene al depositante.

I doveri e gli obblighi dell'*escrow holder* si presentano maggiormente articolati e complessi nel caso in cui oggetto di deposito siano delle somme di denaro. Ricorrendo una simile ipotesi,

Gardenhire, 11 Ariz.Ap at 559, 446 P.2d at 778 (citando il *Restatment (Second) of Agency*); *Cruikshank v. Horn*, 386 N.W.2d 134, 137-38 (Iowa App.1986).

⁵³ *Burkons v. Ticor Title Ins. Co. of California*, 813 P.2d 710 Ariz.,1991. *Reconsideration Denied* Aug. 16, 1991: "The Supreme Court, *Feldman, V.C.J.*, held that: (1) fact that neither letter of intention nor escrow agreement contained express commitment to use loan proceeds for construction did not result in unconditional subordination of seller's deed of trust to any loan buyer might place, no matter how loan proceeds were to be used; (2) genuine issue of material fact existed as to whether parties manifested intention that subordination agreement be conditional upon use of loan proceeds for development of property and whether escrow agent breached contractual obligations by giving loan priority without obtaining clarification; (3) genuine issue of material fact existed as to whether escrow agent was aware of all circumstances giving rise to duty to disclose fraud to parties; and (4) allegations failed to state claim for tort damages for bad-faith breach of escrow contract".

⁵⁴ "(...) *Berry*, 124 Ariz. At 352, 604 P.2d at 616, (...) *Berry* requires the escrow agent to disclose information when it "knows that a fraud is being committed: *Berry*, 124 Ariz. at 352, 604 P.2d at 1937. The conclusion that it does not permit the escrow agent to close its eyes in the face of known facts and console itself with the thought that no one has yet confessed fraud. Although not required to investigate, when the agent is aware of facts and circumstances that a reasonable escrow agent would perceive "as evidence of fraud", then there is a duty to disclose".

⁵⁵ *Tucson Title Ins. Co. V. D'Ascoli*, 383 P.2d 119, 94 Ariz. 230, "in its fiduciary capacity escrow agent must conduct affairs with which he is entrusted with scrupulous honesty, skill, and diligence".

infatti, risulta opportuno conferire al terzo depositario anche la gestione di tali beni i quali sono, per definizione, fruttiferi. Pertanto, sarà compito delle parti istruire l'*escrow holder* circa le modalità di gestione di tali somme e anche di decidere a chi spetteranno gli eventuali proventi della gestione (ovvero se saranno utilizzati per accrescere la garanzia, oppure se saranno destinati alla copertura delle spese di gestione del contratto di *escrow* tra cui, ad esempio, il compenso del depositario, o ancora, se dovranno essere restituiti al depositante).

In tema di compenso dell'*escrow holder*, l'*escrow agreement* deve specificarlo espressamente. Le parti possono autorizzare il depositario a detrarre, prima del pagamento, direttamente dall'importo depositato eventuali commissioni che gli sono dovute. Taluni contratti possono, inoltre, prevedere una clausola che consenta al depositario di compensare e/o trattenere i fondi a garanzia del pagamento del suo compenso, dei danni e delle perdite subite⁵⁶.

Infine, occorre domandarsi cosa accade in caso di morte del depositante successivamente alla consegna del bene a titolo di garanzia all'*escrow holder*. Verificatasi tale ipotesi, nel caso in cui il beneficiario esegua la prestazione pattuita gli effetti dell'adempimento, e, quindi, il passaggio del diritto relativo al bene depositato in *escrow*, si considerano come prodotti il giorno in cui il bene è stato consegnato dal depositante all'*escrow holder*⁵⁷. Nel caso in cui,

⁵⁶ Poiché il diritto di ritenzione è stato definito una "*forma di autotutela*", può essere esercitato solo in casi espressamente previsti dalla legge. Ciò perché vige la regola generale secondo cui l'ordinamento giuridico non consente di farsi giustizia da sé. Devono, pertanto, esistere ragioni particolari che legittimano l'interessato a derogare al suddetto principio. Di conseguenza, le norme che contemplano il diritto di ritenzione non si possono applicare per analogia. Sul punto, v. R. MAZZON, *Usucapione di beni mobili e immobili*, Maggioli editori, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013, p. 274: "*Il diritto di ritenzione (ossia la facoltà di rifiutare la consegna della cosa a favore di chi spetti) è consentito dall'art. 1152 del codice civile al possessore di buona fede (ad esempio, è da escludersi la buona fede nel possessore di beni ereditari che abbia ritenuto per errore di essere erede, nel caso in cui l'errore dipende da colpa grave; colui che per errore dipendente da colpa grave, abbia ritenuto di essere erede e che a tal titolo abbia acquistato il possesso dei beni ereditari, può solo chiedere il rimborso delle spese per le riparazioni straordinarie e per i miglioramenti recati alle cose ereditarie "senza però alcun diritto di ritenzione fino al loro effettivo soddisfacimento" Trib. Roma, 29 ottobre 1985, GM 1986, 276*". Cfr. anche J. H. DALHUISEN, *Dalhuisen on transnational comparative, commercial, financial and trade law, Volume 2, Contract and movable property, sixth edition*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2016, p. 439 e ss. "*Rather, the contractual retention right may under applicable law then equate to a possessory charge subject to the rules concerning the creation of such security interests. That is at least the position in US. A retention right of this nature always assumes that the owner or holder (or bailee) ceded the asset voluntarily with him, as in the case of a sale without transfer of physical possession. Even when statutory or contractual retention rights are operative, parties may of course still be able to rely on other remedies [...]* In common law, there is the possibility of a more general retention right, that is a retention right in a whole class of assets (for which in English the term "lien" is usually reserved, unlike in the US where this term primarily cover security interests, whether consensual, statutory or judicial). It considerably loosens the requirement of connexity. However, these general retention rights operate only for certain providers of services, particularly for bankers and brokers".

⁵⁷ *Dettmer v. Behrens*, 76 N.W. 853 (1898), 106 Iowa 585, "*when a will and deed are placed in the same envelope and deposited with a third party, and the will provides that the deed shall be held by the executor until the grantee pays over to the executor a certain sum of money, the deed and the title of the grantee, upon the death of the grantor and the payment of the specified sum, relate back to the first delivery of instruments*".

invece, il beneficiario muoia in seguito all'avveramento della condizione gli effetti dell'adempimento retroagiscono al momento in cui è avvenuta la consegna del bene da parte del depositante al depositario.

Orbene, il diritto inerente al bene oggetto di *escrow* verrà trasferito in capo agli eredi del defunto e la seconda consegna avverrà direttamente nei loro confronti⁵⁸.

Nel caso invece in cui prima del verificarsi della condizione prestabilita si verifichi la morte del depositario, tale evento, di per sé, non rende invalido il contratto di *escrow*, in quanto le parti possono sostituire il depositario defunto con un altro soggetto⁵⁹.

5. *L'inadempimento dell'escrow agent e la mancata liberazione del depositante*

In tale paragrafo viene analizzata la disciplina dell'inadempimento dell'*escrow agent*, ravvisabile nei casi in cui lo stesso abbia agito senza osservare gli obblighi e le istruzioni impartitegli⁶⁰.

Il depositario che viola le istruzioni prescritte dalle parti del contratto principale resta comunque responsabile della violazione eseguita anche nel caso in cui il contratto di *escrow* sia nullo⁶¹.

Come già affermato, difatti, il compito principale dell'*escrow holder* è certamente la custodia e l'amministrazione del bene depositato presso di lui a titolo di garanzia, conformemente alle regole stabilite dalle parti nell'*escrow agreement* in attesa che avvenga la consegna della cosa, una volta verificatasi la condizione o l'evento prestabilito, al soggetto legittimato.

⁵⁸ *In re Bell's will*, 54 A.2d 79 (1947), 161 Pa. Super. 3, "when the maker of a note payable one day after the maker's death, the supervening death of the payee does not void the instrument, because the delivery relates back to the date of the delivery in escrow; hence the heirs of the payee are entitled to the instrument".

⁵⁹ *Ryckman v. Cooper*, 289 N.W. 252 (1939), 291 Mich. 556.

⁶⁰ "An escrow agent will be liable for conversion when: 1) there is an escrow agreement; and 2) there is delivery of the property/funds in a manner inconsistent with the terms of the agreement" *Samango v. Pileggi*, 363 Pa. Super 423 (Pa. Super. Ct. 1987). "The intention of the parties is paramount, and the court must adopt an interpretation which under all the circumstances ascribes the most reasonable, probable and natural intentions of the parties, considering the objects to be accomplished": *Village Beer and Beverage Co. v. Vernon D. Cox, Inc.*, 327 Pa. Super. 99 (Pa. Super. Ct. 1984).

⁶¹ Interessante con riguardo alla circostanza dell'inadempimento del depositario per mancanza di diligenza è la sentenza resa relativamente al caso *Chicago Title & Trust Co. v. Walsh*, 340 N.E.2d 106, 34 Ill. App. 3d 458, 18 U.COD.CIV. Rep. Serv. (CBC) 990 (1st Dist. 1974), nella quale un terzo depositario venne ritenuto responsabile dell'accettazione di un assegno, poi rivelatosi invalido, per realizzare un *escrow*, consegnatogli da un soggetto della cui cattiva reputazione era a conoscenza.

Giova però analizzare il rapporto che sussiste tra l'inadempimento del depositario e la liberazione del soggetto depositante.

Tale questione è stata posta al vaglio della Corte di Cassazione⁶². 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 relativo 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.

La Corte decise nel senso di applicare la disposizione prevista dall'art. 1163, comma 2, cod. civ. abr.⁶³ (c.d. *res perit domino*). In particolare, tale norma prevede che la perdita e/o il perimento debba essere sopportata dalla parte che, quando si è verificato l'inadempimento del depositario, aveva la proprietà del bene oggetto di *escrow*.

Appare poi evidente come al fine di determinare la titolarità del bene depositato e, dunque, di determinare a carico di quale soggetto gravi la perdita e/o il perimento del bene, sia necessario distinguere se la condizione si è avverata, con conseguente perdita a carico del beneficiario; ovvero in ipotesi contraria, con perdita a carico dal depositante.

⁶² Cass., 15 gennaio 1937, n. 123

⁶³ La disposizione dell'articolo in esame stabilisce che quando la cosa perisce senza colpa del debitore, chi ne risente la perdita è lui stesso, poichè ancora considerato come proprietario (*res perit domino*), sicché non gli è dato di esigere dall'altra parte la controprestazione convenuta. Infatti, la Corte ha affermato che allo stesso modo in cui gli acquirenti dell'immobile qualora, *medio tempore*, fosse perito non avrebbero potuto pretendere di fare proprio il prezzo depositato presso il notaio da parte del depositante, allo stesso modo costoro, essendo venuto a mancare senza loro colpa quel deposito, non possono conseguire la proprietà della cosa che di quel prezzo rappresentava il corrispettivo, e potrebbe solo essergli consentito di liberarsi della assunta obbligazione, ben potendosi l'appropriazione indebita, consumata dal depositario infedele sul prezzo depositato nelle sue mani, equiparare al perimento totale della cosa dedotta in contratto agli effetti di cui al citato art. 1163 cod. civ..

Seppur in altro ambito territoriale, tale ricostruzione parrebbe condivisa anche da alcune sentenze americane. Nello specifico, nel caso *Lechner v. Halling*⁶⁴ e nel caso *Crum v. City of Los Angeles*⁶⁵.

Tornando al caso italiano, la Corte, muovendo dal presupposto che la proprietà del denaro depositato in *escrow* fino alla realizzazione della condizione prestabilita spettasse al depositante (compratore), equiparò la perdita di tale somma al perimento totale della cosa oggetto del contratto e quindi reputò l'obbligazione "come non contratta".

Tale soluzione - incentrata solamente sul soggetto che risulta essere proprietario del denaro al momento dell'inadempimento dell'*escrow holder* - lascia però perplessi⁶⁶. Invero, occorre prestare attenzione alle vicende modificative e estintive del rapporto obbligatorio.

In particolare, ai fini della disciplina dell'(in)adempimento, occorre verificare se il deposito del prezzo presso il depositario abbia o meno natura solutoria. In caso di risposta affermativa, la perdita derivante dal comportamento illecito dell'*escrow holder* graverebbe sul depositante (venditore), il quale non sarebbe legittimato a chiedere nuovamente il pagamento del prezzo al beneficiario (compratore). Ricorrendo l'ipotesi contraria, invece, il compratore finirebbe per sopportare la perdita causata dall'inadempimento del depositario restando obbligato al pagamento del prezzo a favore del compratore.

⁶⁴ *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".

⁶⁵ *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".

⁶⁶ Tra gli altri, R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro.it*, 1937, I, p. 1476, afferma che, comunque si guardino, le argomentazioni della Corte si rivelano assai fragili, sia per la considerazione che di "perimento" della cosa non si può parlare quando l'oggetto dell'obbligazione è rappresentato da una somma di denaro non altrimenti individuata, sia perché nella specie si trattava non tanto di vedere quale era il soggetto che aveva acquistato oppure conservato il diritto di proprietà sul denaro, quanto di vedere chi era il titolare del diritto alla restituzione della somma e quali erano le conseguenze della mancata realizzazione di tale diritto. La sentenza, invece di orientarsi sul problema della qualificazione del negozio in base al quale la somma di denaro che rappresentava il prezzo della vendita, era stata affidata al terzo, e quindi sull'indagine del contesto obbligatorio di tale negozio per valutare le reazioni sul contenuto del negozio fondamentale, ha fatto leva sul profilo "reale" della situazione posta in essere fra le parti, discutendo chi fosse il proprietario della somma, per desumere quale soggetto dovesse considerarsi leso dall'atto illecito del depositario. Una tale impostazione del problema ad avviso dell'Autore, nonostante lo stesso concordi con la soluzione data dalla Corte, è del tutto erronea.

Taluni Autori⁶⁷ hanno avuto modo di configurare il deposito quale atto di adempimento definitivo tutelando, così, l'acquirente dal rischio di pagare due volte la medesima somma (una volta al notaio e l'altra volta al veditore). In tal senso la consegna della somma di denaro al depositario varrebbe come *solutio*.

Di diverso avviso appaiono altri Autori⁶⁸, i quali negano la natura solutoria del deposito del prezzo nelle mani del depositario.

Infatti, se si considera che il deposito della somma presso l'*escrow holder* sia accompagnato da una *delegatio promittendi* subordinata ad una condizione sospensiva, il deposito della somma non parrebbe avere natura solutoria con la conseguenza che il beneficiario dovrà corrispondere nuovamente il prezzo al depositante. Nello specifico, con tale *delegatio* il debitore (nel caso in esame l'acquirente) ordina ad un terzo soggetto (ossia l'*escrow holder*) di pagare una certa somma, nel caso in cui si verifichi una determinata condizione prestabilita, al creditore (in questo caso il venditore). Ne discende che, ai sensi dell'art. 1268 cod. civ., "*il debitore originario non è liberato dalla sua obbligazione, salvo che il creditore dichiari espressamente di liberarlo*".

La delegazione ha, dunque, come effetto quello di rafforzare la garanzia patrimoniale del creditore restando obbligati solidalmente sia il debitore originario che il terzo depositario. È

⁶⁷ Questa è la tesi tra gli altri di L. VIVANTI, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, pp. 401 ss. e di W. BIGAVI, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, pp. 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 e inadempimento del depositario, op. 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.

⁶⁸ Questa è la tesi sostenuta principalmente da R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario, op. ult. cit.*, il quale afferma che: "*evidentemente non si può negare che l'illecito comportamento del depositario importi anzitutto la lesione del diritto di credito del venditore. Questi perciò ha la possibilità (esclusiva) di agire contro il debitore al fine di conseguire l'oggetto dell'obbligazione in via di esecuzione forzata*". Nel contempo, sottolinea ancora l'Autore, stante la natura non solutoria del deposito resta inalterato l'obbligo del compratore di corrispondere il prezzo che, se adempiuto, comporta l'estinzione di entrambi i diritti del venditore e, automaticamente, il cambiamento del soggetto attivo del rapporto obbligatorio derivante dal deposito, "*non in virtù di una nuova causa di acquisto, ma per il fatto che, estinto l'obbligo primario, il collegamento fra vendita e deposito si è esaurito e il deposito, divenendo una indipendente fattispecie negoziale, riacquista subito la sua efficacia normale*". Si configura, pertanto, la presenza di due obbligazioni aventi ciascuna un oggetto identico all'altra, facenti capo a distinti soggetti ed ancorate a diversi fondamenti negoziali e proprio in questa duplicazione di posizioni debitorie è rinvenuta la valenza di garanzia che il complesso meccanismo negoziale esibisce, essendo ogni diversa lettura della fattispecie, ad opinione dell'Autore, incompatibile con la qualificazione della fattispecie in termini di deposito in funzione di garanzia.

previsto, però, che il delegatario possa agire contro l'originario debitore solo dopo aver chiesto il pagamento del prezzo al terzo delegato. La responsabilità del primo è quindi sussidiaria, ai sensi dell'art. 1268, comma 2, cod. civ..

L'*escrow holder*, quindi, non viene considerato al pari di un *adiectus solutionis causa*, ossia un soggetto terzo legittimato a ricevere la somma di denaro a titolo di pagamento per conto del creditore. Infatti, non si tratta di una indicazione di pagamento fatta dal creditore, la quale avendo una struttura unilaterale non determina un obbligo di prestazione in favore del terzo da parte del debitore⁶⁹.

Una volta eliminata la possibilità di qualificare il depositario quale cooperatore del creditore, si può concludere che il pagamento fatto allo stesso non vale come pagamento effettuato direttamente al primo⁷⁰.

Nella prassi, infatti, il depositario oltre ad essere soggetto legittimato a ricevere a titolo di garanzia la somma di denaro da parte del debitore, viene anche incaricato dalle parti del rapporto principale di pagare a colui che risulterà averne diritto. Inoltre, sotto un diverso profilo, bisogna precisare che il debitore, a differenza dell'*adiectus solutionis causa*, non può corrispondere il prezzo ovvero consegnare il bene a un qualsivoglia terzo ma è tenuto a consegnarlo al depositario che è già stato individuato nella clausola di *escrow* o che verrà individuato successivamente⁷¹.

In conclusione, appare ragionevole rilevare come il deposito della somma di danaro non comporti di per sé l'estinzione del rapporto obbligatorio. Ne discende quale logico corollario

⁶⁹ Reputano che l'indicazione di pagamento abbia una struttura unilaterale M. BASILE, voce *Indicazione di pagamento*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, pp. 129 ss. e C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 303. Diversa la posizione di U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, Milano, 1984, pp. 136 ss., il quale reputa che il comma 1 dell'art. 1188 cod. civ. si riferisca esclusivamente all'indicazione di pagamento contestuale all'atto costitutivo del rapporto. L'Autore ricostruisce l'istituto discorrendo di contratto con prestazione al terzo (ma non di contratto a favore di terzo, poiché l'indicato non acquista la qualifica di creditore). Diversamente, bisognerebbe esprimersi in termini di delegazione di pagamento ex art. 1269 cod.civ., per il caso in cui la designazione del terzo sia anteriore (delegazione allo scoperto) o successiva alla nascita del rapporto obbligatorio (delegazione su debito).

⁷⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile, op. cit.*, p. 300, osserva che, a seguito dell'indicazione fatta dal creditore, il debitore può eseguire il pagamento alla persona indicata con effetto liberatorio.

⁷¹ Resta inteso che l'obbligo di consegnare sorgerà solo qualora le parti abbiano inteso allontanarsi dalla figura del contratto reale di deposito, prevedendo la consegna quale mero atto esecutivo di un contratto reale.

che, affinché il beneficiario sia liberato da eventuali responsabilità, sin dalla data di deposito del bene, la sua liberazione deve essere espressamente prevista dalle parti.

6. *L'inadempimento dell'obbligo di concludere il contratto di escrow e l'articolo 2932 del codice civile*

Le parti del rapporto principale (*i.e.* i futuri depositanti) mediante la stipula della clausola di *escrow*, come precedentemente affermato, assumono reciprocamente l'obbligo di sottoscrivere il contratto di *escrow*.

Ci si è dunque domandati su quali rimedi siano esperibili nel caso in cui una delle parti non adempia all'obbligo di sottoscrivere il contratto di *escrow*.

A tal fine, viene in rilievo - in primo luogo - quanto disposto dalla lettera dell'art. 1186 cod. civ. (rubricato "*decadenza del termine*"), il quale dispone che: "[q]uantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito per fatto proprio, le garanzie che aveva dato o non ha dato le garanzie che aveva promesso".

Come rileva l'articolo in esame, sussiste un collegamento inscindibile tra il beneficio del termine e due generi di garanzie, quella *generica* coincidente con il patrimonio del debitore (art. 2740 cod. civ.) e quella *specificata* rinvenibile nelle garanzie che sono state date o promesse.

Pertanto, dal momento in cui tale collegamento viene meno, la decadenza dal beneficio del termine opera in maniera automatica a condizione che l'insolvenza relativa alle garanzie promesse o alla diminuzione delle stesse sia dovuta ad un comportamento colposo tenuto dal debitore⁷².

Volendo applicare tali principi giuridici, ad esempio, alle operazioni di compravendita di partecipazioni sociali, se l'acquirente rifiuta di dare il suo consenso ai fini della costituzione dell'*escrow* lo stesso si rende inadempiente relativamente al suo obbligo di dare la garanzia promessa. Difatti, la somma di denaro conferita in *escrow* non solo è una garanzia prestata a favore dell'acquirente in quanto lo stesso potrà, ricorrendone le condizioni, conseguire dall'*escrow* la somma alla quale avrà diritto a titolo di indennizzo, ma rappresenta anche una

⁷² In questo senso A. DI MAJO, *Adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 223. Tuttavia, vedi *contra*, G. CIAN, *Pagamento*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 248.

garanzia per il venditore, il quale potrà attingere dal conto la parte restante del prezzo dovutagli dall'acquirente.

Sotto questa luce, il rifiuto dell'acquirente relativamente alla conclusione del contratto di *escrow* rende immediatamente esigibile il credito relativo alla restante parte del prezzo dovuta dallo stesso al venditore. Nonostante ciò, in applicazione dell'obbligo di buona fede, l'acquirente potrebbe ritenere di dover prestare all'acquirente una garanzia idonea e sostitutiva della mancata sottoscrizione dell'*escrow agreement*⁷³.

L'indagine relativa ai rimedi esperibili dalla parte non inadempiente non può prescindere dalla possibilità di esperire il rimedio della esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.

Un primo argomento che consiglia la non applicabilità di tale disciplina al caso in esame è offerto dalla struttura trilaterale dell'*escrow agreement*, che differisce rispetto alla struttura bilaterale della clausola di *escrow*.

Infatti, il rimedio generale previsto dal citato art. 2932 cod. civ.⁷⁴ può essere applicato solo nel caso in cui il soggetto inadempiente sia obbligato a concludere il contratto. Tale previsione, quindi, richiede necessariamente, ai fini della sua applicazione, l'esistenza di un obbligo di contrarre in capo al soggetto che verrà poi travolto dalla sentenza *ex art. 2932 cod. civ.*

Alla luce di tali rilievi e alla luce del fatto che la clausola di *escrow* vincola soltanto le parti del contratto principale (e non il terzo), non risulta plausibile la possibilità per il soggetto non inadempiente di ottenere una sentenza che produca gli stessi effetti che avrebbe prodotto il

⁷³ 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, pp. 556 ss.).

⁷⁴ L'art. 2932 cod. civ. letteralmente prevede al primo comma: “se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso”. Inoltre, il secondo comma recita: “se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile”.

contratto di *escrow* nel caso in cui lo stesso fosse stato concluso. Difatti, si rammenta che parte di tale contratto non concluso sarebbe anche l'*escrow holder*, il quale, però, non avendo assunto l'obbligo di contrarre, a differenza delle altre parti, non potrebbe essere ritenuto titolare di diritti e, soprattutto, di obblighi relativamente alla conclusione del contratto di *escrow*.

Diversamente, se si tentasse di applicare il rimedio generale previsto dall'art. 2932 cod. civ., si arriverebbe ad una conclusione assurda: il terzo indicato dalle parti quale depositario, anche se estraneo al contratto principale contenente la clausola di *escrow*, finirebbe per dover sopportare gli effetti pregiudizievoli della sentenza resa a norma di tale articolo pur non avendo aderito alla clausola di *escrow*.

In definitiva, spazi per l'applicazione della disciplina *ex art. 2932 cod. civ.* potrebbero ricavarsi solo provando a immaginare un'adesione del terzo depositario al programma negoziale manifestato prima dell'azione giudiziaria e, dunque, aderendo alla clausola di *escrow*. Solo in tale caso, infatti, la sentenza sarebbe capace di "produrre gli effetti del contratto non concluso", purché tale contratto si allontani dal *genus* del deposito. Diversamente, la "realità" del contratto potrebbe suscitare vari problemi con riguardo sia alla validità dell'accordo preliminare, sia alla possibilità di ottenere una esecuzione in forma specifica.

A tal proposito, alla luce della affinità della figura dell'*escrow* con quella del deposito si pone una ulteriore criticità: la possibilità o meno di eseguire in forma specifica il contratto preliminare avente come oggetto un contratto reale⁷⁵.

Secondo la dottrina maggioritaria, tali contratti non possono essere eseguiti in forma specifica, poiché ciò appare incompatibile con la stessa natura reale del contratto⁷⁶. Infatti, la sentenza

⁷⁵ Il complesso dibattito sul tema tocca addirittura la stessa ammissibilità del contratto preliminare di contratti reali. A tal riguardo, U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, pp. 284 ss. reputa impossibile configurare un contratto preliminare di contratto reale, giacché il preliminare esigerebbe la consegna della cosa, dovendo avere la stessa forma del definitivo (art. 1351 cod. civ.). Si osserva, inoltre, che qualunque sia la *ratio* della realtà, questa verrebbe costantemente verificata ove si reputasse consentita senza limiti la facoltà di stipulare preliminari di contratto reale (V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, p. 217, sulla scia di F. CARRESI, *Il comodato, il mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1951, pp. 100 ss.). N. VISALLI, *La promessa di mutuo nell'ambito della teoria del contratto reale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 75, rileva che l'unica peculiarità del preliminare di contratto reale è che l'obbligazione del dare, che concorre con quella del *facere* a costituire la fattispecie complessa, renda inidonea la sentenza *ex art. 2932 cod. civ.* a produrre direttamente gli effetti del contratto non concluso, sicché non è possibile l'esecuzione in forma specifica. In questa prospettiva, il preliminare di contratto reale tende a sovrapporsi al contratto consensuale atipico produttivo di effetti corrispondenti a quelli del relativo contratto.

⁷⁶ Come afferma S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, XV, 1, Torino, 1954, pp. 264 ss., già la promessa in questi casi non potrebbe che essere la promessa di un dare, in seguito al quale soltanto sorgerebbe il contratto: quindi si sarebbe in ogni caso fuori dall'art. 2932 cod. civ., perché la sentenza non potrebbe che

resa ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. è idonea a sostituire solamente il mancato consenso e non anche la mancata (materiale) consegna. Pertanto, la sentenza *ex art. 2932 cod. civ.* risulta inidonea a produrre i medesimi effetti che avrebbe prodotto il contratto ove concluso, dal momento che gli stessi si realizzano solo nel momento della (materiale) consegna della cosa, la quale risulta elemento necessario ai fini del perfezionamento del contratto⁷⁷. Di conseguenza, in caso di mancata esecuzione di un contratto preliminare di deposito l'opinione della dottrina maggioritaria è nel senso di escludere il rimedio previsto dall'art. 2932 cod. civ. e di ritenere azionabile il solo rimedio risarcitorio.

Risulta dunque necessario trovare una soluzione che consenta di superare tutti gli ostacoli precedentemente menzionati.

A tal fine, per rendere possibile la sottoscrizione del contratto di *escrow* (con la sua struttura trilaterale) prescindendo dalla *datio rei* e da una seconda manifestazione di volontà in capo alle parti di cui al rapporto principale, potrebbe immaginarsi un procedimento di formazione del consenso differente.

In tal senso, entrambi i *principals* non dovrebbero assumere l'obbligo di sottoscrivere successivamente il contratto di *escrow*, ma da subito vincolarsi al programma previsto nel futuro *escrow agreement* e prevedere che lo stesso si perfezionerà soltanto nel momento in cui il terzo depositario accetti l'incarico e, quindi, fornisca la propria adesione⁷⁸.

Sotto questa luce, risulterebbe impossibile rinvenire un inadempimento dell'obbligo di concludere il contratto di *escrow*. Infatti, le parti del rapporto principale manifesterebbero da subito la loro volontà di concludere l'*escrow agreement*, mantenendola ferma fino al momento in cui il procedimento di formazione del consenso giunga al suo termine, con l'adesione del terzo.

affermare l'obbligo di dare, cioè essere una sentenza di condanna, né potrebbe mai produrre gli effetti del contratto non concluso, perché questo si concluderebbe solo con la sua esecuzione (in forma specifica).

⁷⁷ R. TETI, *Il mutuo*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 12, IV, Torino, 1985, pp. 653 ss.

⁷⁸ Resta inteso che l'immediato vincolo sarebbe concepibile solo configurando la consegna della *res* come una prestazione dovuta in forza del negozio concluso mercé l'adesione dell'*escrow agent*. In altre parole, la consegna del bene o del denaro nelle mani del depositario va configurata quale mero atto esecutivo.

Nell'attesa della conclusione di tale procedimento, anche se la fattispecie contrattuale non si è ancora perfezionata, una eventuale revoca del consenso che è già stato precedentemente prestato verrà considerato quale privo di effetti.

7. I profili di disciplina del collegamento negoziale

In tale paragrafo, verrà trattata la disciplina del collegamento negoziale, con particolare riferimento alla possibile sussistenza di un collegamento negoziale tra il rapporto principale e il contratto di *escrow*.

Al fine di meglio comprendere tale tema, giova brevemente analizzare la disciplina di riferimento.

La figura del collegamento negoziale deve la sua evoluzione alla dottrina⁷⁹ e alla giurisprudenza⁸⁰. Difatti, ancora oggi nel nostro panorama legislativo non si rinviene una definizione compiuta e precisa di tale fattispecie. In definitiva, il collegamento negoziale può essere considerato come strumento "atipico" per raggiungere l'interesse unitario delle parti ed il suo fondamento normativo è rinvenibile nell'art. 1322 cod. civ. che enuncia il principio dell'autonomia privata.

Parte della dottrina ha definito il fenomeno del collegamento negoziale quale "*nesso di interdipendenza tra più negozi rilevante per il diritto*"⁸¹; riprendendo, invece, un orientamento giurisprudenziale consolidato, tale figura è stata descritta come una pluralità coordinata di negozi che conservano una struttura autonoma e distinta ma teleologicamente e funzionalmente

⁷⁹ Nel primo studio organico della materia ad opera di M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275, venivano fissati gli elementi necessari perché vi sia collegamento in senso tecnico. Nello specifico, l'Autore afferma che affinché si abbia collegamento, "*due nuovi elementi debbono (...) aggiungersi alla struttura tipica dei negozi: un elemento obiettivo, che attiene alla funzione che essi esplicano in concreto, e cioè uno stretto nesso economico o teleologico tra di essi; e un elemento subiettivo, che consiste (...) nell'intenzione di coordinare i vari negozi verso uno scopo comune*".

⁸⁰ A questa nozione di collegamento si attiene anche la giurisprudenza, come si evince da, Cass., 17 novembre 1983, n. 6864, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1460; Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 274, secondo cui si ha collegamento funzionale "*quando i distinti e diversi negozi cui le parti danno vita nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, sì che le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia*".

⁸¹ R. SCOGNAMIGLIO, voce "*Collegamento negoziale*" in *Enc. Dir. VII*, Milano, 1960, p. 375; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 2000, p. 481.

interdipendenti tale per cui - sulla base del brocardo “*simul stabunt simul cadent*” - le vicende patologiche riguardanti un contratto si ripercuotono sull’altro⁸².

Orbene, il collegamento dei diversi contratti mira, quindi, alla realizzazione di un risultato economico complesso ed unitario che non pregiudica in nessun caso l’indipendenza degli stessi, i quali conservano la propria autonomia disciplinare e individualità giuridica⁸³.

In primo luogo, occorre descrivere il metodo di accertamento del collegamento negoziale tra contratti, andando a ripercorrere brevemente gli orientamenti di giurisprudenza e dottrina che si sono susseguiti nel tempo.

Parte della giurisprudenza, al fine di ravvisare un collegamento negoziale, ha reputato necessario indagare l’elemento soggettivo ossia la volontà delle parti di voler collegare i diversi contratti tra loro⁸⁴. Tale visione si è rivelata, però, inadeguata rispetto a talune tipologie di contratti, come - ad esempio - i contratti informatici⁸⁵.

Per tale ragione, alcune recenti pronunzie giurisprudenziali, in accordo con un consolidato orientamento dottrinario, reputano, invece, doveroso ridimensionare la centralità dell’elemento

⁸² Cfr. Cass., 19 dicembre 2003, n. 19556 in *Foro it.*, 2004, C. 718; Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, in *Giur. it.*, 2004, c. 738; Cass., 11 giugno 2001, n. 7852, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 1165; Cass., 4 agosto 2000, n. 10264, in *Fall.*, 2001, p. 973; Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, *cit.*, n. 274; Cass., 5 luglio 1991, n. 7415, *ivi*, 1991, voce *cit.*, n. 159; Cass., 18 gennaio 1988, n. 321, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1214; Cass., 15 dicembre 1984, n. 6586, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 91; Cass., 17 novembre 1983, n. 6864, *cit.*; Cass., 18 marzo 1975, n. 1042, *ivi*, 1976, I, 1, c. 1190.

⁸³ Così R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 375, afferma che da tale definizione è possibile ricavare che i due presupposti del collegamento negoziale sono da una parte la pluralità di contratti e, dall’altra, la connessione sussistente tra gli stessi.

⁸⁴ Tra tanti vedi Cass., 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Foro pad.*, 2000, I, p. 334; Cass., 28 giugno 2001 n. 8844, *cit.*, secondo cui il criterio discrezionale tra unità e pluralità dei contratti, lungi dall’essere l’unità o pluralità dei documenti o la contestualità delle contrattazioni, sarebbe quello “*dell’unicità o pluralità degli interessi perseguiti*”; Cass., 17 novembre 1983, n. 6864, in *Giur. it.*, I, 1, c. 1460, con nota di CIRILLO; Cass. 11 marzo 1981, n. 1389, *ivi*, 1982, I, 1, C. 378, con nota di CIRILLO; Cass., 25 luglio 1984, n. 1350, in *Mass. Foro it.*, 1984, secondo cui “*le parti, nell’esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto, dare vita a più negozi distinti ed indipendenti, ovvero a più negozi tra loro collegati, in modo che le vicende che riguardano l’uno influenzino anche l’altro contratto, in quanto le prestazioni che formano oggetto dei due contratti, tendendo ad un assetto complessivo di interessi tra le parti stesse, rendano interdisciplinati i vari contratti, nel senso che la validità, l’efficacia e l’esecuzione dell’uno condizionino la validità, l’efficacia e l’esecuzione dell’altro*”.

⁸⁵ In questi schemi negoziali, infatti, nonostante l’oggettiva interdipendenza tra i contratti separati, spesso il contraente forte predispone formulari in cui sono presenti clausole che escludono espressamente il collegamento.

soggettivo, affermando che l'accertamento del collegamento negoziale consta nella verifica del nesso teleologico tra i diversi contratti e, dunque, nella verifica dell'elemento oggettivo.

Pertanto, se si rinviene un'operazione unitaria, si concluderà nel senso della presenza del collegamento negoziale⁸⁶. In tale maniera, dunque, non sembrerebbe essenziale la presenza di elementi formali come l'unità dei documenti contrattuali, bensì l'elemento causale⁸⁷. Va però segnalato che la preminenza dell'elemento oggettivo non comporta l'esclusione *a priori* di quello soggettivo, poiché la connessione funzionale (elemento oggettivo) essendo espressione dell'autonomia privata è comunque il prodotto della volontà delle parti (elemento soggettivo)⁸⁸.

Alla luce di tale principio, il giudice di merito ha il compito di accertare nelle fattispecie concrete la sussistenza o meno di un'ipotesi di collegamento negoziale⁸⁹.

Con riguardo alle conseguenze giuridiche prodotte dalla figura del collegamento negoziale bisogna anzitutto prendere in considerazione il ruolo che viene ricoperto dall'interprete⁹⁰. Il

⁸⁶ Occorre rilevare che oggi la figura del collegamento negoziale si colloca nell'ottica dell'unitarietà dell'operazione economica e del risultato che si vuole raggiungere. Tale nuova visione sembra anche accolta dalla giurisprudenza. Infatti, se dalla lettura delle pronunzie giurisprudenziali sembra protendere verso posizioni volontaristiche, se si leggono le motivazioni emerge una valutazione oggettiva sull'interdipendenza o meno delle prestazioni presenti nei diversi contratti. In particolare, la giurisprudenza fa riferimento all'unitarietà dell'operazione e al risultato economico perseguito. Da tali considerazioni si evince che la fattispecie del collegamento negoziale deve essere considerata unitariamente. Cass., 25 novembre 1998, n. 11942, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Fallimento*, n. 54, la quale ritiene che quell'unità economica è il lato esterno di un "unico regolamento di interessi"; cfr. anche Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, ove si afferma che il "risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma anche se ciascuno è finalizzato a un unico regolamento dei reciproci interessi".

⁸⁷ In tal senso, Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, ove viene affermato che "il criterio discrezionale tra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali, quali l'unità o pluralità dei documenti contrattuali o della contestualità delle stipulazioni" e Cass., 26 maggio 2004, n. 10142, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, fasc. 5, secondo cui "possono essere stipulati con un unico atto negozi fra loro autonomi e distinti".

⁸⁸ Così R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 377, secondo cui in tale ipotesi la volontà delle parti non può dirsi irrilevante, in quanto "il legame può in linea mediata ricondursi alla autonomia dei privati alla quale compete la scelta in concreto degli strumenti negoziale".

⁸⁹ Da ultimo, Cass., 16 giugno 1997, n. 5387, in *I contratti*, 1998, p. 337. In precedenza, ad esempio, Cass., 2 settembre 1962, n. 2412, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2300; Cass., 30 aprile 1969, n. 2380, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1279; Cass., 24 febbraio 1972, n. 533, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 958; Cass., 12 maggio 1973, n. 1290, in *Mon. Trib.*, p. 694; Cass., 18 gennaio 1998, n. 321.

⁹⁰ Giova anzitutto sottolineare come seppur i canoni ermeneutici disciplinati agli artt. 1326 e ss. cod. civ. non prevedano la figura dei contratti collegati, l'art. 1363 cod. civ. disciplina il criterio dell'interpretazione complessiva. Tale criterio è, però, applicabile solo all'interno del singolo contratto tale per cui la singola clausola all'interno di un contratto può essere interpretata solo avvalendosi delle altre clausole inserite nel medesimo contratto. Tale soluzione risulta insoddisfacente in quanto il contratto non si può considerare come dato isolato dagli altri ad esso collegato. Il problema ha trovato una soluzione adeguata in seguito all'introduzione delle novelle in materia di clausole vessatorie, dove per la prima volta si è fatto riferimento alla necessità di valutare

compito dell'interprete consiste nell'accertare la volontà delle parti come obbiettata nei contratti stipulati, ossia la volontà di porre in essere, attraverso la conclusione di contratti autonomi, un'operazione economica unitaria⁹¹.

Autorevole dottrina ha avuto modo di rilevare che “ogni catena di contratti cosiddetti collegati è, dal punto di vista logico, un unico contratto [...]. E ciò spiega come la nullità, l'annullamento, il recesso e la risoluzione possano colpire solo la catena e non il singolo contratto [...]”⁹².

Da tale considerazione unitaria deriva la necessità di una disciplina unitaria, tale per cui le diverse vicende patologiche quali l'annullabilità, la nullità o l'inefficacia affliggeranno non i singoli contratti ma l'intera operazione⁹³.

Al fine che ci occupa, è necessario specificare che esistono diverse tipologie di collegamento negoziale⁹⁴.

anche le clausole contenute nei contratti collegati. Alcuni Autori, tra i quali A. RAPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998, pp. 224 ss. e G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Cardozo Electronic Law Bulletin*, 14, 1996, in www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract/Lener-1996/93-13aS.htm, allora, ritengono che il principio introdotto dal legislatore abbia una valenza generale e vada, quindi, ad integrare il criterio previsto dall'art. 1363 cod. civ.. Secondo G. LENER il criterio sancito dall'art. 1469 ter cod. civ. rappresenta un “*principio interpretativo globale*”, idoneo ad operare anche al di fuori della circoscritta “provincia” dei contratti col consumatore. Invero, l'Autore giunge a questa conclusione, muovendo dall'idea che sia errato considerare il consumatore quale contraente debole e che, quindi, la disciplina dei contratti col consumatore non stabilisca uno “statuto speciale” insuscettibile di applicazione analogica.

⁹¹ Di conseguenza, ciò che rileva non è il profilo strutturale riguardante il problema della pluralità o meno di contratti ma è l'operazione economica considerata unitariamente per ciò che concerne il profilo funzionale. G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, op. cit., ritiene infatti che “*ciascun contratto collegato rimane autonomo sul piano strutturale, ma perde la propria autonomia sul piano teleologico ed economico perché parte di un disegno negoziale più ampio*”.

⁹² R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile, diretto da Sacco*, Torino, 2004, II, p. 84 e ss..

⁹³ Secondo taluni Autori, dall'abbandono della concezione atomistica nasce la necessità di considerare tutte le questioni in termini unitari, come anche ritiene G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, op. cit., il quale afferma che “*l'insieme dei negozi deve, in via tendenziale, essere disciplinato come se fosse un unico contratto*”.

⁹⁴ Giurisprudenza e dottrina sono concordi nell'escludere la sussistenza di un collegamento negoziale nelle ipotesi di collegamento materiale ovvero meramente occasionale. Si tratta di negozi autonomi dal punto di vista funzionale e strutturale, riuniti solo in via causale. Così G. FERRANDO, *I contratti collegati*, op. cit., pp. 256 ss., la quale sottolinea poi come tali fattispecie non siano destinate a perseguire un'operazione economica unitaria, in quanto il nesso che le accomuna non è di intensità tale da “*modificare le sorti e le vicende dei distinti contratti*”. Inoltre, tale Autore nella sua opera rilegge in chiave storica la nozione di collegamento occasionale (priva di contenuto tecnico), evidenziando come “*nei primi studi comparsi in Italia sui rapporti complessi trovasse consensi la convinzione che il legame tra più prestazioni fosse rilevante solo se capace di avvincerle in un unico contratto. Mentre si riteneva che, in presenza di più contratti, l'eventuale comunanza di scopo economico non determinasse alcuna conseguenza di tipo giuridico*”. Sulla scorta di ciò, certa giurisprudenza, incorrendo in evidenti equivoci, riteneva applicabile alle fattispecie ricostruite in termini di relazione tra contratti distinti la disciplina del contratto

Una prima distinzione è quella tra collegamento genetico e collegamento funzionale: solamente nella seconda ipotesi (*i.e.* collegamento funzionale) si ha un collegamento in senso proprio. Nel collegamento genetico si ha un contratto che influisce sulla formazione di altri diversi contratti⁹⁵.

Secondo la dottrina, il collegamento funzionale è al suo interno distinguibile in collegamento necessario e collegamento volontario⁹⁶. Si ha collegamento necessario quando la connessione tra due o più contratti è dovuta alla loro stessa natura, nel senso che “*un negozio obiettivamente e necessariamente presuppone l’esistenza dell’altro, al fine di spiegare gli effetti suoi propri*”⁹⁷.

complesso. In tal senso, “*il collegamento era privo di effetti e perciò lo si qualificava occasionale*”. Secondo C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279, nell’ipotesi di collegamento occasionale “*manca la tendenza verso un risultato qualsiasi, sia giuridico che economico, da realizzare attraverso il legame tra i negozi, non coordinati in un sistema coerente, ma solo in maniera accidentale*”. E tuttavia, occasionalità non vuol dire “*che la vicenda si verifica una sola volta e perciò è destinata a non avere rilievo, ma piuttosto che la relazione tra i due negozi non ha altra funzione da realizzare se non quella contingente, rappresentata dallo stesso elemento che funge da punto di contatto fra i negozi*”. Per la giurisprudenza, vedi Cass., 27 marzo 2007, n. 7524, in questa Rivista, 2008, 132, con nota di E. BATTELLI; Cass., 8 luglio 2004, n. 12567, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 346; Cass., 11 giugno 2001, n. 7852, secondo cui “*nel caso di negozi collegati, il collegamento deve ritenersi meramente occasionale, quando le singole dichiarazioni, strutturalmente e funzionalmente autonome, siano solo casualmente riunite, mantenendo l’individualità propria di ciascun tipo negoziale in cui esse si inquadrano, sicché la loro unione non influenza la disciplina dei singoli negozi in cui si sostanziano; il collegamento è invece, funzionale quando i diversi e distinti negozi, conservando l’individualità propria di ciascun tipo negoziale, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, per cui le vicende dell’uno debbano ripercuotersi sull’altro, condizionandone la validità ed efficacia*”.

⁹⁵ In tal senso, F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, 1962, p. 48, ma vedi pure G. FERRANDO, *I contratti collegati*, *op. cit.*, p. 256, che rileva come la nozione di collegamento genetico si debba ad autorevole dottrina “*che intendeva ricondurre ad essa il contratto preliminare, il contratto tipo, quello normativo ... Tuttavia, la definizione del collegamento genetico veniva data in negativo, per escludere dall’ambito dei propri interessi un tipo di relazioni tra negozi con caratteristiche del tutto peculiari*”. Particolarmente critico, sul punto, è F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412, secondo cui la categoria del collegamento genetico “*è del tutto priva di contenuto, eccetto che la si voglia ridurre nell’ambito ristretto dei soli casi di contestualità ecc; giacché il fatto che si sia considerato un negozio nel processo formativo di un altro negozio è di per sé irrilevante se non si traduce in un particolare modo di essere del regolamento di interessi compiuto dalle parti. E, se ciò avviene, appare evidente che il collegamento non è genetico, ma funzionale*”. Di conseguenza, secondo tale Autore “*il collegamento opera sempre sul rapporto, non sul negozio*”. G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, pp. 200 ss. prende tale bipartizione ad esempio per rilevare come un impiego generalizzato del termine collegamento privi tale definizione in sostanza di ogni capacità individuata, con il rischio di ridurla a connotazione meramente nominale e, più nello specifico, si chiede quale sia l’utilità di ricondurre le ipotesi di nesso genetico al collegamento negoziale, non derivando dalle stesse alcun effetto peculiare.

⁹⁶ Si deve a M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, *op. cit.*, pp. 275 ss., l’elaborazione – nello studio sulle origini del collegamento funzionale – di tre tipi di collegamento differenti: quello derivante dalla funzione stessa a cui il negozio adempie rispetto all’altro; quello relativo alla circostanza che uno dei due negozi collegati trova la sua causa nell’altro; quello derivante dalla commistione di due elementi, uno obiettivo (attinente alla funzione esplicita in concreto per via del nesso economico o teleologico), l’altro soggettivo (consistente nell’intenzione delle parti di coordinare i vari negozi verso uno scopo comune). G. FERRANDO, *I contratti collegati*, *op. cit.*, pp. 256 ss., rivela come tale tripartizione nell’ambito del collegamento funzionale sia stata poi semplificata addivenendo alla distinzione tra collegamento necessario e volontario.

Si è, invece, in presenza di un'ipotesi di collegamento volontario quando la volontà delle parti è nel senso di creare nessi di interdipendenza tra contratti distinti e autonomi tra loro⁹⁸.

Altra distinzione su cui è necessario prestare maggiormente attenzione è quella tra collegamento bilaterale (o reciproco) e collegamento unilaterale. Si ha un'ipotesi di collegamento bilaterale quando tra i diversi contratti autonomi ma funzionalmente collegati vi è un nesso di reciproca dipendenza, tale per cui le vicende patologiche dell'uno si riflettono sul contratto ad esso collegato. Si rinviene, invece, un'ipotesi di collegamento unilaterale allorché il nesso di dipendenza opera in direzione eterodiretta verso un altro contratto. In altre e più semplici parole, solo un contratto si trova in posizione di dipendenza, tale per cui solamente il contratto dipendente è assoggettato alle vicende patologiche che affliggono l'altro o gli altri contratti collegati. Al contrario, se l'invalidità investe il contratto dipendente, l'altro contratto - definito principale - non viene inficiato risultando immune alle relative vicende patologiche del primo.

Tornando al caso di collegamento c.d. bilaterale o reciproco, la giurisprudenza ha spesso evocato il brocardo *simul stabunt, simul cadent*. L'applicazione automatica di tale regola⁹⁹ è stata criticata da taluni Autori¹⁰⁰ in quanto non sempre ed obbligatoriamente le vicende

⁹⁷ Così G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, op. cit., pp. 238 ss. Bisogna, inoltre, precisare che, nell'ambito della categoria del collegamento necessario, parte della dottrina riconduce tradizionalmente il collegamento che deriva *ope legis* (in tal senso, per tutti, F. MESSINEO, op. cit., p. 48 ss.). Tale posizione è stata sottoposta a vaglio critico da più fronti: da un lato, c'è chi ha rilevato come – in presenza di un collegamento *ope legis*, ove il nesso è voluto, previsto ed espressamente regolato dalla norma – si pone il problema essenzialmente normativo di interpretazione della legge (F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, op. cit., p. 412); dall'altro lato, diversa dottrina sottolinea che, sebbene a fortiori si possa parlare del collegamento *ope legis* quale ipotesi di collegamento necessario, in realtà non v'è chi non veda la totale diversità delle questioni che si pongono, in tal caso, rispetto al collegamento necessario derivante dalla natura dei negozi collegati, tanto più che nelle ipotesi di collegamento normativo può ben dirsi che la volontà delle parti è totalmente irrilevante (G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, op. cit., pp. 201 ss.).

⁹⁸ Si distingue tra collegamento tipico, in cui è la legge a determinare il nesso, e collegamento atipico, in cui il nesso è fissato dall'autonomia delle parti ex art. 1322 cod. civ., con la previsione di una specifica clausola espressa o tacita. Vedi a tal proposito, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, pp. 226 ss.; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giur. it.*, 2002, p. 1618.

⁹⁹ Numerose le sentenze che, direttamente o indirettamente, si rifanno a detto principio. Cass., 11 giugno 2001 n. 7852; Cass., 18 gennaio 1988 n. 321; Cass., 30 maggio 1987, n. 4822, in *Giust. Civ.*, 1987, I, p. 2883; Cass. 17 novembre 1983 n. 6864; Cass. 21 ottobre 1981, n. 5503, in *Mass. Giust. Civ.*, 1981, fasc. 10; Cass., 2 luglio 1981, n. 4291, in *Mass. Giust. Civ.*, fasc. 7; Cass., 15 febbraio 1980, n. 1126, in *Mass. Giust. Civ.*, 1980, fasc. 2; Cass., 25 giugno 1979, n. 3551, in *Rep. Foro it.*, 1979, p. 263; Cass., 7 aprile 1979 n. 1993, *Mass. Giust. Civ.*, 1979, fasc. 4. Bisogna però dare atto di come, talvolta e più di recente, la giurisprudenza abbia preferito descrivere le conseguenze giuridiche del collegamento negoziale, riferendosi a vicende di un contratto che “possono ripercuotersi” sugli altri, non già “debbono”: Cass., 28 giugno 2001 n. 8844; Cass., 25 agosto 1998 n. 8410.

¹⁰⁰ A. RAPAZZO, *I contratti collegati*, op. cit., p. 224, che definisce l'orientamento della giurisprudenza sul punto “oggettivamente riduttiva”. P. PEROTTI, *Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*,

patologiche che ineriscono un negozio vanno ad inficiare anche i contratti collegati. Di conseguenza, bisogna condividere la tesi in base alla quale il principio *simul stabunt, simul cadent* non si debba applicare automaticamente ed in modo generalizzato dovendo valutare gli interessi obiettivamente perseguiti dalle parti e il ruolo e l'importanza che il contratto viziato ricopriva con riguardo al complessivo assetto di interessi¹⁰¹.

Orbene, volendo applicare la disciplina descritta al tema del collegamento tra il rapporto principale e il contratto di *escrow*, può affermarsi che ci si trova dinanzi a una ipotesi di collegamento negoziale necessario ed unilaterale.

Il collegamento necessario è ravvisabile nella funzione di garanzia del contratto di *escrow* rispetto al rapporto principale, che presuppone obiettivamente e necessariamente - per sua stessa natura - l'esistenza del rapporto principale.

Il collegamento tra tali rapporti è poi unilaterale e - dunque - eterodiretto. Come già anticipato, è solo il contratto di *escrow* a dipendere dal contratto principale e non il contrario; pertanto, le vicende patologiche che affliggono il contratto principale andranno ad incidere sull'*escrow agreement*, mentre, in caso contrario, il contratto principale non verrà inficiato.

Va da sé immaginare che, in casi come quello in esame, l'assenza del contratto di *escrow* per il verificarsi di vicende patologiche, renderà opportuno per le parti stabilire un nuovo tipo di garanzia alternativa rispetto al contratto di *escrow* stesso.

In conclusione, giova sottolineare come le parti del rapporto principale e del contratto di *escrow* (il depositario è parte solo dell'*escrow agreement* e non anche del contratto principale) non siano le medesime. Tuttavia, ciò non rileva ai fini dell'accertamento del collegamento negoziale in quanto non è necessario che le parti siano le medesime in tutti i contratti, restando necessario e sufficiente che l'interesse perseguito nei contratti collegati sia unitario.

in *Contratti*, 2001, p. 1131, stigmatizza la mera applicazione del principio *simul stabunt, simul cadent*, ove sia svincolata da una nozione allargata di corrispettività delle prestazioni risultanti dai vari contratti collegati.

¹⁰¹ Invero, a queste conclusioni si è giunti seguendo percorsi differenti, se non antitetici: vi è chi ha invocato l'applicazione analogica/estensiva dell'art. 1419 cod. civ. in tema di nullità parziale, alla luce della quale il contratto collegato verrebbe caducato solo ove risultasse che i contraenti non avrebbero concluso i vari contratti collegati senza il contratto affetto da vizi. Vi è chi, per contro, richiama il principio *utile per inutile vitiatur*, per cui alla invalidità di un negozio farebbe seguito l'inutilità e non già l'invalidità del contratto collegato: G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, pp. 143 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279; nonché, da ultimo, S. NARDI, *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1619.

CAPITOLO II

L'ESCROW E LE FIGURE CIVILISTICHE AFFINI

SOMMARIO: 1. L'*escrow* e il deposito – 2. Il deposito del prezzo presso il notaio e la segregazione patrimoniale – 2.1 La disciplina offerta dall'art. 1, comma 63 della legge n. 147 del 2013 – 2.2 La segregazione patrimoniale e applicabilità al contratto di *escrow* – 2.2.1 La disciplina dello svincolo nel deposito ai sensi della legge n. 147 del 2013 – 2.2.2 La disciplina dell'inadempimento nel deposito ai sensi della legge n. 147 del 2013 – 3. Il deposito della caparra confirmatoria presso terzi: profili di criticità – 4. L'*escrow* e il negozio fiduciario – 5. L'*escrow*, il mandato e il sequestro convenzionale

1. L'escrow e il deposito

Prima di analizzare le analogie e differenze intercorrenti tra la figura dell'*escrow* e quella del deposito, occorre premettere che l'ordinamento giuridico italiano prevede alcuni istituti¹⁰² (compreso il deposito) che producono effetti al medesimo tempo paragonabili e diversi, a quelli propri di un contratto di *escrow*¹⁰³. Tali istituti civilistici affini all'*escrow agreement* sono principalmente: (i) il contratto di deposito nell'interesse di un terzo, (ii) il negozio fiduciario, (iii) il mandato irrevocabile nell'interesse di una o di entrambe le parti del rapporto principale e (iv) il sequestro convenzionale.

¹⁰² Nell'*escrow agreement* può essere riconosciuta al depositario la facoltà di valutare, *prima facie*, l'effettiva esistenza delle circostanze alle quali è connesso l'obbligo di consegna. Tale facoltà può estendersi sino al punto di assegnare al depositario un potere di decisione sulla eventuale controversia relativa al mancato avveramento della condizione. In questa ipotesi, l'*escrow holder* assumerebbe la qualifica di giudice privato, sicché l'*escrow agreement* varrebbe come clausola compromissoria. Donde l'applicazione della disciplina in materia di arbitrato.

¹⁰³ Per una visione d'insieme concernente l'applicazione degli istituti fiduciari già noti al diritto civile italiano e più in generale del *trust* nell'ambito dei sistemi giuridici non di "*common law*" cfr. M. LUPOI, *Trusts: some observations from a civil law perspective*, in Estate, Taxes and Professional Ethics, 2002, pp. 10 ss. e M. LUPOI, *Italy: an independent approach to trusts in a civil law country*, Trusts & Trustees, Vol. 9, n. 6, pp. 8 ss..

Occorre segnalare dal principio di tale trattazione che tali figure “affini”, seppur in astratto parrebbero avere la medesima funzione dell’*escrow agreement*, in verità producono solo parzialmente i benefici propri di tale contratto.

Cominciando l’analisi dalle figure affini all’*escrow*, occorre sottolineare che il deposito¹⁰⁴ risulta avere uno schema contrattuale che parrebbe il più vicino al contratto di *escrow*.

Il contratto di deposito è definito dall’art. 1766 cod. civ. come “*il contratto col quale una parte riceve dall’altra una cosa mobile con l’obbligo di custodirla e di restituirla in natura*”.

Una prima rilevante differenza tra il contratto di deposito e il contratto di *escrow* viene immediatamente in rilievo. Si tratta del soggetto al quale deve essere restituita la cosa oggetto di deposito. Invero, mentre nel contratto di deposito la parte depositaria si fa carico dell’obbligo di restituire la *res* soltanto nei confronti della parte depositante, nell’*escrow* colui che sarà destinatario del bene o della somma di denaro non è a priori definito. Come più volte osservato, infatti, l’incertezza del soggetto destinatario del bene o della somma di denaro trova la sua risposta nel fatto che entrambi i *principals*, a seconda che si avveri o meno la condizione alla quale è sottoposto il contratto di *escrow*, potrebbero avere diritto alla consegna della *res*¹⁰⁵.

Maggiori analogie con il contratto di *escrow* possono ravvisarsi se raffrontiamo l’*escrow* al contratto di deposito nell’interesse del terzo, disciplinato dall’articolo 1773 cod. civ.¹⁰⁶ Tale articolo prevede che “*se la cosa è stata depositata nell’interesse di un terzo e questi ha comunicato al depositante e al depositario la sua adesione, il depositario non può liberarsi restituendo la cosa al depositante senza il consenso del terzo*”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ A. FUSARO, *La clausola di escrow account*, op. cit., pp. 560 ss. 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 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, p. 517.

¹⁰⁵ V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, op. cit., p. 197.

¹⁰⁶ U. MAJELLO, *Il deposito nell’interesse del terzo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1961, p. 31, afferma che spesso il contratto di deposito nell’interesse di un terzo è stipulato tra il compratore, il venditore, il mutuante e il notaio, premesso che, a seguito di atti di compravendita e mutuo ipotecario, il compratore deve pagare al venditore la somma indicata, che il mutuante eroga in favore del compratore la somma specificata e che è necessario vincolare la somma mutuata in attesa dell’iscrizione di ipoteca sull’immobile da parte del notaio, che deve accertarne anche la libertà da ulteriori iscrizioni pregiudizievoli.

¹⁰⁷ T. GALLETTO, *Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell’ordinamento interno*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, 8, pp. 56 ss., rileva che funzioni sostanzialmente analoghe all’*escrow* sono svolte, nel nostro ordinamento, dal deposito a scopo di garanzia (o “fiduciario”) di cui all’art. 1773 cod. civ.

Volendosi limitare al tenore letterale della norma, il terzo sembra avere un vero e proprio potere (unilaterale) di paralizzare con la sua adesione - in maniera teorica - il diritto alla restituzione del bene proprio della parte depositante¹⁰⁸.

Onde però evitare di giungere a simili conclusioni, la dottrina predilige qualificare tale figura quale deposito a favore di terzo subordinato a condizione sospensiva. Sotto questa luce, dunque, si avrebbe “*deposito nell’interesse di un terzo quando il depositante effettua un deposito con l’intento che il depositario consegni la cosa ad un terzo, se si verifica un determinato evento futuro e incerto, o che restituisca la cosa a lui medesimo, se quell’evento non si verifica*”¹⁰⁹. In tal senso l’adesione del terzo non determinerebbe l’acquisto di un potere di veto illimitato ma solo quello di impedire la restituzione della cosa *pendente condicione*, intesa quale tutela della sua aspettativa¹¹⁰.

Indipendentemente dall’inquadramento del “potere” del terzo in questo ambito, il contratto di *escrow* già si distingue dalla fattispecie del deposito nell’interesse del terzo in quanto l’*escrow agreement* presenta una struttura trilaterale.

La figura del depositante viene dunque assunta da due soggetti, i quali finiscono entrambi per collocarsi in tale posizione giuridica. Come già precedentemente esaminato, l’*escrow agreement* è stipulato da entrambe le parti del rapporto principale in quanto ambedue hanno l’interesse a tutelarsi contro eventuali modifiche impartite dall’altro *principal* con riferimento alla destinazione del bene o della somma¹¹¹. Difatti, dal momento che il rapporto fiduciario

¹⁰⁸ A. DALMARTELLO, G.B. PORTALE, *Deposito (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 267.

¹⁰⁹ U. MAJELLO, *Il deposito nell’interesse del terzo*, op. cit., p. 325. Questa linea trova conferma nella Relazione al codice civile, n. 727, ove si legge: “*Si è ricondotto alla disciplina del deposito (art. 1773), anche il caso in cui, per assicurare l’adempimento di un’obbligazione o il recupero di ciò che si intende prestare in adempimento dell’obbligazione medesima qualora questa venga meno, il debitore della prestazione procede al deposito dell’oggetto presso un terzo, e il creditore, ossia l’eventuale destinatario dello stesso, presta adesione alla misura presa dal debitore. L’ipotesi, conosciuta sotto la denominazione di deposito in funzione di garanzia, non presenta gli estremi del sequestro convenzionale, perché il deposito non è determinato da una controversia relativa alla cosa depositata; e la restituzione di questa dipende non già dall’esito di una controversia, ma dalla sorte dell’obbligazione alla quale il deposito è collegato*”.

¹¹⁰ Diversa la posizione di G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, op. cit., pp. 257 ss., il quale distingue tra deposito nell’interesse del terzo e deposito a favore del terzo. Nel primo il contenuto della garanzia si risolve nell’assicurazione offerta al terzo che, fino all’avverarsi della condizione, il deponente non potrà riottenere il bene custodito in deposito. Con il deposito a favore del terzo, invece, viene attribuito al terzo il diritto a ottenere la consegna della cosa, sicché la liberazione del depositante dall’obbligazione assunta si verifica al momento della restituzione della *res* da parte del depositario nelle mani del terzo creditore.

¹¹¹ C. LICIANI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, pp. 1064 ss., prende in esame il deposito eseguito congiuntamente dalle parti antagoniste. In questo caso, secondo l’Autore, i due soggetti

coinvolge entrambi i *principals* viene meno la possibilità di modificare unilateralmente le istruzioni originariamente impartite all'*escrow agent*. Ne discende che il depositario sarà tenuto ad assolvere agli ordini provenienti congiuntamente da entrambe le parti del rapporto principale e solo queste - insieme - detengono il potere di revocargli l'incarico.

Tra le diverse e indubbie affinità tra il contratto di *escrow* e la figura del deposito, una ulteriore differenza tra le due fattispecie si ravvisa nella circostanza che i privati possono concludere l'*escrow agreement* anche in mancanza della consegna della *res*, avendo la dottrina da tempo accertato che sono ammissibili oltre agli schemi reali anche quelli consensuali. Pertanto, invece di ricevere un determinato bene in deposito l'*escrow agent* potrà impegnarsi a ricevere le *res* che il *principal* gli chiederà di custodire¹¹². In tale modo, la consegna risulta essere un atto esecutivo di un contratto che è già stato concluso precedentemente¹¹³.

Infine, occorre sottolineare che la figura del deposito nell'interesse del terzo non fornisce le stesse garanzie di un contratto di *escrow* rientrante nel deposito obbligatorio del prezzo e altre somme presso il notaio ai sensi dell'art. 1, comma 63-67 della legge 27.12.2013 n. 147, in quanto solamente quest'ultimo impedisce che la somma depositata sia aggredita dai creditori tanto dell'*escrow holder* quanto dei *principals*, i quali, quindi, si trovano nella impossibilità di esperire l'azione esecutiva su tali somme. Le somme depositate beneficiano, così, dell'effetto della segregazione patrimoniale¹¹⁴.

In particolare, nel contratto di deposito nell'interesse del terzo la somma di denaro che il depositante trasferisce al depositario si viene a confondere nel patrimonio del depositario stesso

e eseguono il deposito danno incarico congiunto ed irrevocabile, pur negli interessi contrapposti, sicché essi non rappresentano un'unica parte contrattuale.

¹¹² C.M. BIANCA, *Diritto civile, op. cit.*, p. 242. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto, op. cit.*, p. 888, osservano: “[d]ire che il mutuo, il deposito, il comodato sono accordi leciti, e poi aggiungere che tali accordi non producono effetto se non interviene una consegna, equivale a negare ce a questi accordi leciti sia applicabile la regola “*pacta sunt servanda*”, oggi espressa dall’art. 1322, comma 1, [...]”. *Contra*, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pp. 76 ss.

¹¹³ A. SCALISI, *Il contratto di deposito*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, pp. 20-21, reputa ammissibile il contratto consensuale atipico di deposito (a titolo oneroso o a titolo gratuito), osservando che la consegna implica “*il passaggio del regolamento negoziale dalla fase atipica alla fase tipica*”.

¹¹⁴ Come si vedrà al successivo paragrafo 2 del presente capitolo, la segregazione patrimoniale ha l'effetto di impedire ai creditori di esperire azioni esecutive e cautelari sui beni o sulle somme depositate presso il terzo.

con la conseguenza che i suoi creditori finirebbero per soddisfarsi su tale somma, in quanto di sua titolarità agli occhi dei terzi¹¹⁵.

Inoltre, nel caso in cui il depositario si renda inadempiente e, quindi, non consegni la somma di denaro depositata al terzo garantito o non la restituisca, qualora ne ricorrano le condizioni, per il depositante¹¹⁶ i rimedi offerti dall'ordinamento potrebbero risultare non soddisfacenti nel caso in cui la somma di denaro ricevuta non sia più disponibile presso il depositario o nel caso in cui il suo patrimonio non sia sufficiente a consentire la restituzione¹¹⁷.

In questi casi si pone la duplice esigenza di tutelare la somma depositata, da un lato, dall'aggressione dei creditori del depositante e, dall'altro lato, da quelli del depositario. Tale duplice esigenza viene assicurata, come precedentemente affermato, nel caso in cui il contratto di *escrow* rientri nella fattispecie del deposito obbligatorio del prezzo e altre somme presso il notaio in quanto si verifica, così, la separazione dei rispettivi patrimoni¹¹⁸.

Tale tutela consente: (i) al depositante di ricevere l'importo da lui depositato in *escrow* anche nel caso in cui il depositario si renda inadempiente nei confronti dei propri creditori¹¹⁹; e (ii)

¹¹⁵ P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 375.

¹¹⁶ Fattispecie parzialmente diversa la cui fonte normativa è rappresentata dall'art. 1766 cod. civ. è quella del deposito fiduciario di somme e valori presso il notaio, rispetto al quale non sorge a carico del professionista l'obbligo di annotazione del deposito nel relativo registro di cui alla legge n. 64/1934. Sul punto cfr. L. BARASSI, *Depositi fiduciari di somme e titoli*, op. cit., p. 60 e C. FALZONE – A. ALIBRANDI, *Affidamento di somme o valori al notaio*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, I, Roma, 1973, p. 57. Si pensi, ad esempio al deposito di somme di denaro nelle mani di un notaio che dovrà reimpiegarle nel modo previsto nel provvedimento che autorizza la vendita di un immobile di proprietà di un incapace nel caso in cui l'autorità tutoria stabilisca il reimpiego a suo carico.

¹¹⁷ Una maggior sicurezza è data dal ricorso al deposito fiduciario di denaro presso una società fiduciaria statica, prevedendo le norme in materia la separazione del patrimonio della fiduciaria da quello dei singoli fiducianti. Resta tuttavia il fatto che la somma può essere aggredita dai creditori del fiduciante e che la società fiduciaria non potrebbe comunque gestire il denaro trasferitole poiché tale attività è riservata alle fiduciarie di gestione disciplinate dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

¹¹⁸ Come osservano L.F. RISSO e D. MURITANO, *Il trust: Diritto interno e Convenzione de l'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, in *CNN Notizie*, Anno 11, n. 37, la segregazione di beni appartiene all'essenza stessa del trust. Per M. LUPOI, *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust*, in *Rivista Notariato*, 2004, p. 570, la segregazione è un effetto ineliminabile di qualsiasi trust riconosciuto in forza delle norme della Convenzione dell'Aja dell'1 Luglio 1985 (legge 16 Ottobre 1989, n. 364). In questo senso anche M. SACCHI, *Trusts e tecniche di finanziamento dell'impresa: le operazioni di cartolarizzazione in Italia*, Relazione al Congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia", Milano, 17-19 marzo 2002, che precisa che "la funzione cui assolve l'*escrow* o *trust account*, figura di frequente utilizzazione nelle operazioni bancarie della prassi statunitense, sta nel garantire colui che risulti beneficiario delle somme depositate contro non auspicabili atti di disposizione dello stesso depositante, attraverso il loro affidamento nella sua qualità di trustee (o *escrow holder*)".

¹¹⁹ R. GIOVAGNOLI e M. FRATINI, *Garanzie Reali e personali. Percorsi Giurisprudenziali 2010*, Milano 2010, pp. 70 ss. Cfr. sul punto (originariamente pubblicato in Italia come *Trusts*, Milano, 1997), secondo cui "this type of

che le somme di denaro depositate saranno opponibili ai creditori del depositario anche nel caso in cui quest'ultimo fallisca¹²⁰. Le parti, quindi, solo in questo caso risultano completamente tutelate.

2. Il deposito del prezzo presso il notaio e la segregazione patrimoniale

2.1 La disciplina offerta dall'art. 1, comma 63 della legge n. 147 del 2013

Volendo preliminarmente analizzare la fattispecie del deposito obbligatorio del prezzo e altre somme depositate presso il notaio occorre segnalare come l'art. 1, commi 63-67 della legge n. 147 del 27 dicembre del 2013, abbiano introdotto nel nostro sistema una nuova disciplina, di dirimente importanza.

Aspetto fondamentale della nuova disciplina in esame consiste infatti nella previsione dell'obbligo di depositare presso il notaio una somma che consenta di coprire il saldo del prezzo e delle imposte.

Tali somme devono essere depositate in uno specifico conto corrente dedicato intestato al notaio, godendo di uno speciale effetto segregativo rispetto al patrimonio delle parti e a quello del notaio stesso¹²¹.

Tale disciplina, si sostiene sia stata introdotta dal nostro legislatore prendendo spunto da quella dettata dal legislatore francese in tema di deposito obbligatorio del prezzo presso il notaio nell'ambito delle compravendite immobiliari. È proprio la normativa francese che ebbe modo di regolare lo schema del deposito da parte del promissario acquirente del prezzo relativo alla futura vendita nelle mani del notaio, il quale lo custodisce e lo consegna al venditore solo una volta avvenuta la vendita e adempiuta la conseguente formalità pubblicitaria¹²².

trust works to segregate the asset which has been "deposited" from problems which might affect the recipient, but its role is above all to provide a guarantee to a third party who has an interest in the asset so deposited or to whom the asset must, under certain circumstances, be delivered. The settlor, in fact, loses any right to the trust fund, which has left his estate and which is not therefore susceptible to attack by his creditors".

¹²⁰ Sulla utilità dello strumento *escrow* cfr. anche W.H. PIVAR, L. ANDERSON e D.S. OTTO, *California Real Estate Practice*, 7th Edition, 2010: "although escrows are not generally required by law in California, they have become an almost indispensable mechanism in this state to protect the parties involved in exchanges, leases, sales of security, loans, mobile-home sales and primarily real property sales".

¹²¹ V. TAGLIAFERRI, *Il deposito del prezzo e il nuovo segregato presso il notaio*, in *G.U.* s.g. n. 302 del 27 dicembre 2013, s.o. n. 87.

¹²² La normativa francese sul punto è contenuta nel *Décret n°45-0117 du 19 décembre 1945*, in particolare artt. 14 e 15, e nell'*Arrêté du 30 novembre 2000 relatif au dépôt et au retrait des sommes versées par les notaires sur*

Invero, il nostro sistema condivideva con quello francese una criticità relativamente alla sicurezza nella circolazione degli immobili dalla quale discendeva una mancanza di tutela, in termini di certezza dell'acquisto, nei confronti dell'acquirente. Tale criticità, a cui la nuova disciplina ha dato una soluzione, era rinvenibile nel fatto che tra il trasferimento immediato del diritto reale e l'esecuzione delle necessarie formalità pubblicitarie intercorreva necessariamente un significativo lasso di tempo che lasciava, così, l'acquirente esposto ad eventuali abusi da parte del venditore. La nuova disciplina, allora, cercando di ovviare a tale problema conìò una tutela ulteriore in favore dell'acquirente relativamente all'eventualità del sopravvenire di formalità pregiudizievoli in tale arco di tempo.

Inoltre, il nostro sistema presentava una ulteriore criticità relativamente alla stipula di un contratto di mutuo tra l'acquirente e la banca per l'acquisto di un immobile. In particolare, la banca subordinava la stipula del contratto di mutuo alla conclusione del contratto di compravendita, in quanto l'acquisto della proprietà del bene da parte del mutuatario risulta necessaria al fine dell'iscrizione dell'ipoteca su tale bene. In questa ipotesi il soggetto sprovvisto di tutela, a differenza del primo caso esaminato, non è l'acquirente ma il venditore dell'immobile. Difatti, quest'ultimo, dopo aver alienato il bene, correva il rischio di non ricevere il pagamento del prezzo, in quanto l'acquirente avrebbe proceduto al suo pagamento soltanto successivamente alla conclusione della compravendita e al successivo contratto di mutuo.

In seguito all'introduzione della nuova disciplina tale rischio ora può essere neutralizzato prevedendo che la banca depositi il prezzo dell'immobile presso un notaio, il quale, nel caso in cui non si procedesse alla conclusione del contratto di compravendita, risulterà immediatamente obbligato a restituire la somma alla banca. Inoltre, essendo il notaio un professionista che ha

leurs comptes de disponibilités courantes et sur leurs comptes de dépôts obligatoires à la Caisse des dépôts et consignations; quanto alla contrattazione su immobili da costruire, la disciplina si trova negli artt. L261-1 e seguenti del *Code de la construction et de l'habitation (partie législative)*; e negli artt. R261-1 e seguenti del medesimo *Code (partie législative)*. Cfr. sul punto, S. TONDO, *Notariato e pubblicità immobiliare in raccordo con l'esperienza francese*, in *Vita not.*, 2010, p. 1503; C. PISANI, *Versamento di fondi e preliminare di venite. Il ruolo del notaio nel sistema francese*, in *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, Milano, 2008, p. 10; A. DONATI, *L'esperienza legislativa francese sulla vendita immobiliare*, in *Diritto privato 1995, I – Il trasferimento in proprietà*, Padova, 1995, p. 229. Riguardo agli immobili da costruire, vedi G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, I, p. 1 ss.; B. FRANCESCHINI, *La compravendita di immobili da costruire in Francia: ruolo del notaio e spunti per il Notariato italiano*, in *Immobili & proprietà*, 2008, p. 555; D. VELLA, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 621; B. ALDRIN, *Modalità di protezione degli acquirenti d'immobile da costruire. Regole e principi dell'esperienza francese*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano, 15 aprile 2005, pp. 4 ss..

l'obbligo di stipulare una assicurazione professionale, la banca risulta tutelata anche contro il rischio dell'insolvenza del debitore.

La riforma in esame, quindi, ha come effetto quello di accrescere la sicurezza nella circolazione degli immobili nel nostro sistema, integrando il grado di tutela dell'acquirente, già in parte garantito con la previsione di controlli preventivi, con una verifica a posteriori. Infatti, l'acquirente acquisterà il bene solo quando il notaio abbia verificato la sua esistenza e l'assenza di formalità pregiudizievoli¹²³.

Inoltre, è importante sottolineare che tale verifica contribuirà a ridurre non solo le controversie immobiliari ma anche i costi, in quanto il costo della "sicurezza", salvo patti contrari, verrà sopportato dal promissario acquirente.

Avendo inquadrato la collocazione (storica) di tale normativa nel nostro sistema, è bene analizzarne nello specifico le caratteristiche della disciplina.

L'art. 1, comma 63, della legge n. 147/2013, prevede tre diverse fattispecie che si distinguono con riferimento all'oggetto del deposito. In particolare, (i) la lett. *a* prende in considerazione la fattispecie del deposito delle somme dovute al notaio per l'attività da esso svolta; (ii) la lett. *b* contempla l'ipotesi di deposito volontario su base fiduciaria; e, infine, la lett. *c* ha ad oggetto la nuova fattispecie del deposito obbligatorio.

Nello specifico, la prima fattispecie di deposito presa in esame dalla lett. *a* del comma 63, la quale prevede che il deposito che deve essere eseguito sull'apposito conto corrente dedicato e intestato a nome del notaio, abbia ad oggetto "*tutte le somme dovute a titolo di onorari, diritti, accessori*¹²⁴, *rimborsi spese e contributi*¹²⁵, *nonché a titolo di tributi per i quali il notaio sia sostituto o responsabile d'imposta, in relazione agli atti dallo stesso ricevuti o autenticati e soggetti a pubblicità immobiliare, ovvero in relazione ad attività e prestazioni per le quali lo stesso sia delegato dall'autorità giudiziaria*". Si tratta, quindi, di tutte le somme che devono essere pagate al notaio con riguardo all'attività da lui svolta, comprese quelle dallo stesso

¹²³ V. TAGLIAFERRI, *op. cit*

¹²⁴ Nella voce "accessori" deve ritenersi ricompresa, tra l'altro anche l'imposta sul valore aggiunto.

¹²⁵ la voce "contributi" comprende quelli dovuti alla Cassa nazionale del notariato, come pure quelli da versare al Consiglio nazionale del notariato.

anticipate a titolo di tasse e imposte in qualità di responsabile d'imposta¹²⁶ o sostituto di imposta¹²⁷. Ricorrendo tale fattispecie il deposito è previsto come obbligatorio solo con riferimento alle due seguenti tipologie di attività svolte dal notaio: (i) la prima riguarda l'autenticazione ovvero il ricevimento di un atto per il quale è prescritta la pubblicità immobiliare (annotazione, trascrizione o iscrizione); (ii) la seconda, invece, si riferisce al caso in cui il notaio svolga la sua attività in qualità di delegato dall'autorità giudiziaria. Sono, invece, escluse dal deposito le somme che sono dovute al notaio (per anticipazioni, accessori e onorari) con riferimento agli atti per i quali è prevista pubblicità commerciale (iscrizione nel registro delle imprese).

In tale esclusione è rinvenibile una disarmonia rispetto a quanto previsto dalla lett. *c* del comma 63, la quale, invece, prevede il deposito obbligatorio del prezzo presso il notaio in caso di cessione di azienda¹²⁸. La ragione di tale differente disciplina risiede nel fatto che il legislatore ha voluto circoscrivere l'obbligo di deposito di accessori, onorari, tasse e imposte ai soli casi in cui i tributi siano di importo più alto¹²⁹.

La *ratio* di tale previsione è sicuramente rinvenibile, da un lato, nel porre al riparo le somme consegnate al notaio e destinate al pagamento di imposte e tasse da azioni esecutive o cautelari; dall'altro, nel tutelare le parti rispetto al rischio di confusione delle somme in oggetto con il restante patrimonio del notaio.

Proseguendo l'analisi delle fattispecie di deposito illustrate dal comma 63, si giunge alla lett. *b*, la quale prende in esame “*ogni altra somma affidata al notaio e soggetta ad obbligo di annotazione nel registro delle somme e dei valori di cui alla legge 22 gennaio 1934, n. 64*”¹³⁰.

¹²⁶ Come ad esempio le imposte di registro, ipotecarie e catastali.

¹²⁷ si pensi all'imposta sostitutiva sulle plusvalenze immobiliari, ex art. 1, comma 496, della legge n. 266/2005.

¹²⁸ G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013, n. 147*, in *Rivista notarile*, 2014, 1, p. 79.

¹²⁹ Infatti, per le cessioni di azienda non comprensive di immobili, come è noto, è dovuta l'imposta di registro con la più bassa aliquota del 3 per cento.

¹³⁰ Sul registro delle somme e valori, cfr. G. CASU- G. SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 2010, pp. 429 ss.; M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano 2007, p. 320; P. BOERO, *La legge notarile commentata*, I, Torino 1993, pp. 395 ss.; Consiglio nazionale del Notariato – *Ufficio studi, Registro somme e valori*, in *Dizionario giuridico del notariato*, Milano 2006, p. 846; FALZONE–ALIBRANDI, *Registro delle somme o valori*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, III, Roma 1977, p. 534.

La fattispecie prevista dalla lett. *b* è residuale rispetto alle altre previste dal comma 63 e le somme che possono costituirne l'oggetto sono le più disparate. In particolare, sono certamente comprese tutte le somme affidate al notaio con riguardo agli atti che vengono stipulati in sua presenza o richiesti da provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria (art. 6, comma 1, della legge n. 64 del 1934), con eccezione, però, delle somme affidategli a titolo di pagamento delle tasse e imposte relative agli atti notarili (le quali, a norma dell'art. 6, ultimo comma, della legge n. 64 del 1934, non devono essere annotate nel registro delle somme e dei valori) e delle somme che costituiscono il corrispettivo o il prezzo dell'atto traslativo di aziende o immobili disciplinate alla lettera *c* dello stesso comma 63. Con riguardo a quest'ultime occorre fare una precisazione: anche tali somme devono essere annotate nel registro somme e valori, ma tale deposito costituisce oggetto di apposita disciplina rinvenibile alla lett. *c* del comma 63.

Si tratta di una fattispecie di deposito facoltativo basato sul rapporto fiduciario intercorrente tra le parti e il notaio e costituisce un'importante apertura rispetto alla disciplina introdotta dalla legge n. 147 del 2013. Invero, tali somme godendo degli effetti della segregazione patrimoniale beneficerebbero di una tutela rafforzata, essendo le stesse poste al riparo da eventuali azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori delle parti ovvero del notaio, e dal rischio di confusione con il patrimonio di quest'ultimo. Una particolarità della disciplina in esame riguarda lo svincolo delle somme oggetto del deposito, poiché - alla luce della natura facoltativa di tale deposito - è rimesso alla libera determinazione delle parti.

L'ultima fattispecie prevista dal comma 63 è quella indicata alla lett. *c.*, la quale dispone che devono, altresì, formare oggetto di deposito presso il conto corrente dedicato *“l'intero prezzo o corrispettivo, ovvero il saldo degli stessi, se determinato in denaro, oltre alle somme destinate ad estinzione delle spese condominiali¹³¹ non pagate o di altri oneri dovuti in occasione del*

¹³¹ G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013, n. 147, op. cit.*, pp. 79 ss. afferma che con riguardo alle somme destinate all'estinzione di spese condominiali, va fatta una importante precisazione. Alla luce della *ratio* di tutela dell'acquirente, propria della novella in commento, deve ritenersi che rilevino unicamente le spese per le quali è prevista una responsabilità solidale dell'acquirente (a norma dell'art. 63, comma 4, disp. att. cod. civ., *“chi subentra nei diritti di un condomino è obbligato solidalmente con questo al pagamento dei contributi relativi all'anno in corso e a quello precedente”*). Deve d'altra parte limitarsi l'ambito delle spese condominiali rilevanti a quelle che siano già *“liquide ed esigibili”*, in quanto risultanti da un rendiconto già approvato dall'assemblea del condominio (art. 63, comma 1, disp. att. cod.civ.). Condizione che, con tutta evidenza, può realizzarsi solamente per le spese relative all'esercizio precedente, non certo per quelle relative all'esercizio in corso, per il quale deve certamente escludersi l'obbligo delle parti di quantificare *“presuntivamente”* le spese dovute per la frazione di esercizio già trascorsa al momento dell'atto; anche se non può escludersi la facoltà delle parti di procedere a tale quantificazione presuntiva, richiedendo (facoltativamente) al notaio il deposito anche delle somme corrispondenti.

Il deposito obbligatorio delle spese condominiali non presuppone comunque particolari indagini e ricerche da parte del notaio rogante o autenticante, circa l'esistenza dei suddetti oneri e la relativa quantificazione (diverse dalle

*ricevimento o dell'autenticazione, di contratti di trasferimento della proprietà o di trasferimento, costituzione od estinzione*¹³² *di altro diritto reale su immobili o aziende*".

Tale fattispecie, a differenza delle altre due disciplinate dal comma 63 alle lett. *a* e *b*, introduce una nuova ipotesi di deposito obbligatorio che finisce per limitare l'autonomia contrattuale delle parti¹³³.

L'ampia definizione data dal legislatore suggerisce che quest'ultimo abbia voluto includere nella fattispecie in esame anche altri contratti oltre alla compravendita¹³⁴.

Rientrano nella disciplina di cui alla lett. *c* del comma 63 anche le cessioni di azienda. Rispetto a tale previsione l'individuazione della *ratio* risulta di più difficile indagine. Infatti, di regola, la pubblicità della cessione di aziende nel registro delle imprese non ha valenza di pubblicità dichiarativa¹³⁵ e gli eventuali conflitti relativi alla sua circolazione vengono risolti in base alle regole di circolazione previste per i singoli beni che compongono l'azienda¹³⁶, ad eccezione del caso in cui sussistono altre forme di pubblicità dichiarative a cui far riferimento. Ricorrendo tale fattispecie, dunque, il notaio che abbia ricevuto la somma di denaro o debba autenticare un contratto di compravendita potrà procedere allo svincolamento del prezzo solo successivamente alla verifica delle risultanze dei registri pubblici interessati. Se, invece, l'azienda non è

normali ispezioni ipocatastali che il notaio è tenuto ad eseguire), e non può che basarsi sulle dichiarazioni delle parti in merito. Infatti, con riguardo alle eventuali spese arretrate relative all'esercizio precedente (per le quali pure sussiste detta responsabilità solidale), non sussiste ovviamente alcuna presunzione di esistenza di arretrati non pagati: deve, allora, ritenersi che sia onere delle parti effettuare i relativi accertamenti presso l'amministratore del condominio, e solo nell'ipotesi in cui da tali accertamenti emerga l'esistenza di spese, e tale circostanza venga comunicata al notaio rogante o autenticante, quest'ultimo sia tenuto a ricevere in deposito delle somme corrispondenti.

¹³² Tra le fattispecie estintive di diritti reali con pagamento di un prezzo o corrispettivo rientrano la rinuncia abdicativa agli stessi e la cancellazione dell'ipoteca con contestuale pagamento del credito.

¹³³ Infatti, il compratore non è più libero di versare, contestualmente alla stipula dell'atto notarile di compravendita, il prezzo al venditore, ma deve obbligatoriamente versare la corrispondente somma al notaio, il quale – per testuale disposizione di legge – “è tenuto” a versarla su apposito conto corrente dedicato.

¹³⁴ Come ad esempio, la permuta con conguaglio, e la dazione in pagamento che preveda anche il pagamento di una somma di denaro. In riferimento a quest'ultima ipotesi, G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013, n. 147, op. cit.*, pp. 79 ss., sottolinea che sorge qualche dubbio in relazione alla divisione con conguagli, la quale è equiparata solo parzialmente e solo agli effetti fiscali ad un atto traslativo (e che, quindi, coerentemente, dovrebbe essere esclusa dalla disciplina in commento).

¹³⁵ A norma dell'art. 2559 cod. civ., invece, l'iscrizione nel registro delle imprese funge da pubblicità dichiarativa con riferimento ai crediti aziendali.

¹³⁶ Infatti, l'art. 2556 cod. civ. fa “salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda”.

composta da beni che risultano da pubblici registri sarà sufficiente fa riferimento esclusivamente al registro delle imprese competente.

Non rientra nel campo di applicazione della norma in esame la cessione di partecipazioni sociali. Tale scelta del legislatore è probabilmente da ricondurre alla volontà di quest'ultimo di conferire a tale circolazione una più ampia libertà di forme. Non a caso, per la conclusione di tali contratti è stata prevista la possibilità di utilizzare una forma informatica semplificata¹³⁷.

La *ratio* di tale previsione si rinviene, nella maggioranza dei casi, nell'offrire una tutela rafforzata al promissario acquirente e tenerlo indenne dall'eventuale presenza nell'atto notarile di formalità pregiudizievoli, ovvero dalla possibilità che le stesse sopravvengano dopo la conclusione dell'atto ma prima della trascrizione dello stesso; ovvero, ancora, dall'eventuale presenza di altri oneri (come, ad esempio, quello relativo alle spese condominiali).

Anche nel caso in cui ricorre la fattispecie di cui alla lett. *c*, opera la segregazione patrimoniale prevista dall'art. 65 della stessa legge. La differenza con le altre ipotesi previste alla lett. *a* e *b* consiste nella circostanza che il vantaggio rappresentato dalla "segregazione" non costituisce lo scopo della norma ma rappresenta esclusivamente uno strumento che garantisce che il deposito, avente altri fini, venga realizzato senza pregiudizi per le parti.

In conclusione, breve cenno merita il dibattuto tema della menzione nell'atto notarile dell'avvenuto deposito.

¹³⁷ V. SPADA, *Una postilla in tema di cessione di quote con firma digitale*, in *Notariato*, 2008, pp. 538 ss.; G. MONGELLI e G. CAVALLO, *La necessità dell'autentica notarile nella cessione di quote della s.r.l.: ricostruzione interpretativa*, in *Riv. not.*, 2010, p. 209: Il legislatore, con il d.l. n. 112/08 convertito con l. n. 133/08, all'art. 36, comma 1-bis, ha previsto che l'atto di trasferimento di cui al comma 2 dell'art. 2470 cod. civ. potesse essere sottoscritto con firma digitale, senza ulteriori specificazioni, attribuendo ad un intermediario abilitato l'onere del deposito entro trenta giorni, presso l'ufficio del Registro Imprese. L'introduzione di tale norma nel nostro ordinamento ha suscitato notevole scalpore, in considerazione del fatto che la lettera ambigua della norma lascia notevole spazio per un'interpretazione estensiva, nel senso di permettere di ritenere possibile che la cessione di quote societarie possa essere conclusa senza il necessario intervento di un notaio, ma soltanto con l'ausilio di un intermediario qualificato. Posizioni caute affermano che permanga la necessità di autentica notarile per una serie di controlli di legalità quali l'accertamento dell'identità personale delle parti, indagine della volontà e della capacità di agire delle stesse, verifica della legittimazione e dei poteri di rappresentanza, controllo di legalità dell'atto soggetto ad iscrizione.

Per una prima giurisprudenza, vedi Tribunale di Vicenza, ord. 23 novembre 2009, in *Riv. not.*, 2010, p. 208, afferma che "tale articolo introduce semplicemente alla possibilità che l'atto di trasferimento sia sottoscritto con firma digitale e depositato a cura di intermediario abilitato; tale norma nulla dice sulla necessità dell'autentica della sottoscrizione da parte del notaio; stabilita dalla norma di riferimento, per cui nulla fa ritenere che tale necessità di autenticazione da parte del notaio sia venuta meno".

Nella legge in esame non viene infatti espressamente previsto l'obbligo di menzionare nell'atto notarile relativo al deposito del prezzo presso il notaio, il deposito stesso, le modalità, i termini e le relative condizioni¹³⁸.

L'obbligo di far risultare dall'atto notarile l'avvenuto deposito è stato introdotto solamente in via interpretativa dalla dottrina anteriore alla disciplina in esame. Tale constatazione risulta necessaria per consentire alle autorità di vigilanza di svolgere i relativi controlli.

L'importanza della menzione del deposito nell'atto deriva dalla natura stessa dell'atto notarile quale sede maggiormente adatta per indicare in modo dettagliato le condizioni al verificarsi delle quali le somme depositate nel conto corrente dedicato devono essere svincolate, quindi, restituite al depositante, ovvero corrisposte ad altra parte o ad un soggetto terzo¹³⁹.

In tale sequenza si rinviene il tipico passaggio e il fine ultimo del contratto di *escrow*, in base al quale lo scopo da realizzare convenuto dai *principals* ed esplicitato nell'accordo viene raggiunto nel momento in cui si verificano determinate condizioni.

Bisogna precisare che deve trovare specifica menzione nell'atto notarile tutto ciò che attiene ai rapporti tra le parti, come ad esempio le condizioni a cui è sottoposto il deposito e le modalità di svincolo del prezzo. Al contrario, gli aspetti che attengono al rapporto intercorrente tra le parti e il notaio, quali l'eventuale corrispettivo a favore del notaio o la sua responsabilità, non possono essere trattati nell'atto notarile in quanto ciò costituirebbe una violazione dell'art. 28, n. 3 della legge notarile.

2.2 *La segregazione patrimoniale e applicabilità al contratto di escrow*

¹³⁸ G. PREVELLI, notaio in Verbania, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013, n. 147*, p. 26: "Mentre, al contrario, la proposta di legge n. AC-1752 (firmatari Cota-Lussana), presentata alla Camera dei deputati in data 7 ottobre 2008, richiedeva che il deposito del prezzo fosse menzionato in atti (unitamente alle menzioni obbligatorie sulle modalità di pagamento del prezzo, ex art. 35, commi 22 e seguenti, del d.l. n. 223 del 2006)".

¹³⁹ Si potrebbe ritenere sufficiente, a tal fine, che le condizioni del deposito e dello svincolo risultino in dettaglio dal registro somme e valori; tuttavia, ragioni di cautela, insieme alla maggiore idoneità dell'atto notarile a documentare le dichiarazioni delle parti e gli accordi negoziali inerenti alla destinazione delle somme depositate, inducono a preferire la soluzione sopra suggerita. Anche perché in alcuni casi la regolamentazione del profilo in esame può essere complessa e notevolmente articolata: si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui le parti condizionino il pagamento di una somma al verificarsi di una condizione, che potrebbe realizzarsi in tutto o in parte; o all'eventualità che si rinvenga una formalità pregiudizievole, che incida solo in misura trascurabile sul valore dell'immobile compravenduto; o, ancora, alla necessità di "allineare" le condizioni per lo svincolo del prezzo di vendita a quelle a cui il contratto di mutuo – contestualmente stipulato – subordina l'erogazione della somma mutuata.

Giungiamo dunque alla illustrazione dell'importanza dirimente che la disciplina sopra trattata ha in relazione allo strumento dell'*escrow*.

Come può agevolmente immaginarsi, in assenza di una tale disciplina l'*escrow* risulterebbe il più delle volte rischioso e non completamente tutelante per i *principals*, finendo così per divenire, da strumento di garanzia, uno strumento di rischio.

In altre e più semplici parole, in assenza di uno strumento che tuteli i *principals* da azioni esecutive e cautelari di terzi sul bene e/o sulla somma depositata presso l'*escrow holder*, la funzione di garanzia dell'*escrow* potrebbe venire meno.

Invero, la funzione di garanzia dell'*escrow* trova una piena realizzazione solamente nel caso in cui i creditori dell'*escrow holder* e dei *principals* si trovino nella materiale impossibilità di esperire alcuna azione esecutiva sui beni o sulle somme depositate presso il terzo, beneficiando, così, dell'effetto della segregazione patrimoniale.

Tale esigenza di protezione si rinviene principalmente nei casi in cui oggetto dell'*escrow* siano denaro ovvero altre cose fungibili e le parti concedano al depositario la facoltà di servirsene. Infatti, in tali ipotesi, ossia in ipotesi di deposito c.d. "irregolare" a norma dell'art. 1782 cod. civ., la proprietà di quanto depositato passa al terzo depositario finendo per confondersi con il suo patrimonio¹⁴⁰.

Com'è noto, poi, nel nostro ordinamento vige il principio generale ai sensi dell'art. 2740, comma 2, cod. civ., il quale stabilisce che le "*limitazioni della responsabilità [patrimoniale] non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*", per cui l'effetto della segregazione

¹⁴⁰ Sul problema della segregazione patrimoniale nell'ambito del deposito, vedi I. A. CAGIANO, *Circolazione del denaro e strumenti di tutela*, 2^a ed., Napoli, 2012, pp. 116 ss.; E. SIMONETTO, *Deposito irregolare*, Dig. civ., V, Torino, 1989, pp. 279 ss. osserva che il passaggio di proprietà non dipende dalla natura delle cose depositate, sebbene dalla concessione della facoltà di servirsene (delle cose), la quale implica anche un intento traslativo per via della peculiare natura delle cose che non possono essere godute (ossia il depositario non può "servirsene") senza esserne proprietario. Secondo la giurisprudenza di legittimità, nel deposito irregolare il depositario acquista la proprietà del denaro solo se ha la facoltà di servirsene; in caso contrario la proprietà resta al depositante e l'obbligazione di restituzione del depositario si prescrive nell'ordinario termine decennale (Cass., 14 ottobre 1999, n. 11540, in *Contratti*, 2000, 1, p. 67). Tuttavia, in più recenti pronunce, la Corte di Cassazione ha affermato che l'acquisto della proprietà da parte del depositario si verifica tutte le volte che i beni fungibili non siano stati individuati al momento della consegna (Cass., 20 aprile 2001, n. 5843, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2011, p. 1027; Cass., 23 agosto 2011, n. 17512, in *CED*, 2011). Per superare i problemi derivanti dall'assenza di una norma che consente la segregazione patrimoniale, la Cassazione è giunta ad affermare che ha natura di deposito regolare e non è suscettibile di compensazione, ex art. 1246, n. 2 cod. civ., il deposito di una somma di denaro presso un notaio, effettuato dal venditore di un immobile a garanzia di ipoteca gravante sul predetto immobile, trattandosi di deposito di natura fiduciaria e cauzionale, escludente ogni disponibilità, da parte del notaio, della somma depositata (Cass., 7 aprile 1995, n. 4071, in *Vita notarile*, 1996, p. 417).

patrimoniale è ammesso solo quando è espressamente previsto dalle disposizioni di legge e, in particolare, con riferimento all'ipotesi di (i) deposito obbligatorio del prezzo e altre somme presso il notaio disciplinata dall'art. 1, comma 63-67 della legge n. 147 del 2013; e (ii) con riguardo alla costituzione di un *trust*.

Com'è noto, il contratto di *escrow* non è disciplinato da alcuna norma nel nostro sistema e, a maggior ragione, non esiste alcuna disposizione legislativa che preveda espressamente che le somme e i beni depositati presso il terzo formino un patrimonio separato beneficiando, così, degli effetti della segregazione patrimoniale. Di conseguenza, bisognerebbe concludere che nel caso in cui l'*escrow agreement* non rientri nella previsione di cui alla legge n. 147 del 2013 ovvero non sia possibile rinvenire la costituzione di un *trust*¹⁴¹, si debba applicare la disciplina generale e quindi il comma 2 dell'art. 2740 cod. civ.

In particolare, tale norma sembra richiedere un'interpretazione restrittiva, nel senso che devono considerarsi consentite esclusivamente le limitazioni con mera efficacia *inter partes*, risultando, quindi, vietate quelle con efficacia reale¹⁴².

Il divieto previsto dall'art. 2740, comma 2, cod. civ. applica il principio della relatività degli effetti giuridici, in base al quale il contratto non produce effetti svantaggiosi nei confronti dei terzi, ad eccezione dei casi stabiliti dalla legge¹⁴³. Ne discende che non si verificherebbe

¹⁴¹ In particolare, come afferma G. PROVAGGI, *Agency escrow, op. cit.*, pp. 305 ss., l'*escrow holder* viene considerato quale *trustee* ricorrendo il caso in cui con il deposito del bene presso lo stesso, si ha anche il trasferimento nei suoi confronti della titolarità di tale bene, con un titolo che oltre ad evidenziare un rapporto fiduciario indica anche i limiti alla titolarità del fiduciario. Dall'applicazione dell'istituto del *trust* all'*escrow* discendono alcune conseguenze importanti: i) si produce l'effetto della segregazione patrimoniale divenendo il bene oggetto di *escrow* patrimonio separato, e, quindi, opponibile sia ai creditori del *principal* sia a quelli dell'*escrow holder*, anche in caso di fallimento. ii) L'*escrow holder* è considerato responsabile circa la custodia e gestione del bene presso lo stesso depositato "as a trustee" nei confronti sia del depositante che del terzo beneficiario.

¹⁴² Al riguardo si rinvia alla convincente analisi di G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, *passim*; ID., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore: nuove prospettive*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2012, p. 831, ove si spiega che lo "scopo della norma è di evitare che un soggetto – nella specie il debitore – con proprio atto unilaterale di volontà, direttamente o indirettamente, determini effetti pregiudizievoli per altri soggetti, e precisamente limiti quella responsabilità che la legge dispone a favore dei suoi creditori". Sul tema vedi, da ultimo, anche l'approfondita indagine di G. MARCHETTI, *Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, II, p. 515, nonché ID., *La responsabilità patrimoniale negoziale*, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, 2017, *passim* e spec. pp. 237 ss., la quale precisa che sono ammissibili soltanto i patti con cui le parti restringono l'estensione della garanzia generica e non, invece, quelli diretti a escludere la responsabilità patrimoniale del debitore, poiché questa opera come condizione esterna di giuridicità dell'obbligazione.

¹⁴³ Ribadisce la natura di principio generale alla regola della responsabilità patrimoniale illimitata, M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, pp. 243 ss.; in argomento cfr. anche G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*, Sacco, Torino, 2011, pp. 67 ss..

l'effetto segregativo divenendo dunque possibile la “confusione” del patrimonio destinato con il patrimonio residuo del depositario, poiché qui l'interesse dei soggetti a cui favore è stato creato il patrimonio destinato soccomberebbe dinnanzi alla necessità di tutelare il legittimo affidamento dei terzi.

Bisogna sottolineare che la dottrina da tempo discute riguardo alla possibilità di superare il principio della indivisibilità del patrimonio e di sostituirlo con uno maggiormente idoneo a soddisfare interessi nuovi e diversi. Tuttavia, l'identificazione di tali interessi non è rimessa all'arbitrio dell'individuo ma è previsto che l'ordinamento svolga un qualche controllo, ritenuto necessario¹⁴⁴.

Sulla base delle considerazioni fatte risulterebbe ammissibile solo un patto limitativo della responsabilità patrimoniale circoscritto alle tre parti: il depositante, il beneficiario e il depositario. Nello specifico, le parti potrebbero convenire che l'*escrow holder* non possa soddisfare le proprie pretese sui beni oggetto di deposito e che al depositante ed al beneficiario sia preclusa la possibilità di agire in via esecutiva sui detti beni allo scopo di soddisfare pretese non inerenti al rapporto principale garantito con il contratto di *escrow*.

Alla luce di quanto detto, affinché la funzione di garanzia dell'*escrow* trovi piena realizzazione e, quindi, che i beni o le somme depositate dalle parti godano dell'effetto della segregazione patrimoniale bisogna indagare se la disciplina dettata all'art. 1 comma 63 e ss. della legge n. 147 del 2013 sia applicabile ai diversi *escrow agreements*.

In primo luogo, ai fini dell'applicazione di tale disciplina è necessario che le somme siano depositate in un apposito conto corrente dedicato intestato ad un notaio o ad altro pubblico ufficiale. Da ciò deriva che la qualifica di depositario non può essere assunta da un qualsivoglia soggetto purché sia terzo ed imparziale come previsto in caso di contratto di *escrow*, ma è necessario che l'*escrow holder* posseda la qualifica di pubblico ufficiale. Inoltre, il comma 63 dell'art. 1 della legge n. 147 del 2013 stabilisce in capo al notaio l'obbligo di versare su “apposito conto corrente dedicato” le somme affidategli.

È inoltre di fondamentale importanza chiarire il significato dell'espressione “conto corrente dedicato”. In particolare, con tale locuzione si intende che lo stesso debba essere esclusivamente

¹⁴⁴ M. BIANCA, *op. cit.*, *La responsabilità*, pp. 243 ss.

destinato al deposito delle somme che sono indicate nello stesso comma 63. Di conseguenza, risulta esclusa ogni altra destinazione del conto.

Costituiscono, allora, patrimonio separato soltanto le somme che vengono depositate presso tale conto corrente, ad esclusione di quelle che vengono semplicemente consegnate al notaio.

L'intestazione al notaio di detto conto si desume dalla previsione di cui al comma 65 della stessa legge che esclude tali somme *“dalla successione del notaio e dal suo regime patrimoniale della famiglia”*.

Inoltre, l'uso del singolare nel riferirsi al conto corrente dedicato sembra indicare che non sia necessario aprire un conto dedicato per ciascun deposito¹⁴⁵, bensì sia sufficiente un unico conto. In tal senso depongono anche le esigenze della *“segregazione patrimoniale”*, in quanto le somme che vengono depositate non potranno essere pignorate da nessuno.

Ancora, ai fini dell'applicazione della disciplina del deposito obbligatorio del prezzo o di altre somme presso il notaio appare opportuno rilevare come la dottrina¹⁴⁶ - all'esito di un ampio dibattito - sia giunta ad affermare che le fattispecie disciplinate dal comma 63 della legge n. 147 del 2013 non costituiscono un numero chiuso. In particolare, se da un lato la fattispecie prevista alla lett. *c* del comma 63 prevede il deposito del prezzo come obbligatorio nelle sole ipotesi dalla stessa disciplinate delimitando tali ipotesi a un numero chiuso; la lett. *b* introduce una fattispecie di deposito volontario e facoltativo a cui le parti possono ricorrere liberamente, purché avente ad oggetto somme che il notaio ha l'obbligo di annotare nel registro delle somme e dei valori.

La ragione di tale differenza è da rinvenire nella maggiore importanza che il legislatore attribuisce ad alcuni beni, quali gli immobili e le aziende, e al formalismo che caratterizza la loro circolazione. Pertanto, con riferimento specifico alla cessione di partecipazioni sociali, ipotesi (come anticipato) non menzionata nelle fattispecie di cui alla lett. *c* del comma 63, si deve concludere nel senso che le parti saranno, dunque, libere di affidare il prezzo al notaio,

¹⁴⁵ Questa soluzione – pur praticabile in astratto – sarebbe evidentemente molto più onerosa, quanto a commissioni bancarie, imposte di bollo ed adempimenti necessari per la relativa gestione, e non sembra imposta dalla legge. Né, d'altra parte, tale soluzione si impone al fine di contabilizzare separatamente gli interessi maturati sulle somme depositate, visto che tali interessi, a norma del comma 66, ultimo periodo, *“al netto delle spese di gestione del servizio, sono finalizzati a rifinanziare i fondi di credito agevolato, riducendo i tassi della provvista dedicata, destinati ai finanziamenti alle piccole e medie imprese, individuati dal decreto di cui al comma 67”*.

¹⁴⁶ G. PETRELLI, *op. cit.*, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013, n. 147*, pp. 79 ss.; V. TAGLIAFERRI, *Il deposito del prezzo e il nuovo segregato presso il notaio, op. cit.*, pp. 70 ss..

con conseguente applicazione della disciplina prevista dalla lett. *b* del comma 63, a condizione che si tratti di somme che il notaio ha il dovere di annotare nel registro delle somme e dei valori.

Inoltre, bisogna sottolineare che la lett. *c* del comma 63 disciplina espressamente l'ipotesi di cessione di azienda. In particolare la lett. *c* fa riferimento ai “*contratti di trasferimento della proprietà o di trasferimento, costituzione od estinzione di altro diritto su immobili o aziende*”. In tali casi, il deposito del prezzo o del corrispettivo presso il notaio risulta obbligatorio e tali somme godranno dello speciale effetto della segregazione patrimoniale.

La legge n. 147 del 2013 in esame, disciplina la segregazione patrimoniale al comma 65 dell'art. 1, il quale prevede espressamente che “*gli importi depositati presso il conto corrente di cui al comma 63 costituiscono patrimonio separato*”. Come diretta conseguenza, la norma stabilisce che tali “*somme sono escluse dalla successione del notaio o altro pubblico ufficiale e dal suo regime patrimoniale della famiglia*” e, pertanto che siano, “*assolutamente impignorabili a richiesta di chiunque ed assolutamente impignorabile ad istanza di chiunque è altresì il credito al pagamento o alla restituzione della somma depositata*”¹⁴⁷.

Orbene, il comma 65 è ben chiaro nell'identificare le caratteristiche proprie di questo patrimonio separato: le somme ivi depositate sono “*impignorabili a richiesta di chiunque*”. Tale espressione sta a significare che i creditori, sia che essi siano delle parti o del notaio, non possono promuovere azioni esecutive o cautelari sulle somme depositate.

La previsione della segregazione patrimoniale costituisce una significativa deroga al principio di carattere generale della responsabilità patrimoniale illimitata del debitore sancito dal comma 2 dell'art. 2740 cod. civ.. Tale deroga trova la sua giustificazione nell'intervento del notaio o comunque di un soggetto che riveste la qualità di pubblico ufficiale e, quindi, di un soggetto terzo ed imparziale e dai controlli ai quali lo stesso viene sottoposto.

Particolari problemi si rinvencono nella eventuale fase “*patologica*” di tale deposito, ossia nel caso in cui vengano violate le regole poste a presidio della separazione patrimoniale, come ad

¹⁴⁷ Una disposizione, questa, che ricalca, con qualche variante, quella già contenuta nella proposta di legge n. AC-1752 (firmatari Cota-Lussana), presentata alla Camera dei deputati in data 7 ottobre 2008 (“*Le somme depositate sono sottratte all'azione dei creditori del notaio depositario e sono escluse dalla successione per causa di morte e dal regime patrimoniale della famiglia del notaio stesso*”), a sua volta modellata sul regime giuridico del trust.

esempio nel caso in cui sul conto corrente dedicato vengano versate somme diverse da quelle previste dal comma 63¹⁴⁸.

Gli studiosi hanno sottolineato la necessità, ai fini dell'applicazione della separazione patrimoniale e al fine di non ledere l'affidamento altrui, di rendere possibile la riconoscibilità ai terzi della destinazione patrimoniale attraverso forme specifiche di pubblicità o perlomeno cautele formali.

2.2.1 La disciplina dello svincolo nel deposito ai sensi della legge n. 147 del 2013

Il comma 66¹⁴⁹ dell'art. 1 della legge n. 147 del 2013 (così come modificato dalla successiva legge n. 124 del 2017) fornisce la disciplina relativa agli obblighi di verifica in capo al notaio e dello svincolo delle somme presso lo stesso depositate.

In particolare, tale comma pone in capo al notaio l'obbligo specifico di verificare, successivamente alla registrazione e alla pubblicità dell'atto, l'assenza di ulteriori formalità pregiudizievoli rispetto a quelle esistenti e risultanti dall'atto stesso. Solo dopo l'espletamento di tali verifiche il notaio deve disporre lo svincolo delle somme presso lo stesso depositate nei confronti di coloro che ne abbiano diritto ovvero che risultano averne diritto.

Il comma 66 prevede anche la possibilità che le parti decidano che il corrispettivo o il prezzo debba essere pagato solo successivamente alla realizzazione di un determinato evento o all'adempimento di una certa prestazione. In tal caso, il notaio procederà allo svincolo solo dopo che gli venga fornita la prova relativa all'avveramento dell'evento o all'adempimento della prestazione. Tale prova deve risultare da atto pubblico (mediante, ad esempio, un atto

¹⁴⁸ La segregazione patrimoniale cessa quando, successivamente alla confusione delle somme di cui al conto corrente dedicato con il restante patrimonio del notaio, la "separazione patrimoniale" di fatto viene meno. Ciò si verifica, ad esempio, in caso di distrazione di somme depositate sul conto dedicato per fini diversi dalla loro destinazione. Tale ipotesi costituisce, ovviamente, l'ipotesi più grave di inadempimento, alla quale senza dubbio consegue il venir meno, riguardo alle somme prelevate, della segregazione.

¹⁴⁹ "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 sono state depositate, mantenendo di ciò idonea documentazione. Nei casi previsti dalla lettera c del comma 63, eseguita la registrazione e la pubblicità dell'atto ai sensi della normativa vigente, e verificata l'assenza di formalità pregiudizievoli ulteriori rispetto a quelle esistenti alla data dell'atto e da questo risultanti, il notaio o altro pubblico ufficiale provvede senza indugio a disporre lo svincolo degli importi depositati a titolo di prezzo o corrispettivo 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 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".

ricognitivo) o scrittura privata autenticata, ovvero dalle diverse modalità probatorie pattuite dalle parti¹⁵⁰.

Tornando alla lettera della legge, occorre segnalare che il comma 66 si limita solamente a prevedere il caso in cui la verifica notarile abbia esito positivo non disciplinando, invece, il caso in cui abbia esito negativo.

Ove la stessa abbia esito negativo e le parti abbiano proceduto a regolamentare convenzionalmente tale possibilità, non parrebbero scorgervi profili di rischio.

Il problema si pone in mancanza di una espressa pattuizione delle parti e, in tal caso, si ha una duplice interpretazione della norma. La prima depone nel senso di prevedere comunque lo svincolo della somma a favore del compratore (autore del pagamento); mentre la seconda è nel senso del mantenimento del deposito vincolato finché le parti non decidano congiuntamente a chi spetti la somma depositata.

Dal momento che la prima interpretazione potrebbe portare a risultati arbitrari ed ingiustificati, la seconda interpretazione sembrerebbe essere più coerente con la *ratio* della previsione del deposito vincolato¹⁵¹, nonostante, di fatto, finisce per vincolare il corrispettivo depositato per un periodo di tempo che può essere alquanto lungo nel caso in cui le parti non riescano ad accordarsi.

Un ulteriore profilo di non agevole soluzione si rinviene nell'interpretazione da dare all'espressione "formalità pregiudizievoli". Sicuramente, avendo la norma in esame ad oggetto

¹⁵⁰ Sul punto vedi G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013*, n. 147, *op. cit.*, pp. 79 ss., la legge menziona atto pubblico o scrittura privata autenticata, ma non dice espressamente cosa gli stessi debbano documentare. Per analogia con quanto disposto dagli artt. 2655 e 2668 cod. civ., deve ritenersi che tali atti possano essere sottoscritti dalla sola parte a danno della quale la condizione si verifica (o a beneficio della quale la prestazione doveva essere adempiuta).

In alcuni casi, non vi sarà necessità di fornire alcuna prova al notaio, in quanto sarà egli stesso a porre in essere l'attività prevista dalle parti (ad es., stipula di atto di consenso a cancellazione di ipoteca e conseguente esecuzione della relativa formalità, o verifica delle risultanze dei registri immobiliari al fine di constatare l'avvenuta cancellazione di una formalità pregiudizievole).

In altri casi, la prova richiesta dal comma 66 potrà consistere in un atto proveniente dall'amministrazione finanziaria (ad es., nell'ipotesi di decadenza dalle agevolazioni per la prima casa per rivendita infraquinquennale, la quietanza di pagamento della differenza di imposta, con interessi e sanzioni, in conseguenza del mancato riacquisto entro un anno di immobile da adibire a residenza principale). In ogni caso, è certamente opportuno che dall'atto notarile risulti chiaramente quale prova (alternativa all'atto pubblico o alla scrittura privata autenticata) debba essere esibita, o debba essere tenuta in considerazione dal notaio, al fine di procedere allo svincolo.

¹⁵¹ G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013*, n. 147, *op. ult. cit.*, pp. 79 ss.

beni immobili, sono ricomprese le formalità che sono state eseguite nei registri immobiliari¹⁵², ossia l'iscrizione, la trascrizione e l'annotazione. Si è escluso, invece, sulla base di ciò che tipicamente si intende per "formalità pregiudizievole" e della prassi negoziale incentrata *sull'id quo plerumque accidit*, che l'espressione faccia riferimento anche ad altre trascrizioni effettuate in diversi pubblici registri¹⁵³. Ciò non esclude che le parti di comune accordo possano subordinare lo svincolo del prezzo o corrispettivo ad ulteriori accertamenti.

Le "formalità pregiudizievoli" che impediscono lo svincolo possono essere sia successive alla conclusione dell'atto ma precedenti alla trascrizione dello stesso, che antecedenti ma non menzionate nell'atto. Le parti possono di comune accordo ritenere come rilevanti anche formalità successive alla trascrizione dell'atto a condizione che le stesse siano idonee a pregiudicare l'acquisto¹⁵⁴.

Inoltre, occorre notare che le ipotesi previste dalla legge non sono le sole che legittimano lo svincolo del corrispettivo o del prezzo depositato. Infatti, nel caso in cui le parti dispongono dei loro rapporti giuridici il notaio deve procedere a svincolare le somme depositate in conformità alle previsioni delle stesse¹⁵⁵.

Infine, volendo fare un parallelismo con la disciplina negoziale dell'*escrow*, giova a titolo esemplificativo menzionare il c.d. *escrow account*. Tale istituto viene di sovente utilizzato con riferimento alle acquisizioni aziendali, molto spesso a livello internazionale.

L'*escrow account* non è altro che un conto corrente ove viene destinato parte del prezzo di acquisto, al fine di garantire il compratore da circostanze ben definite contrattualmente. Le fattispecie più comuni sono sicuramente (i) la garanzia per il compratore relativamente

¹⁵² ovvero, trattandosi di azienda, dei pubblici registri rilevanti secondo la legge di circolazione dei singoli beni che la compongono.

¹⁵³ Si pensi all'iscrizione nel registro delle imprese di una sentenza di fallimento, anteriore alla trascrizione dell'atto di cui trattasi. Ovvero, all'annotazione nel registro delle successioni presso il tribunale competente di un verbale di pubblicazione di testamento, che muti la delazione ereditaria e, quindi, riveli l'esistenza di un avente diritto all'eredità diverso dal venditore, erede apparente.

¹⁵⁴ si pensi alla trascrizione, nei cinque anni dalla trascrizione dell'atto di provenienza, della domanda di nullità o di annullamento dell'atto stesso (art. 2652, n. 6, cod. civ.). In questo caso, il notaio dovrebbe mantenere in deposito il prezzo fino al compimento del quinquennio, e svincolarlo soltanto se entro tale termine non venga trascritta una tale domanda giudiziale.

¹⁵⁵ Deve, ad esempio, ritenersi che nella misura in cui le parti intendano, successivamente al perfezionamento dell'atto notarile, risolvere il contratto per mutuo dissenso, venga meno la ragione giustificativa del deposito, ed il notaio debba quindi svincolare la somma a favore dell'avente diritto (che, in quel caso, sarà il compratore).

all'adempimento da parte del venditore di talune obbligazioni che, ove non venissero adempiute, diminuirebbero il prezzo di acquisto (si pensi ad esempio, all'ottenimento di un permesso o di una licenza); e (ii) la tutela per il compratore dalla violazione di talune *representations and warranties* prestate dal venditore che, ove venissero disattese, diminuirebbero parimenti il prezzo di acquisto (si pensi, ad esempio, a una garanzia sull'assenza di passività al di fuori di quanto dichiarato dal bilancio della società, cui sono state alienate le partecipazioni sociali). In tali casi, lo svincolo, però, avverrà in piena libertà di forme, sulla base delle istruzioni dettate contrattualmente dalle parti.

2.2.2 *La disciplina dell'inadempimento nel deposito ai sensi della legge n. 147 del 2013*

Va anzitutto premesso che il tenore letterale della norma sinora esaminata suggerisce la sua inderogabilità e natura imperativa.

Tale previsione viene ulteriormente rafforzata se si fa riferimento alla sopra menzionata lett. *c* di cui al comma 63, dalla quale si evince l'impossibilità per i soggetti protetti di rinunciare in via preventiva alla tutela a loro riservata¹⁵⁶.

Peraltro, appare importante sottolineare che la disciplina dettata dal comma 63 appartiene al c.d. "ordine pubblico di protezione".

Nonostante l'inderogabilità della disciplina in esame può ovviamente accadere che le parti si rendano inadempienti. L'inadempimento può consistere, anzitutto, nel rifiuto delle parti di depositare presso il notaio il prezzo e le altre somme indicate alla lett. *c* del comma 63.

Ricorrendo tale ipotesi si è giunti alla conclusione che il notaio possa legittimamente rifiutare l'autenticazione o il ricevimento dell'atto¹⁵⁷. Tuttavia, l'impossibilità per il notaio di rifiutare di prestare il suo ministero appare in contrasto con la logica del c.d. "ordine pubblico di

¹⁵⁶ Sono quindi invalide, e irricevibili da parte del notaio, eventuali clausole che derogano all'obbligo del deposito del corrispettivo, o che contengano rinunce, da parte di tutte o di alcune delle parti, all'attivazione del deposito stesso.

¹⁵⁷ In tal senso vedi E. PROTETTI e C. DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 2003, p. 147, il quale afferma che, nel caso in cui il rifiuto ad adempiere le obbligazioni di deposito sia integrale, il notaio ben potrebbe legittimamente rifiutare di prestare il suo ministero ai sensi dell'art. 27 della legge notarile: indiscussa, infatti, la possibilità di non prestare la propria opera qualora non riceva le somme necessarie per pagare le imposte relative all'atto; meno semplice la valutazione qualora il rifiuto attenga al solo prezzo e non alle altre voci che compongono l'ammontare del deposito obbligatorio, poiché la soluzione deriva comunque dalla combinata lettura della nuova norma e dell'art. 27 della legge notarile e non da un esplicito precetto.

protezione”. Una soluzione si potrebbe rinvenire nel dare menzione nell’atto notarile del rifiuto delle parti di consegnare al notaio, su richiesta dello stesso, le somme di cui alla lett. c del comma 63.

Tale constatazione essendo dotata *ex art. 2700 cod. civ.* di efficacia probatoria privilegiata, da un lato, sottolineerebbe la correttezza del comportamento del notaio ma, allo stesso tempo, dimostrerebbe l’inadempimento di una o di tutte le parti con le relative conseguenze¹⁵⁸. L’inadempimento parziale delle parti, invece, si potrebbe verificare in relazione alle diverse attività e obbligazioni sussistenti in capo al notaio, come ad esempio l’erronea quantificazione delle somme da parte dello stesso dovuta dalla mancata collaborazione o erronea indicazione delle parti, che, quindi, potrebbe comportare l’insufficienza del deposito dalle stesse eseguito.

Si potrebbe anche verificare l’eventualità in cui il notaio sia inadempiente. Lo stesso potrebbe ad esempio depositare le somme ricevute su un proprio conto e non su quello dedicato contravvenendo così all’obbligo imposto dal comma 63 e ostacolando così il regime della separazione patrimoniale¹⁵⁹. In caso di inadempimento, il notaio sarà responsabile civilmente per i danni subiti dalle parti che non hanno potuto beneficiare della tutela prevista a loro favore dalla normativa in esame. La responsabilità del notaio può essere anche di tipo disciplinare in caso di violazione da parte dello stesso dei doveri impostigli dalla legge¹⁶⁰. Per completezza, il notaio appare responsabile penalmente in caso di distrazione delle somme dalla loro destinazione, non procedendo a depositarle nel conto dedicato o prelevandole abusivamente.

¹⁵⁸ G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013, n. 147, op. cit.*, pp. 79 ss., quali “*alle conseguenze previste dalla normativa codicistica in tema di responsabilità contrattuale (art. 1218 ss. cod.civ.), come pure la possibilità di sequestrare o pignorare le somme che avrebbero dovuto essere depositate. Potrebbe anche, probabilmente, legittimarsi l’azione di ripetizione di indebito da parte del solvens che abbia, illegittimamente, effettuato il pagamento all’accipiens, trattandosi di pagamento (sia pure provvisoriamente, o condizionatamente) non dovuto. In definitiva, il disvalore giuridico conseguente alla violazione dell’obbligo di deposito non si spinge fino al punto di vietare la conseguente alla violazione dell’obbligo di deposito non si spinge fino al punto di vietare la contrattazione a titolo oneroso su immobili e aziende, ma priva della tutela giuridica, nei limiti suesposti, il pagamento illegittimamente effettuato al soggetto alienante. Alle medesime conseguenze dovrebbe, poi, giungersi anche nei casi in cui le parti rifiutino di prestare la propria collaborazione ai fini della determinazione dell’importo delle somme da depositare (non dichiarando, ad esempio, quali somme sono state pagate prima dell’atto, ovvero non quantificando l’importo delle spese condominiali da pagare in base all’ultimo rendiconto approvato)*”.

¹⁵⁹ Altri esempi di inadempimento da parte del notaio sono: l’inadempimento all’obbligo di deposito, nell’ipotesi in cui il notaio omettesse di informare le parti dell’esistenza di tale obbligo e, conseguentemente, il pagamento avesse senz’altro luogo tra le parti stesse; nel caso in cui il notaio consigli, illegittimamente, alle parti di anticipare il pagamento del prezzo rispetto al momento della stipula, allo specifico fine di eludere l’applicazione delle norme in esame; ed altre.

¹⁶⁰ Artt. 136 e 147, lett. a e b, l. not., 1.

Tale ipotesi integra il reato appropriazione indebita ovvero, se si tratta di somme dovute all'erario come tasse e imposte, di peculato.

3. Il deposito della caparra confirmatoria presso terzi: profili di criticità

Proseguendo nell'analisi delle figure civilistiche affini all'*escrow*, pare opportuno indagare se sia possibile configurare la caparra confirmatoria quale *escrow*.

Al fine di dare una risposta sulla possibilità o meno di configurare la caparra confirmatoria quale *escrow* risulta necessario partire dall'analisi della disciplina civilistica della caparra confirmatoria.

L'istituto della caparra confirmatoria è disciplinato dall'art. 1385 cod. civ.¹⁶¹, il quale identifica la caparra confirmatoria nella somma di denaro o in una determinata quantità di altre cose fungibili che, nel momento della stipula del contratto, una parte consegna all'altra.

Dal dettato dell'art. 1385 cod. civ. la caparra confirmatoria parrebbe essere a tutti gli effetti un contratto reale¹⁶², poiché la conclusione del negozio si avrà solo in seguito alla consegna materiale della somma di denaro o di altre cose fungibili¹⁶³.

Da ciò si deve concludere nel senso che la *traditio* è l'elemento indispensabile per il perfezionamento del negozio, il quale va a integrare il consenso che le parti hanno manifestato.

¹⁶¹ L'art. 1385, comma 1, cod. civ. così recita: “*Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta*”.

II° comma: “*Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra*”.

III° comma: “*Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali*”.

¹⁶² “Al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra” è l'espressione inequivocabile usata dal legislatore del '42, che si rinviene, ad esempio, con una formulazione simile nell'art. 1803 cod. civ. in tema di comodato o nell'art. 1813 cod. civ., in materia di mutuo, entrambi negozi tipicamente reali.

¹⁶³ Tra la dottrina, che è pressoché unanime sul punto, vedi M. BIANCA, *La responsabilità*, op. cit., pp. 395 ss.; W. D'AVANZO, *Caparra*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, pp. 2 ss.; A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Torino, 2006, p. 1031; G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, pp. 5 ss. Una parte della dottrina sotto il vecchio codice affermava “*la giuridica inesistenza di caparra, ove ciò che questa costituisce non fosse stato consegnato*”, vedi P. GABBA, *Della caparra in diritto italiano*, Città di Castello, 1927, pp. 4 ss..

Orbene, la caparra confirmatoria dispiegherà i suoi effetti solo successivamente al passaggio della *res*¹⁶⁴.

In senso favorevole alla natura reale del patto di caparra confirmatoria depone anche una nota sentenza¹⁶⁵ che verrà in appresso esaminata, la quale aggiunge che la “coazione bilaterale all’adempimento” si produce con la consegna della somma di denaro, e non prima.

In questo quadro, appare utile segnalare una ricostruzione diversa che è stata proposta dalla dottrina in base alla quale per la formazione della fattispecie sarebbero indispensabili due negozi, il primo reale e il secondo meramente obbligatorio¹⁶⁶: il negozio reale sarebbe ideato in favore dell’*accipiens*, il quale nel caso di inadempimento dell’altra parte decidendo di recedere dal contratto ha il diritto di trattenere le somme ricevute a titolo di caparra confirmatoria; mentre il negozio meramente obbligatorio, invece, sarebbe funzionale al *tradens*, il quale, in caso di inadempimento dell’altra parte, decida di recedere obbligando l’*accipiens* a restituirgli una somma di denaro o una determinata quantità di altre cose fungibili della stessa qualità e genere di quelle che lo stesso ha versato a titolo di caparra.

La *datio rei* verrebbe così a rappresentare soltanto un presupposto valido per il diritto dell’*accipiens*, verificatosi l’inadempimento del *tradens*, di trattenere la caparra ricevuta. Tale tesi raggiunge gli stessi risultati che già si verificano con l’inquadramento dell’istituto nella categoria dei contratti reali, in quanto è la stessa norma che, in seguito alla *traditio*, prevede nei commi 2 e 3 dell’art. 1385 cod. civ. i diversi rimedi a cui può ricorrere la parte diligente in caso di inadempimento dell’altra parte.

I commi 2 e 3 costituiscono il fulcro della disciplina dell’art. 1385 cod. civ. attribuendo alcuni rimedi alla parte diligente del rapporto in caso di inadempimento dell’altra parte. Si tratta di una forma di tutela rafforzata che permette la risoluzione rapida della vicenda, fornendo alla

¹⁶⁴ “La caparra confirmatoria costituisce un contratto che si perfeziona con la consegna che una parte fa all’altra di una somma di denaro o di una determinata quantità di cose fungibili per il caso d’inadempimento delle obbligazioni nascenti da un diverso negozio ad esso collegato (c.d. contratto principale)”, così Cass., 15 aprile 2002, n. 5424, in *Riv. Notar.*, 2002, 1573. Negli stessi termini vedi Cass., 4 marzo 2004, n. 4411, in *Contratti*, 2004, 987; Cass. 15 maggio 1998, n. 4902, in *Rep. Foro. It.*, 1999, voce *Contratto in genere*, n. 464; Cass., 23 agosto 1997, n. 7935, in *Reo. Foro. it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 429; Cass., 15 aprile 1982, n. 2268, in *Rep. Foro. It.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 127; Cass., 7 giugno 1978, n. 2870, in *Rep. Foro. It.*, 1978, voce *Contratto in genere*, n. 192.

¹⁶⁵ Trib. Di Monza, Sez. II, 17 novembre 2014.

¹⁶⁶ La tesi si deve a V.M. TRIMARCHI, *Caparra* (dir. civ.), in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, 191 ss.

parte diligente la possibilità di sciogliersi dal vincolo. Inoltre, nel caso in cui sia inadempiente il soggetto che riceve la caparra questo potrà anche ottenere la somma consegnata a titolo di caparra confirmatoria quale liquidazione forfettaria del danno sofferto. Al contrario, nel caso in cui a rendersi inadempiente sia il soggetto che ha consegnato la caparra, lo stesso avrà diritto ad ottenere una somma pari al doppio dell'importo dato a titolo di caparra confirmatoria.

A norma del comma 3, le parti possono comunque chiedere l'esecuzione o la risoluzione del contratto, in tal caso il risarcimento del danno sarà disciplinato dalle regole generali.

La scelta tra la risoluzione giudiziale e quella stragiudiziale¹⁶⁷, previste dall'art. 1385 cod. civ., è riservata alla parte non inadempiente¹⁶⁸.

A lungo si è discusso circa la possibilità di configurare una caparra puramente consensuale e, oggi, sulla base del combinato disposto degli artt. 1321 e 1322 cod. civ. che consentono alle parti di regolamentare i propri interessi nel modo che ritengono più opportuno, purché vengano rispettate le previsioni di tali disposizioni, si deve concludere circa la sua ammissibilità.

La lettura dell'art. 1385 cod. civ. depone in favore della natura reale della caparra, che richiede, quindi, per il suo perfezionamento la *traditio* della *res*, ma ciò non esclude che le parti di comune accordo possano derogare a tale disciplina, pur rispettando la *ratio* dell'istituto, e configurare una caparra consensuale, in cui la consegna non assurge a *conditio sine qua non*¹⁶⁹ risultando sufficiente per il perfezionamento del contratto la comune e definitiva manifestazione del consenso delle parti. A tal fine, non basta la semplice consegna del denaro

¹⁶⁷ Per una lettura in chiave rimediabile di questa doppia possibilità di uscita dal contratto offerta alla parte diligente del rapporto v. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, pp. 222 ss.

¹⁶⁸ In particolare, vedi S. CHERTI, *Caparra confirmatoria – volontà delle parti e imputazione del denaro a titolo di acconto o caparra*, in *Giur. It.*, 2015, 3, p. 589, il quale afferma che sarà la parte non inadempiente a valutare se esporsi all'aleatorietà di un giudizio ordinario per la liquidazione effettiva del danno, ovvero trattenere la caparra, accontentandosi così della sua determinazione forfettaria. In questo quadro, può senz'altro dirsi che più alta sarà la somma data a titolo di caparra (in rapporto all'entità della prestazione), maggiori saranno le possibilità che la vicenda si chiuda con la risoluzione di diritto (incameramento puro e semplice della somma ricevuta ovvero riscossione del doppio dell'importo versato, e dispensa da ogni onere semplice della somma ricevuta ovvero riscossione del doppio dell'importo versato, e dispensa da ogni onere probatorio); mentre una caparra irrisoria o comunque lontana dal valore di mercato delle prestazioni scambiate farà preferire la strada della risoluzione ordinaria, con tutto ciò che questo comporta.

¹⁶⁹ A tal riguardo, vedi S. CHERTI, *Il contratto reale di caparra: rilettura obbligata di un dogma* (nota a Cass. 9 agosto 2011, n. 17127), in *La resp. civ.*, 2012, pp. 437 ss., il quale afferma che nel diritto dei contratti, per come disegnato dal legislatore, la fattispecie consensuale (tipica o atipica) viene ad esistenza prima di quella reale, di modo che per i contraenti da una parte, sarà più facile porre in essere negozi consensuali, dall'altra, per giungere alla conclusione di un contratto reale, non potranno che passare (anche solo astrattamente) attraverso uno schema consensuale potenzialmente idoneo a raggiungere i medesimi effetti del corrispondente negozio reale.

al momento della conclusione del negozio ritenendosi necessaria, altresì, che la volontà delle parti sia stata nel senso di produrre gli effetti previsti dall'art. 1385 cod. civ.¹⁷⁰.

Da un'attenta lettura degli artt. 1321¹⁷¹ e 1322¹⁷² cod. civ. e rispettando tali previsioni è possibile concludere che le parti godono della libertà di regolamentare, nel modo che ritengono più adatto, i loro interessi. Di conseguenza, le stesse possono decidere di perseguire gli effetti dettati dall'art. 1385 cod. civ. consegnando una parte all'altra all'atto della conclusione del contratto una somma di denaro o una certa quantità di altre cose fungibili.

Volgendo l'attenzione ai casi in cui potrebbe ravvisarsi una similitudine tra la caparra confirmatoria e l'*escrow*, giova rappresentare il caso di una compravendita immobiliare ove le parti abbiano previsto che il promissario acquirente consegni una somma a titolo di caparra confirmatoria nelle mani di un terzo (il mediatore) e, dunque, non direttamente al promittente venditore. In questo caso, il terzo ha l'obbligo di custodire la somma sino al momento in cui il promittente venditore decida di accettare la proposta d'acquisto, così dovendo il terzo consegnare al venditore detta somma. Diversamente, in caso di mancata accettazione, la somma verrebbe restituita al promissario acquirente¹⁷³.

In tale contesto è importante precisare che secondo la prassi negoziale, nel caso in cui venga disposta contrattualmente la consegna della caparra successivamente alla stipula del contratto principale, questa verrà valutata come un contratto preliminare.

È in tale ipotesi che la caparra confirmatoria potrebbe configurarsi quale *escrow*, dal momento che le parti possono convenire, durante la stipula di un contratto, la consegna ad un terzo di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, il quale solo successivamente alla conclusione del contratto definitivo verserà a favore del destinatario.

¹⁷⁰ L'aspetto volontaristico nell'esame della questione è messo in risalto da P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 36, pp. 123 ss., secondo il quale andrebbe riconosciuta piena validità a quegli accordi che, derogando agli schemi legislativi che prevedono negozi reali, ravvisano nelle stesse fattispecie contratti consensuali (fatte salve, al limite, le ipotesi del riporto e della donazione di modico valore).

¹⁷¹ L'art. 1321 cod. civ., così recita: "*il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*".

¹⁷² L'art. 1322 cod. civ., così recita: "*le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*".

¹⁷³ Trib. Di Monza, Sez. II, 17 novembre 2014.

A tal proposito è, però, necessario fare alcune precisazioni.

In primo luogo, il patto di caparra si perfezionerà soltanto una volta avvenuta la consegna nelle mani della parte che è tenuta a riceverla (nel caso in esame il promittente venditore), anche se il promissario acquirente compie un primo atto della *traditio* nelle mani del terzo. Quindi, tra il tempo della consegna al terzo e quello del versamento in favore del venditore il patto sarà produttivo di effetti solo con riferimento al secondo. Vale la pena precisare che tale conclusione è valida in tutti i casi in cui il terzo che riceve la dazione della somma di denaro non sia il rappresentante della controparte. Invero, ricorrendo quest'ultimo caso la consegna verrebbe a coincidere con l'*acceptio* compiuta in nome altrui. Inoltre, affinché il patto di caparra sia valido ed efficace è necessario che la consegna (in questo caso, dal mediatore al venditore) avvenga contestualmente alla stipula del patto di caparra (nel caso in esame, coeva all'accettazione della proposta d'acquisto da parte sempre del venditore). Alla luce delle considerazioni sopra illustrate bisogna concludere che, la somma consegnata da una parte (nel caso in esame, dal promissario acquirente) ad un terzo (il mediatore), affinché lo stesso la custodisca e la consegni, una volta avvenuta la conclusione del contratto definitivo, all'altra parte (in questo caso, il venditore), può valere quale caparra confirmatoria *ex art. 1385 cod. civ.*, solo se vi sia una espressa manifestazione di volontà in tal senso delle parti.

Infine, è opportuno segnalare le modalità di applicazione della tutela rafforzata ai sensi del comma 2 dell'*art. 1385 cod. civ.*, nel caso in cui il destinatario della somma depositata presso il terzo a titolo di caparra confirmatoria risulti inadempiente. In tale caso, il soggetto non inadempiente avrà diritto, da un lato, allo svincolo della somma depositata in proprio favore e, dall'altro, avrà diritto al pagamento di un pari importo dal soggetto inadempiente. Soltanto in questo modo la tutela rafforzata *ex art. 1385 cod. civ.* avrà piena efficacia e il soggetto non inadempiente che ha versato la caparra avrà modo di ricevere il doppio della caparra come previsto da tale articolo.

4. *L'escrow e il negozio fiduciario*

Un altro istituto civilistico che presenta diverse analogie con l'*escrow* risulta essere il negozio fiduciario¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Una dettagliata analisi critica relativa all'inquadramento dottrinale del negozio fiduciario tra vivi viene offerta da M. LUPOI, *Istituzioni del Diritto dei Trust e degli Affidamenti Fiduciari*, II edizione, Padova, 2011, pp. 221 ss. Al riguardo, l'Autore osserva come la dottrina sul negozio fiduciario venne formulata dalla Pandettistica

Il negozio fiduciario è una figura discussa e controversa¹⁷⁵ nel nostro sistema giuridico e che non trova una disciplina nel codice civile¹⁷⁶.

Tale istituto viene definito come l'accordo con cui un soggetto, ossia il fiduciante, trasferisce a un altro soggetto, ossia il fiduciario, beni e/o rapporti giuridici e/o diritti, con l'obbligo per quest'ultimo in base al c.d. "*pactum fiduciae*" di ritrasferirli, in futuro al fiduciante stesso ovvero a un terzo beneficiario.

Tale figura si sostanzia, quindi, in un accordo di carattere obbligatorio ("*pactum fiduciae*") intercorrente tra due parti, con il quale una parte trasmette all'altra una situazione giuridica soggettiva affinché quest'ultima consegua uno scopo ulteriore. Per realizzare tale scopo ulteriore, il fiduciario deve gestire tale situazione soggettiva, nel rispetto dei modi e tempi decisi

dell'Ottocento, dando origine ad una serie di banalizzazioni e di improprie generalizzazioni e scontando una sostanziale incomprensione dei dati emergenti dalla realtà negoziale tanto che "*la nozione di negozio fiduciario è oramai incrostata di polemiche dogmatiche dimentiche della storia giuridica e, sopra tutto, della complessità dei fenomeni reali*".

¹⁷⁵ 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, p. 10, rammenta la distinzione tra la fiducia romanistica e la fiducia germanica che rappresenta il nucleo del dibattito in merito all'ammissibilità o meno dell'istituto in parola. Secondo una definizione che risulta essere sempre attuale, il differenziale tra l'una e l'altra risiede nell'essenza e nel limite del potere giuridico conferito al fiduciario. Fondamentale, quindi, è il modo in cui la fiducia rileva esteriormente. In particolare, secondo la fiducia romanistica, il trasferimento del bene al fiduciario comporta in capo a quest'ultimo, l'attribuzione della piena titolarità del bene. Per contro, la fiducia germanica è caratterizzata dal fatto che il fiduciario è legittimato rispetto a certe condotte giuridicamente rilevanti, restando la titolarità dei diritti in capo al fiduciante. Negli ordinamenti votati alla rigorosa tipicità dei diritti reali, pertanto, si tende ad ammettere soltanto la fiducia romanistica. È, appunto, con il contratto fiduciario che, in concomitanza al passaggio di proprietà, sorge l'obbligo per il fiduciario di restituire i beni al fiduciante o al terzo da questi designato.

In particolare sull'inammissibilità del negozio fiduciario G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia, op. cit.*, pp. 168 ss., "*Soprattutto chi ha sostenuto l'inammissibilità del negozio fiduciario, ha fatto sovente ricorso alla categoria del negozio indiretto onde soddisfare, per questa via, esigenze – in buona sostanza – del tutto analoghe a quelle cui avrebbe dovuto far fronte la (disconosciuta) figura del negozio fiduciario: le parti – si è infatti rilevato – intendono utilizzare indirettamente il negozio, per il raggiungimento di uno scopo (pratico) diverso da quello tipico del negozio adottato. Ma questa logica non è a tutti parsa convincente, se è vero che taluno – affermata la natura astratta del negozio fiduciario – ha recisamente negato che esso possa mai essere assimilato al negozio indiretto, che sempre presuppone un negozio causale. La diversità concettuale tra negozio fiduciario e negozio indiretto è, poi, uno dei capisaldi della nota elaborazione di Grassetti, stante la disconosciuta possibilità di piegare a fini fiduciari i negozi causali tipici*".

¹⁷⁶ L'unica norma dell'ordinamento che contempla la fiducia è l'art. 627 cod. civ. In particolare, il primo comma di tale articolo afferma che, nella disposizione fiduciaria: "*Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratti di persona interposta*". Il secondo comma poi afferma che "*Tuttavia la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione, salvo che sia un incapace*". Infine il 3 comma prevede che: "*le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l'istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci a ricevere*".

nell'accordo e deve, nell'esercizio delle sue funzioni, tenere un comportamento che sia congruo e coerente¹⁷⁷.

Difatti, ad avviso di larga parte della dottrina, il negozio fiduciario si contraddistingue “*per un'eccedenza o sproporzione del mezzo prescelto dalle parti rispetto all'intento pratico che le stesse perseguono*”¹⁷⁸.

Il negozio fiduciario, dunque, apparentemente simile all'*escrow*, presenta invece talune differenze sostanziali rispetto al contratto di *escrow*.

In primo luogo, a differenza dell'*escrow agreement* nel negozio fiduciario la restituzione ovvero la consegna del bene non è subordinata al verificarsi di una determinata condizione o al realizzarsi di un certo evento¹⁷⁹.

Al contrario, di regola, nel negozio fiduciario viene prevista la possibilità di recedere da tale accordo, il quale si basa sulla buona cura e gestione ottimale dei beni trasmessi al fiduciario¹⁸⁰.

In secondo luogo, mentre il negozio fiduciario è caratterizzato dall'elemento della “fiducia”, e cioè, sull'affidamento del fiduciante con riferimento alla lealtà del comportamento che sarà tenuto dal fiduciario; nell'*escrow agreement* l'*escrow holder*, in qualità di depositario, è per definizione un soggetto terzo, imparziale ed estraneo rispetto alle parti del rapporto principale¹⁸¹.

¹⁷⁷ V.M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, in Enciclopedia del Diritto, XXVIII, Milano, 1978. L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 101 ss.

¹⁷⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 179.

¹⁷⁹ Z. MENOTTI, *Do you need escrow? L'escrow, la sua versione contrattuale e le sue applicazioni. Dalle origini alla rivoluzione digitale*, op. cit., p. 25.

¹⁸⁰ [s://www.e-glossa.it/wiki/il_negozio_fiduciario.aspx](https://www.e-glossa.it/wiki/il_negozio_fiduciario.aspx): “La fiducia non è disciplinata dal codice civile (se si eccettua il caso di cui all'art. 627 cod. civ.: c.d. fiducia testamentaria). Si ritiene tuttavia che la limitazione convenzionale degli effetti del negozio di investitura reale del fiduciario sia ammissibile, in omaggio al principio generale dell'autonomia negoziale (art. 1322 cod. civ.), limitatamente agli effetti interni ed a condizione che siano osservate ulteriori regole poste dall'ordinamento in materia di causa illecita (Cass. Civ. Sez. I 7152/83), di negozio in frode alla legge, di motivo illecito comune ai contraenti (Cass. Civ. Sez. II, 12830/92) (artt. 1343, 1344, 1345 cod. civ.). Le considerazioni di cui sopra sembrano revocate in dubbio in riferimento all'attività di gestione fiduciaria esercitata da apposite società (per l'appunto denominate “fiduciarie” in forza della legislazione speciale (cfr. Legge 23 novembre 1939 n. 1966).

¹⁸¹ P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 374.

Inoltre, mentre l'*escrow agent* ha una funzione di raccordo tra i due *principals* del contratto principale; nel negozio fiduciario, il fiduciario assume l'obbligo di compiere l'attività giuridica per conto del fiduciante e il trasferimento della situazione giuridica soggettiva rappresenta solamente lo strumento per raggiungere tale fine¹⁸².

Un'altra differenza tra i due istituti si sostanzia nel fatto che, mentre nel negozio fiduciario il bene ovvero il diritto sono aggredibili da terzi quali i creditori del fiduciario che possono, quindi, rivalersi su tale bene; ove il contratto di *escrow* rientri nella fattispecie del deposito obbligatorio del prezzo e altre somme presso il notaio ai sensi del sopra citato art. 1, comma 63-67 della legge n. 147 del 2013, la somma depositata non è aggredibile dai creditori tanto del notaio-*escrow holder* quanto dei due *principals*, i quali, quindi, si trovano nell'impossibilità di esperire alcuna azione esecutiva su tali somme che beneficiano della segregazione patrimoniale.

In tale contesto, giova rammentare che nel negozio fiduciario, il trasferimento della titolarità del bene o di altro diritto in capo al fiduciario ha efficacia reale divenendo quest'ultimo titolare del bene/diritto e non essendo il "*pactum fiduciae*" opponibile a terzi¹⁸³.

Sotto questa luce, in caso di violazione del patto fiduciario per mancata restituzione del bene¹⁸⁴, il fiduciante potrà agire al fine di recuperarlo chiedendo anche il risarcimento dei danni; nel caso in cui il fiduciario abbia trasferito il bene a terzi, il fiduciante potrà soltanto ottenere il risarcimento dei danni e non anche recuperare il bene poiché il "*pactum fiduciae*" non è agli stessi opponibile¹⁸⁵.

Alla luce di tali considerazioni, si può concludere che la funzione di garanzia propria del contratto di *escrow* non trova il medesimo trattamento nel negozio fiduciario a causa delle evidenti citate differenze strutturali intercorrenti tra i due istituti.

¹⁸² In questa prospettiva vi è il rischio di abuso da parte del fiduciario, consistente in un uso difforme rispetto a quello pattuito con il fiduciante.

¹⁸³ Così in Italia e in Svizzera. Non da meno, anche nella Confederazione, il nostro Tribunale Federale – nel silenzio della propria dottrina – ha preso parte a un vivace dibattito tedesco in forza del quale ne è derivata una delimitazione dell'operatività ed efficacia del negozio fiduciario.

¹⁸⁴ Per mancato adempimento dei termini contrattuali o ancora per un comportamento non conforme alla legge applicabile.

¹⁸⁵ Nella prassi operativa, di regola, il fiduciario assolve il suo impegno senza sottrarsi ad esso, ben conoscendo le gravi conseguenze penali e disciplinari cui va incontro (a maggior ragione trattandosi di società deputate a una corretta amministrazione di patrimoni altrui).

5. *L'escrow il mandato e il sequestro convenzionale*

Nella analisi delle varie figure civilistiche affini all'*escrow*, giungiamo ad analizzare le analogie che quest'ultimo istituto ha con il mandato¹⁸⁶ e, in modo particolare, con il mandato irrevocabile conferito nell'interesse di una o di entrambe le parti del rapporto principale¹⁸⁷.

Ai sensi dell'art. 1703 cod. civ., il mandato è “*il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra*”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Z. MENOTTI, *Do you need escrow? L'escrow, la sua versione contrattuale e le sue applicazioni. Dalle origini alla rivoluzione digitale, op. cit.*, pp. 34 ss. In origine il *mandatum* nasce come contratto essenzialmente gratuito, altresì riconosciuto come consensuale in epoca preclassica e dà luogo a un rapporto obbligatorio che ancora oggi conserva lo stesso cardine. Esso, infatti, obbligava il *mandatarius* a compiere uno o più atti giuridici per conto di un altro soggetto definito *mandans* o *mandator* (come concludere un mutuo o una compravendita) oppure a svolgere attività di fatto (come ad esempio la cura di una piantagione). Per il mandatario vigeva l'obbligo di attenersi perfettamente alle istruzioni impartite dal mandante, anche avvalendosi della collaborazione di un terzo (sub mandato); orientarsi in ogni caso all'interesse del mandante, qualora le indicazioni contrattuali gli lasciassero un certo margine di valutazione; comportarsi costantemente da *vir bonus* come esige la *bona fides* su cui si fondava l'intero rapporto; trasferire nel patrimonio del mandante gli acquisti fatti per effetto dell'espletamento del mandato; trasferirgli il dominio dei beni acquistati; riversargli le somme incassate e gli interessi maturati sulle stesse somme percepite se impiegate a proprio profitto. Il mandante era obbligato, per contro, a rimborsare il mandatario di tutte le spese sostenute in buona fede nonché a risarcirlo per eventuali danni subiti a causa del mandato. Furono le esigenze commerciali a conferirgli il carattere consensuale, quando, necessariamente gli interessati dovevano rivolgersi a intermediari lontani e curassero loro affari di cui non potevano occuparsi personalmente. L'identificazione, lo sviluppo e l'affermazione di questa figura contrattuale sono dovuti, in particolar modo, all'evoluzione giurisprudenziale del *praetor peregrinus*.

¹⁸⁷ A.M. LUCIANI, *Escrow, op. cit.*, p. 824, fornisce alcuni esempi di tale figura: vi può essere l'ipotesi di Tizio che riceve una procura irrevocabile a vendere con possibilità di utilizzarla solo al verificarsi di certi eventi, come il pagamento del prezzo. Oppure, può capitare che in un mutuo concesso da un istituto bancario, la somma viene incassata dal mutuatario e, d'accordo con la banca, da lui rideposita presso un notaio, il quale restituirà la somma al mutuatario solo dopo aver iscritto l'ipoteca a garanzia del mutuo. Si può poi configurare un contratto preliminare di compravendita, con prezzo già pagato, nel quale le parti hanno pattuito che Tizio formalmente trasferirà a Caio le proprie azioni di una certa società, al verificarsi di determinate condizioni. Nel frattempo, le azioni vengono trasferite fiduciarmente ad un terzo soggetto con l'obbligo di curarne la gestione e consegnarle a Caio al momento previsto. Da ultimo, infine, è frequente il caso di un produttore di merci che, in attesa di trovarne i compratori, consegna le stesse, o i titoli che le rappresentano, in pegno ad una banca, ricevendo in anticipo quanto confida di ricevere dai compratori. La banca avrà la facoltà di disporre delle merci con l'obbligo di restituire il *tantundem*, una volta che sia stata adempiuta l'obbligazione.

¹⁸⁸ Parte della dottrina italiana assimila il contratto fiduciario al mandato. La stessa giurisprudenza italiana tende, talvolta, a far coincidere queste due figure negoziali. Su questo punto, R. FRANCO, R. SCOTTI, *Negozio fiduciario*, cap. XXII p. 636: che affermano che “*tuttavia la giurisprudenza di legittimità ha tracciato una linea di demarcazione sulla base del seguente ragionamento: l'interpretazione del caso deve condurre alla configurazione del negozio fiduciario qualora un soggetto (fiduciante) attribuisca ad un altro soggetto (fiduciario) una determinata somma di denaro affinché acquisti da un terzo un bene diventandone in tal modo titolare nei confronti di quest'ultimo ma anche erga omnes, con lo specifico incarico di farne un certo uso, convenuto con il fiduciante, per poi trasferirlo al fiduciante medesimo (Cass. 19.5.1960, n. 121, GI, 1960, I, 1, 730)*”. Lo stesso autore prosegue nel saggio, ammettendo che il caso “oggetto della disamina” non esclude lo schema tipico del mandato senza rappresentanza, ove il passaggio dei diritti e degli obblighi in capo al mandante non è immediato bensì necessita di ulteriore trasferimento degli stessi da parte del mandatario. Inoltre, l'Autore si domanda cosa potrebbe vietare alle parti, in effetti, di prevedere tra le condizioni contrattuali del mandato che il mandatario mantenga il bene nella

Non sembrano esservi dubbi sulla applicabilità della disciplina del mandato nei casi in cui le parti del rapporto principale conferiscono all'*escrow agent* il compito di eseguire anche atti giuridici diversi dalla mera custodia e consegna del bene o della somma di denaro depositata in *escrow*¹⁸⁹.

In particolare, i *principals* potrebbero conferire all'*escrow agent* l'incarico di gestire e investire le somme presso lo stesso depositate, aprire un conto corrente, ovvero estinguere debiti (ad esempio, di natura fiscale)¹⁹⁰. In tal caso, l'*escrow agent*, dovrà rendere conto ai mandanti del lavoro svolto, ad eccezione del caso in cui sia stato dispensato dagli stessi. A tal proposito, occorre ricordare che nei casi in cui il mandatario abbia agito con dolo o colpa grave, la dispensa effettuata dai mandanti non dispiega alcun effetto¹⁹¹.

Tuttavia, occorre sottolineare che a differenza dell'*escrow* il mandato, e nello specifico il mandato irrevocabile conferito nell'interesse di una o di entrambe le parti del rapporto principale si distingue per una serie di differenze sostanziali.

In primo luogo, come già affermato parlando della figura del deposito, l'*escrow agreement*, a differenza del mandato, si caratterizza per la sua struttura trilaterale, mentre il mandato ha struttura plurilaterale soltanto nei casi di mandato collettivo.

In secondo luogo, la funzione di garanzia svolta dall'*escrow agreement* e in modo particolare dal contratto di *escrow* nei casi in cui rientra nella fattispecie del deposito obbligatorio del prezzo e altre somme presso il notaio ai sensi dell'art. 1, comma 63-67 della legge n. 147 del 2013, non trova corrispondenza nel mandato irrevocabile conferito nell'interesse di una o di entrambe le parti del rapporto principale.

Difatti, mentre i creditori del mandatario possono aggredire la somma di denaro trasferita dal mandante poiché la stessa si è confusa nel patrimonio del mandatario stesso; nel caso in cui il contratto di *escrow* rientri nella fattispecie del deposito obbligatorio del prezzo e altre somme

propria sfera giuridica per destinarlo a un certo scopo o a una certa attività – presumibilmente fruttuosa e vantaggiosa per il mandante – impiegando un certo lasso di tempo.

¹⁸⁹ Cfr. L. BARASSI, *Depositi fiduciari di somme o di titoli: fiducia, mandato, agency, escrow*, op. cit., pp. 282-283.

¹⁹⁰ V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, op. cit., p. 195; C. Licini, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, op. cit., p. 1067.

¹⁹¹ A. AZARA, *Clausola di Escrow*, op. cit., p. 903.

presso il notaio, la somma depositata in *escrow* beneficia dell'effetto della segregazione patrimoniale.

Ne consegue che, al pari di quanto precedentemente affermato con riferimento alla figura del negozio fiduciario, tale somma non potrà essere aggredita né dai creditori dell'*escrow holder* né da quelli dei *principals*, i quali, dunque, si troveranno nell'impossibilità di esperire l'azione esecutiva su dette somme.

Ciò comporta per il creditore la certezza che nel caso in cui il debitore si renda inadempiente riceverà ugualmente l'importo da lui depositato. Inoltre, le somme di denaro depositate saranno opponibili ai creditori anche nel caso in cui l'*escrow holder* fallisca. Le parti, quindi, solo in questo caso risultano pienamente tutelate¹⁹².

L'*escrow agreement*, poi, presenta delle innegabili similitudini anche con il sequestro convenzionale¹⁹³.

Il sequestro convenzionale¹⁹⁴ è disciplinato dall'art. 1798 cod. civ. che lo definisce come “il contratto col quale due o più persone affidano a un terzo una cosa o una pluralità di cose,

¹⁹² P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, op. cit., pp. 375 ss.

¹⁹³ Scrive P. DI SAMOSATA, nel libro 2 sopra l'Editto: “Nel sequestro vi è propriamente un deposito, che da più persone viene solidalmente fatto per la custodia e restituzione sotto una determinata condizione”. La restituzione con riserva di avveramento della condizione pattuita, si è conservata nel corso dei secoli l'essenza e la sostanza di questo istituto giuridico.

¹⁹⁴ Il *depositum in sequestre* o *sequestratio* diffuso nei moderni ordinamenti è quello definito “convenzionale”. Si presenta come una delle tre figure speciali di deposito, incluso nel sistema contrattuale prospettato da Gaio; si distingue dal tipico deposito sotto alcuni importanti aspetti. Innanzitutto, la cosa deve essere restituita solo a chi si trovi nella condizione contrattuale prevista; la restituzione avviene solo se e nel momento in cui si realizza il requisito fissato nel contratto. Pertanto, l'obbligo di custodia del sequestratario non cessa fino alla scadenza del termine pattuito o – prima della richiesta di restituzione – con consenso del pretore che lo esonera dai suoi obblighi; il sequestratario – a differenza del depositario – non ha semplice detenzione bensì è titolare della *possessio ad interdicta*, potendo così esercitare gli *interdicta* a tutela della *possessio*.

La *possessio ad interdicta* è una forma particolare di *possessio* tutelata dal pretore attraverso *interdicta*, nell'ambito del *ius honorarium* ed equiparabile alla *possessio* vera e propria. Col *ius honorarium* non tutte le forme di *possessio* conoscono una protezione propria, ma per quelle principali si introducono *interdicta* volti ora a respingere la molestia altrui, come gli *interdicta retinendae possessionis* o a garantire il possesso perduto per condotta violenta altrui (*interdicta recipiendae possessionis*) oppure previsti allo scopo di consentire l'acquisto del possesso da colui che non è considerato meritevole di esserlo, come l'*interdicta adipiscendae possessionis*. Alla tutela interdettale posta a favore dei *possessores pro suo* si contrappone quella a beneficio dei *possessores pro alieno*: coloro che detengono una cosa riconoscendo che essa appartiene ad altri. Tra questi: il sequestratario, il creditore pignoratizio, il precarista.

rispetto alla quale sia nata tra esse controversia, perché la custodisca e la restituisca a quella a cui spetterà quando la controversia sarà definita”.

Occorre innanzitutto sottolineare che entrambe le figure presentano una medesima struttura trilaterale, ove il depositario ricopre il ruolo di garante rispetto alle altre due parti¹⁹⁵.

A differenza, però, del contratto di *escrow*, il sequestro convenzionale¹⁹⁶ nasce da una controversia avente ad oggetto il bene depositato e la sorte di tale bene dipenderà dall'esito della controversia stessa e non dalla realizzazione di una determinata condizione o evento previsti nel contratto come accade invece nell'*escrow*. In questa prospettiva, *“l'affidamento riguarda, invero, la destinazione della cosa a chi risulterà vincitore della controversia e, strumentalmente, la sua custodia e amministrazione, onde esso è di comune interesse delle parti, che congiuntamente affidano”*¹⁹⁷.

In particolare, il sequestratario¹⁹⁸ (c.d. *sequester*), a cui viene affidato l'incarico dalle parti, ha il compito di custodire beni mobili o immobili di cui sono controverse la proprietà o il possesso, al fine di restituirli, una volta conclusa la controversia, a colui che venga riconosciuto come titolare degli stessi.

Occorre sottolineare che risulta necessario affinché un bene possa considerarsi sequestrato che il deposito venga fatto da più persone solidalmente. In tale circostanza, è possibile ravvisare una ulteriore similitudine con l'*escrow agreement*, in quanto in tale contratto l'incarico

¹⁹⁵ Tra i doveri dell'*escrow agent*, si annovera così il *dual agency*, il compito di tenere separati gli interessi confliggenti di entrambe le parti del rapporto principale. Ecco perché ci si può riferire sovente agli *escrow agents* quali *dual* o *double agents*.

¹⁹⁶ 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 ce 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*.

¹⁹⁷ Così M. LUPOLI, *Istituzioni del Diritto dei Trust e degli Affidamenti Fiduciari*, op. cit., pp. 337 ss., che evidenzia come lo scarsissimo ricorso della prassi al sequestro convenzionale testimonia che il meccanismo previsto nel codice civile non è efficiente.

¹⁹⁸ 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.

all'*escrow agent* viene conferito solidalmente da entrambe le parti del rapporto principale e soltanto le stesse congiuntamente possono revocargli l'incarico¹⁹⁹.

Inoltre, il sequestro convenzionale condivide con l'*escrow agreement* la funzione di garanzia, avendo il fine di sottrarre il bene depositato dalla materiale disponibilità delle parti in lite.

Alla luce di tali considerazioni, si può concludere che la differenza sostanziale tra l'*escrow agreement* e il sequestro convenzionale ha riguardo allo scopo. Infatti, mentre il contratto di *escrow* mira a prevenire una controversia, il sequestro conservativo, invece, la presuppone necessariamente.

¹⁹⁹ Z. MENOTTI, *Do you need escrow? L'escrow, la sua versione contrattuale e le sue applicazioni. Dalle origini alla rivoluzione digitale*, op. cit., pp. 13 ss.

CAPITOLO III

L'ESCROW NELLA PRASSI DEGLI AFFARI

SOMMARIO: 1. La clausola di *escrow* nella compravendita di partecipazioni sociali – 2. Il *software escrow* – 3. La pratica del *countertrade* e la costituzione dell'*escrow* account come forma di garanzia – 4. La giurisprudenza sull'*escrow* – 4.1 Il caso *Weigel v. Hardesty & Robertson* – 4.2 Il caso *Allan v. Martin* – 4.3 La giurisprudenza italiana in materia di *escrow* – 5. Modello di clausola di *escrow* – 6. Modello di contratto di *escrow*

1. La clausola di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali

L'*escrow agreement* conosce una grande varietà di applicazioni le quali mutano in relazione ai diversi ordinamenti che lo recepiscono o adottano.

Particolarmente diffuso, soprattutto in Italia, è l'utilizzo del contratto di *escrow* nell'ambito della compravendita di partecipazioni sociali.

In tale contesto, l'istituto dell'*escrow* assolve principalmente alla funzione, come già segnalato, di garantire il promissario acquirente dall'evenienza che le garanzie offerte dal venditore vengano violate, assicurandogli, il sicuro pagamento dell'indennizzo.

A tal fine, il venditore procede a depositare presso un terzo una somma di denaro a titolo di risarcimento, accompagnata dall'accordo che il depositario consegnerà tale somma all'acquirente in caso di violazione delle garanzie contrattuali. L'*escrow agreement*, così, assicura al compratore un pronto e agevole ristoro, superando l'eventuale ostacolo di una successiva carenza di capacità finanziaria del venditore.

L'*escrow* viene, inoltre, utilizzato anche come garanzia per il venditore in relazione al pagamento del prezzo residuo da parte dell'acquirente. Infatti, di sovente accade che le parti convengono che l'acquirente debba procedere al pagamento di una prima parte del prezzo alla data di conclusione del contratto mentre la restante dovrà essere dallo stesso corrisposta successivamente a tale data²⁰⁰.

²⁰⁰

Al fine di cogliere l'utilizzo dell'*escrow agreement* nell'ambito della compravendita di partecipazioni sociali risulta necessario analizzare brevemente tali procedure, prestando particolare attenzione alle garanzie contenute in tali contratti e alle modalità di pagamento del prezzo.

Nel contratto di compravendita di partecipazioni sociali figurano due parti, la prima vende ("cessione") e la seconda acquista ("acquisizione") una partecipazione sociale (*i.e.* quote o azioni della società).

Se si assume che tale contratto è assoggettato al diritto italiano²⁰¹, lo stesso va qualificato alla stregua di un contratto di compravendita ricorrendo i requisiti stabiliti dall'art. 1470 cod. civ..²⁰²

Tale qualificazione spiega il fatto che spesso nella prassi ci si riferisce al contratto di trasferimento delle quote o azioni denominandolo, appunto, contratto di compravendita.

Maggiormente frequente è l'utilizzo di termini quali "cessione" oppure "acquisizione" i quali, però, esprimono lo stesso fenomeno. Infatti, la "cessione" rappresenta la compravendita dal punto di vista del venditore, mentre l'"acquisizione" dalla prospettiva del compratore. Di conseguenza, il meccanismo di trasferimento delle quote o azioni può essere meglio definito con il termine "compravendita"²⁰³.

²⁰⁰ Sempre nel contesto delle acquisizioni di partecipazioni sociali, il contratto di *escrow* può essere usato per assicurare l'adempimento di altre obbligazioni dei contraenti. Non è raro che la parte che vende una partecipazione sociale si assoggetti, per un certo periodo, a un obbligo di non concorrenza. Se il venditore cede solo una parte della propria attività, può capitare che continui a operare in concorrenza con l'attività ceduta. Ciò potrebbe rendere l'acquisto meno interessante e fruttuoso per il compratore, il quale vorrà garantirsi contro questa evenienza con un apposito divieto di concorrenza. Per rendere efficace il divieto di concorrenza, è usuale la previsione di penali. Al fine di garantire ulteriormente il rispetto del divieto di concorrenza, una somma di denaro può essere depositata dal venditore su un conto fiduciario a garanzia del compratore, somma a cui l'acquirente potrà attingere in caso di violazioni. A questo riguardo v. C. MARTINETTI, *Le "garanzie" delle garanzie e le clausole indennitarie*, in AA.VV., *Le acquisizioni societarie*, a cura di M. IRRERA, Bologna, 2011, pp. 236 ss.

²⁰¹ Una scelta diversa potrà essere operata, ad esempio, quando una delle parti è straniera. Per i profili di diritto internazionale privato della cessione di partecipazioni sociali vedi S.M. CARBONE, *Conflitti di leggi e giurisdizione nella disciplina dei trasferimenti di pacchetti azionari di riferimento*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, pp. 777 ss.

²⁰² "La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo". Nel caso specifico del contratto di compravendita di partecipazioni sociali il bene oggetto del trasferimento sono le quote o azioni della società (e solo indirettamente e *pro quota*, in relazione al valore delle quote o azioni, le attività e passività della società), mentre il prezzo è il corrispettivo che viene pagato dall'acquirente.

²⁰³ Con riferimento all'oggetto della compravendita non appare invece corretta l'espressione, seppure sia ricorrente nella prassi, di "acquisto di società": difatti il contratto non concerne la società, ma solo la partecipazione che un socio detiene nella società. Anche se l'acquisto di quote o azioni implica, nella relativa misura percentuale, l'acquisto delle attività e passività pertinenti alla società, ciò avviene solo indirettamente. Corretta appare pertanto

Risulta di importanza decisiva sottolineare che se è vero che l'acquirente di un contratto di compravendita di partecipazioni sociali acquista direttamente solo le azioni o quote di una società, risulta anche vero che egli come conseguenza della conclusione di un tale contratto acquista la qualità di socio, divenendo parte di una società che presenta attività e passività. Emerge, così, l'esigenza di tutelare l'acquirente, il quale essendo, prima dell'acquisto, soggetto esterno alla società non dispone di informazioni sufficienti per valutare adeguatamente i rischi connessi all'acquisto.

Per rispondere a tale esigenza generalmente si prevede che, prima della conclusione di un contratto di compravendita di partecipazioni sociali, l'acquirente possa svolgere un'attività di *due diligence*, e, quindi, effettuare le verifiche necessarie prima di acquistare la partecipazione sociale.

È importante comprendere quale sia la funzione propria della *due diligence*²⁰⁴. In particolare, la stessa si rinviene nel ridurre l'asimmetria informativa tra le parti con l'obiettivo specifico di individuare le aree di rischio che presenta la società *target*, sulle quali successivamente negoziare le clausole di garanzia (cc. dd. *representations & warranties*) da inserire nel contratto di compravendita (nella prassi degli affari più comunemente denominato “SPA”, ossia “*sale and purchase agreement*”).

A tale riguardo, bisogna osservare come nel contratto di compravendita di partecipazioni sociali, normalmente, è lo stesso venditore a prevedere a favore dell'acquirente delle garanzie espresse²⁰⁵.

Tali garanzie sono differenti da caso a caso risultando, a tal fine, rilevante, tra l'altro, la necessità o meno di una delle parti di concludere velocemente il contratto. Infatti, la parte che vuole giungere velocemente alla stipula del contratto tenderà ad attribuire un peso maggiore

la distinzione, utilizzata dalla giurisprudenza, fra oggetto “immediato” dell'acquisto (la partecipazione sociale) e oggetto “mediato” dell'acquisto (le attività e passività della società). L'utilizzo nella prassi di espressioni quali “contratto di cessione” oppure “contratto di acquisizione” determina malintesi non solo di carattere linguistico, ma anche di natura sostanziale: si afferma difatti talvolta che il contratto di “cessione” o “acquisizione” non sarebbe uno dei contratti tipici disciplinati espressamente nel nostro ordinamento.

²⁰⁴ Cfr. V. CONCA, *Le acquisizioni*, Milano, 2001, pp. 144 ss., ove si parla di *preliminary due diligence* come mezzo avente l'obiettivo di acquisire una conoscenza diretta del *business* e degli elementi essenziali per verificare le ragioni strategiche e i benefici della potenziale acquisizione.

²⁰⁵ Concernenti non solo la partecipazione compravenduta in sé e per sé considerata, ma anche – e soprattutto – le caratteristiche sostanziali della società sottostante.

alle clausole di garanzia, poiché non ha avuto tempo di valutare propriamente (mediante la menzionata *due diligence*) i rischi derivanti dalla compravendita²⁰⁶.

Nello specifico, le garanzie contrattuali hanno come finalità quella di tutelare e garantire l'acquirente relativamente a circostanze che al momento della conclusione del contratto non hanno ancora generato un danno ma che potrebbero produrlo in futuro. Mediante tali clausole, quindi, il venditore si rende responsabile per i danni prodotti, nel caso in cui si verifichi l'evento dedotto in contratto entro un termine ragionevole.

Talvolta, a seguito delle risultanze della *due diligence*, può apparire più probabile il verificarsi dell'evento dedotto in contratto e temuto dall'acquirente nel breve periodo²⁰⁷. Tali particolari situazioni, di regola, vengono risolte con l'inserimento nel contratto di una clausola di

²⁰⁶ Talvolta le clausole concernenti le garanzie sono scritte in modo particolarmente analitico: si tratta della tecnica contrattuale prediletta nei paesi anglosassoni, dove i contratti si caratterizzano per essere particolarmente dettagliati. L'elencazione analitica delle garanzie è peraltro generalmente accompagnata oppure sostituita da clausole di chiusura con le quali si attesta un certo stato di fatto in modo sintetico. Con riferimento, ad esempio, alla materia del contenzioso si può ripetere per ogni materia (ambientale, lavoro, rapporti con clienti e fornitori, ecc.) che non sussistono controversie fra la società e terzi; può tuttavia bastare limitarsi a una clausola generale che attesta l'assenza di qualsiasi lite.

²⁰⁷ Si pensi al caso in cui sui terreni di proprietà della società della quale si vuole acquisire una partecipazione siano in corso delle verifiche per il sospetto di danni ambientali che potrebbero, laddove confermati, implicare un obbligo risarcitorio della società oppure si pensi all'ipotesi in cui la società sia parte di un contenzioso, in cui è convenuta in giudizio: se la causa verrà persa, la società sarà costretta a pagare una somma di danaro ad un terzo.

indennizzo (c.d. *indemnity*)²⁰⁸. In particolare, con tale previsione contrattuale, il venditore fornisce il rimedio nel caso di sua violazione delle *representation & warranties*²⁰⁹.

Per completezza, giova segnalare come nei contratti di compravendita di partecipazioni sociali, di regola, vengano inserite, oltre alle clausole di *indemnity*, anche garanzie generiche che coprono pericoli astratti, ove risulta improbabile il verificarsi del danno²¹⁰.

Inoltre, risulta necessario esaminare le conseguenze della violazione delle garanzie contrattuali che sono state precedentemente offerte all'acquirente.

A tal riguardo, il compratore ha a disposizione sia rimedi di tipo restitutorio (risoluzione o annullamento del contratto), che di tipo risarcitorio, mediante dette clausole di indennizzo. Poiché, i rimedi restitutori non risultano, di regola, adatti alle esigenze delle parti del contratto di compravendita di partecipazioni sociali²¹¹, nella prassi si rinviene che il rimedio

²⁰⁸ Di seguito, un esempio di clausola di "indennizzo", tratta da un contratto di compravendita di partecipazioni sociali:

"I Venditori, per quanto di rispettiva competenza in proporzione alla partecipazione da ciascuno di essi ceduta, si impegnano a manlevare e tenere indenne l'Acquirente (l'"Obbligo di Indennizzo") da ogni e qualsiasi obbligo, debito, danno, minusvalenza, sopravvenienza passiva, lesione, passività, responsabilità e rischio, multe, sanzioni e qualsiasi altro costo o spesa ragionevole, così come qualsiasi parcella e spesa sostenuta da avvocati o altri consulenti, siano essi noti o ignoti, già manifestati o solo potenziali, attuali o futuri (la "Passività") che si dovesse verificare a carico dell'Acquirente e/o della Società e/o le Società Partecipate in relazione a: a) Non veridicità, accuratezza, completezza e/o inesattezza delle e garanzie; b) inesigibilità dei crediti di cui all'Allegato [•] nei termini ivi convenuti; c) atti, fatti, eventi, omissioni, circostanze o situazioni che, seppur manifestatisi e/o insorti e/o individuati successivamente alla Data di Esecuzione, siano ciò nondimeno riferibili e/o imputabili alla gestione della Società e delle Società Partecipate precedente alla Data di Esecuzione medesima, senza essere stati iscritti nella situazione patrimoniale di riferimento allegata al presente Accordo sub Allegato [•] (la "Situazione di Riferimento"); e/o d) inadempimenti e/o inesatti adempimenti delle obbligazioni assunte dai Venditori ai sensi del presente Accordo (ivi incluse le violazioni degli impegni previsti al precedente Articolo [•]).

L'Obbligo di Indennizzo: a) opererà senza limiti minimi di ammontare ma entro il limite massimo dell'importo pari al Deposito Vincolato; b) riguarderà esclusivamente il [•] % di ogni Passività (l'"Indennizzo"); e c) cesserà di essere efficace una volta che, in adempimento all'impegno medesimo, i Venditori abbiano corrisposto all'Acquirente somme che, complessivamente considerate, ammontino a complessivi € [•]".

²⁰⁹ M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, op. cit., pp. 298 ss., osserva come in alternativa all'apposizione dell'*indemnity*, le parti potrebbero usufruire dello strumento di determinazione del prezzo, del c.d. *price adjustment*. Tale istituto permette di intervenire - a fronte delle difformità riscontrate, rispetto a quelle garantite - direttamente sul prezzo da versare, che esso diminuirà quanto più risulterà difforme la situazione reale. A tal proposito, però, non ci si può esimere dal tener conto che si tratta di due rimedi ben distinti, dato il differente campo di applicazione: il *price adjustment* incide direttamente sull'obbligazione del *purchesor*, modificandola; mentre l'*indemnity* produrrebbe una pluralità di prestazioni accessorie.

²¹⁰ Si immagini il caso di una società svolgente attività manifatturiera, la quale - sulla base delle verifiche fatte in corso di due diligence - appare in regola con tutte le normative ambientali applicabili. L'acquirente può, ciò nonostante, insistere per l'inserimento in contratto di una clausola che garantisce tale stato di cose. Laddove, dopo l'acquisizione, risultasse che vi sono delle violazioni di tipo ambientale, la clausola potrà essere attivata dal compratore nei confronti del venditore al fine di ottenere il risarcimento del danno.

maggiormente utilizzato in favore dell'acquirente sia l'indennizzo ai sensi del contratto di compravendita²¹².

In tale contesto, ad esempio, la somma depositata in *escrow* a tutela di taluna garanzia fornita contrattualmente dal venditore, sarà svincolata a titolo di indennizzo in favore del compratore nel caso di violazione della garanzia da parte del venditore.

Nella prassi, è altresì, frequente inserire nel contratto, in caso di violazione delle garanzie dallo stesso previste, la clausola di c.d. "unico rimedio", ereditata dalla prassi anglosassone ove è definita "*sole and exclusive remedy*"²¹³. Tale clausola prevede che il ricorso al risarcimento del danno sarà il solo ed unico rimedio azionabile da parte dell'acquirente in un'eventuale fase patologica del contratto, con ciò escludendo in partenza la possibilità di ricorrere ad altri possibili rimedi, e, in particolare all'annullamento o alla risoluzione del contratto.

Il venditore può essere chiamato, in caso di violazione delle garanzie contrattuali, a risarcire varie categorie di danno e, ovviamente, il suo interesse sarà nel senso di limitare contrattualmente tali tipologie²¹⁴, rendendo - appunto - esercitabile solo la richiesta di indennizzo.

²¹¹ Infatti, le parti che si accordano per la compravendita di una partecipazione sociale non sono quasi mai interessate a mettere nel nulla l'operazione, una volta che è stata realizzata. Semmai l'obiettivo del compratore, una volta accertato che la partecipazione non presenta le caratteristiche richieste, è quello di ottenere una riduzione del prezzo. Bisogna però aggiungere che anche la riduzione del prezzo non costituisce generalmente un rimedio adeguato al contesto delle acquisizioni societarie, in quanto è ragionevole assumere che il venditore si determini all'operazione facendo affidamento sulla valutazione della partecipazione che è stata concretamente effettuata, senza alcuna intenzione di rivedere *ex post* al ribasso il prezzo. Il rischio che il venditore non vuole correre è quello che il compratore eccipisca violazioni di garanzie, in ipotesi subito dopo la conclusione del contratto, al fine di ottenere la restituzione di parte del prezzo pagato per le quote o azioni.

²¹² Bisogna peraltro osservare che, dal punto di vista economico, riduzione del prezzo e risarcimento del danno si assomigliano molto. Si supponga che la partecipazione venga venduta per 1 milione di euro e che, successivamente, venga chiesto dal compratore un risarcimento di 100 mila euro: una volta che questa somma è stata "restituita" dal venditore all'acquirente, è come se il reale prezzo di acquisto della partecipazione fosse stato - complessivamente - di 900 mila euro.

²¹³ Appare utile, al fine di meglio comprendere la funzione che essa intende assolvere, riportare un esempio di tale clausola riportato nel libro di A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, p. 121: "*A partire dalla Data di Esecuzione, i diritti di indennizzo previsto dal presente Articolo [•] costituiranno il rimedio unico ed esclusivo che l'Acquirente possa invocare in relazione alla violazione delle "Garanzie dei Venditori". A beneficio di maggiore chiarezza, in caso di inadempimento o di difformità rispetto alle "Garanzie dei Venditori", l'Acquirente rinuncia sin da ora al diritto di risolvere, annullare o rescindere il presente Contratto o di rifiutare di effettuare l'Esecuzione*".

²¹⁴ Con riguardo alle diverse tipologie di danno, la distinzione fondamentale è quella tra danno emergente e lucro cessante. Di conseguenza, il venditore tenterà di circoscrivere nel contratto la risarcibilità con riguardo al solo danno emergente, al contrario l'acquirente cercherà di estenderla fino a ricomprendervi anche il lucro cessante. A titolo esemplificativo, si pensi al caso di un terreno comprato nel contesto dell'acquisizione, che si rivela poi essere inquinato e che richiede 100 mila euro di costi di bonifica; si immagini altresì che i lavori di bonifica impongano

L'*escrow agreement*, come precedentemente affermato, oltre a costituire una garanzia per l'acquirente circa il risarcimento dei danni causati dalla violazione delle garanzie predisposte dal venditore può essere utilizzato anche per disciplinare i flussi di pagamento del prezzo delle quote o delle azioni.

Difatti, nelle operazioni di compravendita di partecipazioni sociali di sovente il prezzo non viene corrisposto in un'unica soluzione ed in questo caso il ricorso al contratto di *escrow* mediante deposito del prezzo residuo presso un terzo depositario garantisce il venditore di un pronto e agevole pagamento.

Con riferimento alla scansione temporale, la corresponsione del prezzo da parte dell'acquirente relativo all'acquisto delle quote o delle azioni, generalmente può avvenire al momento della sottoscrizione del contratto, all'atto notarile di trasferimento della partecipazione, ovvero anche successivamente²¹⁵. Di norma, il pagamento del prezzo avviene in quest'ultimo momento²¹⁶.

Talvolta, però, ed è in questo contesto che di regola viene concluso il contratto di *escrow*, la corresponsione del prezzo da parte dell'acquirente avviene in seguito al perfezionamento dell'operazione poiché, al momento del *closing*, le parti non sono in grado di quantificare l'esatta somma dovuta. Ricorrendo una simile circostanza, il contratto di regola prevede dei meccanismi di aggiustamento del prezzo, in base ai quali al momento del *closing* l'acquirente paga un determinato prezzo con l'accordo che tale prezzo, successivamente, potrà essere modificato. La rettifica del prezzo, di norma, avviene in seguito all'accertamento del suo esatto ammontare da parte di un revisore a tal fine incaricato dalle parti²¹⁷.

la chiusura dello stabilimento per 15 giorni, determinando mancati guadagni per 200 mila euro. A seconda di come sarà strutturata la clausola, l'acquirente potrà ottenere il risarcimento solo della perdita subita (100 mila euro) oppure anche del mancato guadagno (altri 200 mila euro).

²¹⁵ In relazione al momento del pagamento del prezzo sussiste, all'evidenza, un tendenziale conflitto fra la posizione del venditore e quella dell'acquirente: il primo vuole ottenere il pagamento appena possibile (e in ogni caso non più tardi del perfezionamento del trasferimento della partecipazione); al contrario l'acquirente tenderà a posporre il momento in cui paga tutto il prezzo o parte di esso. Il pagamento del prezzo già al momento della sottoscrizione del contratto di acquisizione non è usuale nella prassi, anche se talvolta si assiste al pagamento di un anticipo.

²¹⁶ Alcune volte però parte del prezzo viene corrisposto in un momento successivo. Ciò avviene ad esempio in presenza di clausole di *earn-out*, alla luce delle quali il pagamento di parte del prezzo è futuro (oltre che eventuale).

²¹⁷ Dal momento che la cessione della partecipazione avviene con l'atto notarile, idealmente la situazione della società va "fotografata" con riferimento a tale momento. Il punto è che i bilanci aggiornati alla data del *closing* potranno essere disponibili solo successivamente, quando gli esperti incaricati avranno avuto il tempo tecnico necessario per predisporli. Decorsi pertanto alcuni giorni oppure alcune settimane dal perfezionamento dell'atto, i revisori comunicheranno alle parti il valore definitivo della partecipazione, con l'effetto che il prezzo verrà rettificato in modo corrispondente.

Nel caso in cui venga concluso, in tale contesto, l'*escrow agreement* è previsto che l'acquirente inizialmente proceda al pagamento di una sola parte del prezzo mentre la restante parte viene depositata a titolo di garanzia presso un terzo. In seguito all'accertamento dell'esatto ammontare del prezzo da parte dei revisori, la somma depositata presso il terzo viene consegnata al venditore, nel caso in cui l'importo dovuto risulti minore di quello precedentemente versato, ovvero, in caso contrario, restituita all'acquirente.

In conclusione, il contratto di *escrow* ha funzione di garanzia, poiché la somma consegnata al depositario esce dalla disponibilità di colui che la versa, il quale, quindi, non ne può più disporre. Inoltre, il contratto prevede le condizioni al verificarsi delle quali il depositario dovrà restituire la somma all'acquirente ovvero consegnarla al venditore.

2. *Il software escrow*

Uno dei campi del diritto anglosassone dove il contratto di *escrow* risulta sempre più diffuso è quello del *software license*.

Il c.d. *software escrow*²¹⁸ risponde all'esigenza pratica di tutelare il licenziatario dall'evenienza di un futuro fallimento del proprietario del *software* ovvero dal verificarsi di altri eventi che lo rendano inadempiente, in modo tale che il licenziatario possa accedere direttamente al codice sorgente²¹⁹ del programma (*source code*)²²⁰.

²¹⁸ Nell'articolo contenuto nella pagina web <https://www.nccgroup.trust/uk/our-services/software-escrow-and-verification/> viene affermato che "*a software escrow solution is a simple arrangement designed to mitigate risk and protect all parties involved in the development, supply and use of business critical software*".

²¹⁹ Bisogna rilevare che un programma per elaboratore ha due forme espressive: il *codice oggetto* leggibile dalla macchina e il *codice sorgente* che è la forma "letteraria" del programma leggibile e modificabile dall'uomo. Il licenziante cede al licenziatario soltanto il codice oggetto, mentre il codice sorgente rimane a sua disposizione. Sul dizionario informatico all'indirizzo <http://www.dizionarioinformatico.com> ritroviamo la seguente definizione di codice sorgente: "un insieme di istruzioni che costituiscono il programma, scritto in uno o più file utilizzando un linguaggio informale ad alto livello (C, C++, Basic, Pascal, Cobol, Java, etc.). Perché sia eseguibile dal processore, il codice sorgente deve essere compilato (cfr. Compilatore) in codice macchina o codice oggetto, oppure elaborato da un interprete".

²²⁰ C. BOUNDY, *Business contracts handbook*, Gower Publishing Limited, England, 2010, p. 285: "*The development contract should provide for the source code (the human-readable programming language for the software) to be deposited with an independent escrow agent (such as the NCC Group) which would hold it and only release it to the client on the developer's insolvency or established breach of the main agreement. A separate three-party escrow agreement will be entered into to reflect this. Most such agreements, however, provide for the source code to be delivered up by the escrow agent only if the developer become insolvent, or possibly because of termination following the developer's breach. But this leaves the client at risk if the contract is terminated for some other good reason, such as no-fault notice. Standard escrow agreements should therefore be looked at carefully and adapted as necessary to protect both parties from logical outcomes*".

Con tale contratto si prevede che il proprietario del *software* (licenziante) conceda l'utilizzo del suo programma ad un'altra parte (licenziatario), dietro il pagamento di un corrispettivo, e contestualmente depositi presso un terzo (depositario) una copia del *source code* del programma stesso²²¹. Così che il terzo, nel caso in cui si realizzi uno degli eventi dedotti nel contratto, consegni la copia del codice sorgente al licenziatario.

Da tale definizione si evince che a favore del licenziatario, al momento della conclusione del contratto, è trasferito esclusivamente il c.d. codice oggetto (*object code*) sufficiente a far funzionare correttamente il programma, il quale non consente, però, di modificarne la struttura o il funzionamento.

Bisogna sottolineare che oltre al *source code*, in caso di realizzazione di uno degli eventi dedotti nel contratto, il licenziatario necessiterà anche di ogni altro materiale fondamentale in relazione al mantenimento e aggiornamento ottimale del programma. La scelta di tali materiali dipenderà dal contenuto del contratto stesso il quale, generalmente, riguarderà anche la manutenzione, l'assistenza e gli aggiornamenti²²².

Inoltre, il ricorso al *software escrow* permette di conciliare le diverse esigenze di entrambe le parti coinvolte in una licenza *software*. Difatti, in primo luogo, il licenziatario vuole essere

²²¹ La natura del *software escrow* viene chiarita dal Tribunale di Oristano che, nella sentenza del 9 marzo 2016, fornisce una descrizione compiuta di questa tipologia di contratti di uso comune nei sistemi di *common law*. Il tribunale di Oristano ha preso le mosse dal contratto dedotto in causa e definito come "accordo di escrow e sviluppo" - per chiarire che quest'ultimo non consisteva in un vero e proprio source code escrow in quanto nella specie la consegna (di una copia) del codice sorgente del programma e della relativa documentazione era intervenuta tra le stesse parti e ai fini della esecuzione del contratto medesimo, avente ad oggetto proprio la programmazione, e non ad un terzo. Diversamente dal contratto in questione il *software escrow* individua, invece, quel tipo particolare di contratto che si perfeziona tra un'azienda produttrice di software (il licenziante o fornitore), un cliente (il licenziatario) ed un terzo soggetto imparziale (normalmente un notaio), detto "*escrow holder*".

²²² Sulla distinzione tra vendita e licenza, M. RICOLFI, I contratti dell'informatica, [altri dati], ove viene affermato che "La distinzione fra vendita di copia del programma e licenza del programma quale bene immateriale può essere utilmente impiegata per procedere alla qualificazione della fornitura di programmi applicativi standardizzati. Questi ultimi sono disegnati in modo da svolgere funzioni utili per cerchie ampie e indeterminate di utenti; vengono immessi dal titolare attraverso circuiti di massa; l'acquisto di ciascuna copia del programma avviene attraverso un contratto impersonale fra il distributore e l'acquirente; talora l'acquirente si limita a pagare il prezzo e ad aprire una confezione sigillata senza neppur sottoscrivere alcun documento contrattuale (c.d. *shrink wrap license*). Ricorrendo a queste modalità di commercializzazione, il titolare del programma esprime la volontà di "distribuire" copie del programma ad utilizzatori finali la cui identità gli resta ignota; non di negoziare il bene immateriale autorizzando il proprio contraente ad immettere sul mercato il numero di beni informatici che questi riterrà opportuno. Ciò è sufficiente ad escludere che nelle fattispecie riconducibili a questa tipologia si possa ravvisare una "licenza di programma", anche se questa può essere la terminologia impiegata dalla pratica, quindi di vere e proprie vendite. L'utilizzatore, pertanto, può considerarsi autorizzato solo agli usi del programma conformi alla sua destinazione (art. 64 ter, n. 1, l. autore); entro questi limiti, il diritto del titolare si esaurisce con la prima messa in commercio e la copia del programma può da lui essere rivenduta (art. 64-bis, n. 1., lett. c), l. autore)".

tenuto indenne dal rischio di futuro inadempimento o fallimento del proprietario del programma e non trovarsi, quindi, in una posizione vulnerabile che possa compromettere il buon andamento della sua attività²²³. In secondo luogo, colui che fornisce il *software* vuole mantenere confidenziale il *source code* come anche gli altri materiali cruciali relativi al suo programma. Orbene, il ricorso al *software escrow* sembra la soluzione più pratica e veloce per rispondere ad entrambe le esigenze.

In particolare, il contratto di *software escrow*, come ogni altro *escrow agreement*²²⁴, richiede per il suo perfezionamento la presenza di un soggetto terzo (depositario) il quale oltre a conservare il codice sorgente e la altra documentazione ricevuta dal licenziante deve anche accertare, al fine di rafforzare la tutela fornita al licenziatario, che gli stessi siano in buon funzionamento e privi di danni. Inoltre, il depositario deve costantemente procedere all'aggiornamento del deposito delle nuove versioni sviluppate del *software*.

Invero, nel caso in cui il codice sorgente e gli altri documenti depositati contengano informazioni che richiedono un aggiornamento, nel contratto di *software escrow*, di regola, sarà inserita una clausola che attribuisce al licenziante la possibilità di accedere a tali documenti, previo ragionevole preavviso, al fine di ispezionarli e di depositarne dei nuovi²²⁵.

²²³ Infatti, nel caso in cui il fornitore non potesse, per le più varie cause continuare ad assistere il cliente, questi si troverebbe nell'impossibilità di usare correttamente il prodotto acquistato. In tali casi, l'unica via per il licenziatario (che, giova ricordarlo, non dispone del codice sorgente) è costituita dal reverse engineering. Con questo termine si intende quell'attività di "decompilazione" del programma, ovvero quella serie di operazioni che, partendo dal codice oggetto, portano alla "decifrazione" del codice sorgente. Si pongono, a tal punto, due tipi di problemi. Il primo è che il reverse engineering è estremamente dispendioso e complesso, e richiede una enorme quantità di lavoro, in modo da compromettere del tutto l'economicità del contratto di fornitura di software. In secondo luogo, la legge sul diritto d'autore, che tutela il software come opera dell'ingegno, consente la decompilazione senza autorizzazione del licenziante soltanto allo scopo di consentire l'"interoperabilità" del software (art. 64-*quater*) o, secondo un'interpretazione estensiva, al fine di correggere quegli errori che non permettono il corretto uso del programma (art. 64-*ter*). Tali possibilità, ovviamente, presuppongono l'inadempimento del fornitore, il quale non voglia o non possa riparare ovvero adattare il software licenziato. In questo caso, comunque, l'utente potrebbe operare una messa in mora del produttore e, in caso di inerzia di quest'ultimo, provvedere alla decompilazione del programma. Ma va segnalato che, di regola, i contratti di licenza di software prevedono espressamente il divieto di praticare il reverse engineering: ciò chiude al licenziatario ogni possibilità di provvedere da se stesso, nei rari casi in cui risulti conveniente, alla riparazione o all'adattamento del programma acquistato.

²²⁴ Una volta scelto, tra i principali fattori vengono in evidenza: il tempo da cui è attivo in questo caratteristico *business* l'agente; dove e come tiene in deposito i materiali (di regola, in appositi *repository*. Le "celle" sono controllate regolarmente con test di penetrazione e altri esami per la loro sicurezza); di quali competenze tecniche e legali dispone e quanto facilmente sia in grado di gestire l'impegno; come si deve depositare presso l'agente il codice sorgente.

²²⁵ Il programma, difatti, può essere rifinito, corretto e migliorato dal licenziante, con emissione di nuove edizioni su base regolare.

Con riferimento ai diversi eventi che legittimano l'*escrow holder* alla consegna del *codice sorgente* e della documentazione ritenuta cruciale per il mantenimento e aggiornamento del *software*, bisogna rilevare che gli stessi vengono decisi dalle parti di comune accordo. Questi, di regola, coincidono con il verificarsi di eventi che rendano impossibile per il proprietario del programma adempiere alle prestazioni di assistenza e manutenzione previste nel contratto, quale ad esempio il fallimento dello stesso.

Nel caso in cui si verifichi uno di tali eventi, che il terzo depositario provvederà a certificare, il licenziatario potrà ottenere il rilascio del *source code* e degli altri documenti depositati.

La consegna a seconda dei casi potrà avvenire automaticamente, mediante la sola notifica al depositario del verificarsi dell'evento (c.d. opzione a prima richiesta), ovvero in seconda istanza e solo successivamente alla verifica delle condizioni contrattuali, la quale può essere affidata anche ad un collegio arbitrale o ad un'autorità amministrativa.

Dalle considerazioni svolte si può concludere nel senso che il *software escrow* è un contratto trilaterale di deposito a titolo oneroso il cui oggetto è rappresentato dal codice sorgente²²⁶. Tale contratto risulta collegato funzionalmente al contratto di licenza d'uso del programma depositato²²⁷.

Tra i diversi *software escrow agreements* è necessario fare una breve disamina dei tre più importanti: i *single beneficiary licensee (SB)*, i *multiple beneficiary separated products (MB-SP)* ed, infine, i *multiple beneficiary separated escrow (MB-SE)*. Il primo prevede lo schema classico dell'accordo tra tre parti: il proprietario e venditore del *software* (c.d. *owner*), un singolo beneficiario (*licensee*) ed un terzo depositario (la società di *escrow*). Il secondo, a differenza del primo, prevede che il venditore debba effettuare un ulteriore passaggio. Infatti, lo stesso deve prima procedere alla stipula di un contratto con l'*escrow holder* depositando, quindi, presso lo stesso i suoi prodotti *software* e solo in un secondo momento vengono coinvolte le altre parti e si applica la procedura tipica del *software escrow*. L'ultimo *software escrow agreement*, invece, prevede il coinvolgimento di un numero non definito di beneficiari

²²⁶ A. LORDI, *Contratto di deposito del codice sorgente*, in *Contratto e Impr.*, 2004, 2, p. 949.

²²⁷ Tra il contratto di *software escrow* e il contratto di licenza intercorre un'ipotesi di collegamento funzionale unilaterale. Esiste, infatti, sia il requisito oggettivo del collegamento, ossia il nesso teleologico dei negozi, quanto quello soggettivo della comune volontà delle parti. Il collegamento, nel caso di specie, è di tipo unilaterale in quanto solo il *software escrow agreement* dipende dal contratto di licenza. Di conseguenza solo le vicende patologiche che affliggono il contratto di licenza andranno ad incidere sul contratto di *software escrow* e non viceversa.

ulteriori ai quali viene garantito oltre ad un deposito personalizzato anche una conservazione separata²²⁸.

In conclusione, alla luce delle considerazioni svolte appare in tutta la sua evidenza l'utilità pratica del c.d. *software escrow*. Difatti, lo stesso può evitare alle parti il ricorso a lunghe controversie giudiziarie, permettendo al proprietario del programma una protezione ottimale della sua risorsa più preziosa e tutelando con strumenti efficaci e rapidi il licenziatario.

3. *La pratica del countertrade e la costituzione dell'escrow account come forma di garanzia*

L'istituto dell'*escrow*, nella particolare declinazione dell'*escrow account*, viene frequentemente utilizzato nelle operazioni di *countertrade*.

Il *countertrade* è una pratica del commercio internazionale con cui le parti si scambiano beni e servizi facendo uso dello strumento della compensazione e limitando, così, il pagamento in valuta convertibile. Si fa ricorso a tale strumento, soprattutto in caso di scarsità di valuta estera ovvero se la bilancia dei pagamenti con l'estero non si trova in equilibrio²²⁹.

Si tratta di una pratica da tempo presente negli scambi commerciali intercorrenti con i paesi parte dell'area socialista. Tale diffusione è dovuta principalmente alla rispondenza di questo fenomeno, in ragione delle sue caratteristiche, alle esigenze di pianificazione economica di tali paesi²³⁰.

In epoca relativamente più recente lo strumento del *countertrade* è stato utilizzato, con sempre maggiore frequenza²³¹, negli scambi commerciali intercorrenti con i paesi del terzo mondo.

²²⁸ Z. MENOTTI, *Do you need escrow? L'escrow, la sua versione contrattuale e le sue applicazioni. Dalle origini alla rivoluzione digitale, op. cit.*, pp. 100 ss.

²²⁹ G. BAUSILIO, *Contratti atipici*, Torino, 2014, pp. 112 ss.

²³⁰ P. BERNARDINI, *Il "countertrade" da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale*, in, in *Riv. Dir. Comm. Internaz.*, 1987, p. 117.

²³¹ Secondo P. MISHKIN, *Countertrade and Barter: The Basic Legal Structure*, in *Int. Bus. Lawyer*, feb. 1984, vol. 14, n. 2, p. 7, il *countertrade* rappresenta oggi tra il 20% e il 30% del commercio mondiale ed è destinato a dar conto, per la fine del secolo, del 50% di tale commercio. Più conservative solo le stime del GATT e di altre organizzazioni del commercio internazionale. Inoltre, secondo uno studio condotto alla fine del 1938 negli Stati Uniti dal *National Foreign Trade Council*, il numero di paesi che utilizzano tale strumento alla fine di tale anno ha raggiunto gli 88.

Il *countertrade* ha reso dunque possibile acquistare beni e servizi non creando squilibri nei pagamenti con l'estero, fornendo una risposta all'esigenza di tali paesi di risolvere il citato problema rappresentato della scarsità di valuta estera, indispensabile per far fronte al pagamento di risorse fondamentali al loro sviluppo economico²³².

Il termine inglese *countertrade* viene tradotto letteralmente come "contro commercio" e, nel tempo, viste le sue diverse articolazioni, ha assunto il significato di "scambio in compensazione".

In particolare, con il ricorso al *countertrade* si rende più agevole l'esportazione di prodotti nazionali, si provvede all'approvvigionamento delle materie necessarie per i paesi industrializzati e viene risolto il problema relativo alla scarsa liquidità di valuta sofferto principalmente dai paesi in via di sviluppo²³³.

In sostanza, il *countertrade* consiste nella realizzazione di uno scambio commerciale complesso, ove le merci e i servizi sono ceduti tramite operazioni commerciali di esportazione ed importazione collegate tra loro. In tale modo, anche se formalmente il corrispettivo delle diverse prestazioni di cui ai vari contratti è una somma di denaro, in realtà i pagamenti non vengono regolati secondo il tradizionale schema "merce contro prezzo"²³⁴.

La forma tipica maggiormente diffusa di *countertrade* è il *counter-purchase* a garanzia del quale, principalmente nell'ambito della tipologia dei cc.dd. *advanced purchase*, viene utilizzato lo strumento dell'*escrow account*.

In tale contesto, giova descrivere il contratto che prevede la costituzione dell'*escrow account* a garanzia dell'*advanced purchase*. Tale contratto, di regola, prevede la presenza di tre parti: il depositante, il quale deposita una somma di denaro presso una banca a titolo di garanzia; la banca stessa che assume la qualifica di depositario impegnandosi a custodire la somma conferitagli dal depositante e a consegnarla al beneficiario nel caso in cui si verifichi una certa

²³² Varie società multinazionali usano ormai il *countertrade* come un normale meccanismo di penetrazione commerciale. È questo il caso, ad esempio, della Goodyear (che commercializza i suoi pneumatici in cambio di minerali e di prodotti agricoli o tessili) o della Coca Cola (che ha accettato in *countertrade* dalla Jugoslavia il vino locale Slovin per consentire a questo paese di generare la valuta forte necessaria a pagare le bevande statunitensi).

²³³ È da considerare tuttavia, che tale figura non ha ricevuto le simpatie da parte delle grosse organizzazioni internazionali come la CEE perché si è rilevato che, se da un lato con il *countertrade* si risolvono sul piano pratico problemi economici tra contraenti, dall'altro, con il suo utilizzo, si possono pericolosamente realizzare forme di protezionismo, nei riguardi dei paesi in via di sviluppo.

²³⁴ G. PROVAGGI, *Agency escrow*, op. cit., p. 305.

condizione o un determinato evento ovvero in mancanza a restituirla al depositante; e il beneficiario, al quale il depositario consegnerà la somma subordinatamente al verificarsi della condizione o dell'evento previsto. L'intervento del beneficiario quale parte del relativo accordo lo garantisce dall'eventualità in cui il depositante chieda alla banca di modificare le disposizioni relative alla destinazione delle somme consegnategli.

Tornando alla trattazione della figura del *counterpurchase*²³⁵, risulta necessario esaminare le sue tipologie più diffuse, queste sono: i *parallel contracts* e l'*advanced purchase*.

La prima è la forma maggiormente diffusa di *countertrade* e si realizza mediante la conclusione di due contratti distinti, firmati dalle parti contemporaneamente ma eseguiti in momenti differenti: il primo, ossia il contratto principale, prevede la vendita di certi beni o la prestazione di determinati servizi ad un'impresa di un paese in via di sviluppo (di sovente quest'ultima coincide con un organismo statale a cui interessa quello specifico tipo di beni o servizi); il secondo, ossia il contratto accessorio, invece, prevede l'obbligo della parte esportatrice di acquistare, a sua volta, alcuni beni propri del paese in via di sviluppo fino al raggiungimento di un ammontare predeterminato in un determinato periodo (di regola dai 6 ai 18 mesi)²³⁶.

Nell'*advanced purchase*²³⁷, invece, rispetto alla sopra descritta tipologia dei *parallel contracts*, si rinviene una struttura più complessa, caratterizzata per la presenza di almeno tre contratti. Difatti, le parti dopo aver concluso i due contratti ricordati precedentemente (come nell'ipotesi di *parallel contracts*) sottoscrivono un terzo contratto confidenziale (*banking agreement*) nel quale stabiliscono che colui che figurava come importatore ai sensi del primo contratto concluso, destini in virtù del secondo contratto dove figura come esportatore la somma di denaro ricevuta quale prezzo dei beni che ha esportato unicamente al pagamento del

²³⁵ Nel *counterpurchase* si rinviene di frequente l'intervento di un terzo (normalmente una *trading company*) nell'esecuzione dell'obbligo di acquisto contratto dall'impresa occidentale, per la totalità o per una parte dei beni. Tale intervento comporterà la liberazione dell'impresa che cede il contratto, ove accettato dalla controparte (la quale potrà anche richiedere il permanere della garanzia del contraente originario); ove, invece, esso trovi luogo senza il consenso della controparte del contratto, il contraente originario resterà formalmente vincolato dall'obbligo di *counterpurchase*.

²³⁶ Il valore degli acquisti di cui al secondo contratto corrisponde, secondo gli accordi, alla totalità o ad una percentuale del valore delle esportazioni di cui al contratto principale. È evidente che più i due valori si avvicinano più la bilancia dei pagamenti del paese importatore di cui al primo contratto sarà in equilibrio.

²³⁷ All'*advanced purchase* si fa ricorso soprattutto al fine di sottrarre l'esportatore di beni o servizi da un paese occidentale ai vincoli e alle limitazioni derivanti dalla legislazione valutaria di alcuni paesi in via di sviluppo particolarmente carenti di riserve in valuta pregiata. Ciò è consentito quando con le proprie esportazioni l'impresa di uno di questi paesi è in grado di generare un sufficiente flusso di fondi all'estero con cui pagare i beni che è costretta ad importare.

corrispettivo ai sensi del primo contratto. Il terzo contratto viene, così, sottoscritto sia dalle parti dei due precedenti che da una banca che le parti scelgono di comune accordo.

È nell'ambito dell'*advanced purchase* che vengono di sovente utilizzati gli *escrow accounts* (anche chiamati i *trust accounts*²³⁸).

Nello specifico, si deve sempre eseguire per primo il contratto di compravendita avente ad oggetto la vendita di beni da parte dell'impresa del paese in via di sviluppo all'impresa occidentale. Quest'ultima deve procedere al deposito su un conto vincolato chiamato, appunto "*escrow account*" delle somme pagate a titolo di corrispettivo. Tale conto deve essere aperto presso una banca di fiducia di entrambe le parti (c.d. *trustee bank*). In tal modo, formalmente il titolare del conto risulta l'impresa del paese in via di sviluppo ma le somme depositate presso lo stesso sono vincolate unicamente al pagamento dei beni dell'impresa occidentale²³⁹.

Inoltre, è previsto che ogni somma che, al termine di un determinato periodo di tempo precedentemente fissato dalle parti, dovesse residuare sul conto diventi a tutti gli effetti di proprietà di colui che è intestatario del conto stesso. Tale somma, però, potrà essere utilizzata relativamente a successivi ordini di fornitura. Difatti, un vantaggio dell'utilizzare l'*escrow account* si rinviene nella circostanza che le forniture reciproche non devono essere equipollenti. Inoltre, è previsto che la banca deve fornire periodicamente alle altre due parti del contratto un dettagliato estratto conto.

Con il *banking agreement* ovvero con un quarto contratto²⁴⁰ le parti poi dettano le norme specifiche che regolano l'andamento dei flussi monetari che entrano ed escono dal conto stesso, in modo tale da evitare un eccessivo ristagno di valuta ovvero l'insufficienza di fondi, e, quindi, l'eventualità che, contrariamente a quanto previsto dalle parti, le vendite di cui al secondo contratto non procedano in parallelo alle vendite previste nel primo.

L'utilizzo dell'*escrow account*, inoltre, è una forma di garanzia per l'impresa occidentale, poiché quest'ultima ha la certezza che quando, in esecuzione del contratto principale, procederà

²³⁸ Poiché nasce e si sviluppa nella prassi bancaria sulla base dell'istituto del *trust* della *common law*.

²³⁹ G. PROVAGGI, *Agency escrow*, *op. cit.*, pp. 291 ss.

²⁴⁰ Il valore di questo quarto accordo varia, in base ai casi, da un vero e proprio vincolo giuridico ad una mera dichiarazione di intenti.

ad esportare beni presso il paese in via di sviluppo vi saranno fondi sufficienti disponibili per il pagamento in valuta convertibile del corrispettivo²⁴¹.

Una ulteriore garanzia disposta a favore dell'impresa occidentale (terzo beneficiario) che intervenga quale parte stipulante nel contratto costitutivo dell'*escrow account* è rappresentata, come precedentemente notato, dal superamento del rischio che il cliente in un secondo momento modifichi le disposizioni date alla sua banca con riferimento alla destinazione delle somme che sono state depositate presso la stessa.

Si può, però, verificare anche la circostanza in cui l'impresa occidentale non partecipi direttamente quale parte stipulante alla conclusione del relativo contratto. In tal caso, l'impresa occidentale potrà ugualmente conseguire, seppure in modo indiretto, la funzione di garanzia rappresentata dall'*escrow account*, ogni volta in cui le somme depositate sul conto avranno la funzione di garantire i crediti che la banca ove è aperto il conto potrà vantare verso il titolare dello stesso in virtù dell'apertura ovvero della conferma, su richiesta di quest'ultimo, di crediti documentali al fine di fornire all'impresa occidentale una garanzia relativa al pagamento del prezzo delle proprie esportazioni.

In tal caso, le parti che stipulano il contratto costitutivo del conto saranno solo (i) l'impresa o organizzazione statale del paese in via di sviluppo o del paese socialista che risulta titolare del conto; (ii) la banca dove il conto è stato aperto; e, infine, (iii) la banca che, subordinatamente alla conferma del credito da parte della prima banca, procede all'apertura del credito documentale a titolo di garanzia per l'esportatore.

In conclusione, l'*escrow account* rappresenta una forma di garanzia in quanto produce sempre l'effetto di sottrarre le somme che sono state depositate nel conto vincolato alla disponibilità del suo titolare, ossia all'impresa o organizzazione di stato del paese socialista o in via di sviluppo e, quindi, preclude sia la possibilità dei creditori dell'intestatario del conto di esperire azioni cautelari o esecutive sia che le somme depositate siano assoggettate ad eventuali conseguenze di procedure concorsuali avviate nei confronti del titolare stesso²⁴². Tali somme, dunque,

²⁴² Con riferimento al problema dell'opponibilità ai terzi dell'accordo costitutivo dell'*escrow account* ogni volta in cui sulle somme su di esso depositate non siano state costituite forme di garanzia reale a favore del terzo beneficiario, P. BERNARDINI, *Il "countertrade" da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale*, op. cit., pp. 117 ss., afferma che per derogare al principio generale – comune alla pluralità dei sistemi giuridici a livello di norma imperativa se non d'ordine pubblico – secondo cui tutti i beni del debitore costituiscono la garanzia dei suoi crediti è necessario che chi deposita le somme accetti che le stesse siano restituite solo se e nella misura in cui egli abbia a sua volta eseguito i propri obblighi, a seconda dei casi, verso la banca ovvero verso il terzo beneficiario, risultando così il credito nei confronti della banca, in virtù del versamento

verranno consegnate dalla banca depositaria all'impresa occidentale una volta che la stessa abbia correttamente eseguito gli obblighi che ha assunto.

4. *La giurisprudenza sull'escrow*

Al fine di rendere più completa la presente trattazione è interessante conoscere come la giurisprudenza si sia posta su casi aventi ad oggetto l'istituto dell'*escrow*.

In Italia, è bene rammentare che - essendo l'*escrow* uno strumento di garanzia atipico di grande uso nelle operazioni societarie e immobiliari che trovano la loro disciplina nella prassi contrattuale internazionale - i contratti in cui è regolato l'*escrow* sono per lo più retti da clausole compromissorie in caso di nascita di contenziosi.

Per tale ragione, è più semplice trovare la giurisprudenza estera che nazionale. Nei prossimi paragrafi verranno dunque analizzati due casi considerati di una certa importanza nel sistema di *case law* statunitense, nonché una breve panoramica della giurisprudenza italiana.

4.1. *Il caso Weigel v. Hardesty & Robertson*

delle somme nello speciale conto al nome del suo titolare, avere la natura di un credito condizionato in base a un contratto di garanzia. Quest'ultimo è, a sua volta, valido e meritevole di tutela in quanto non stipulato in frode alla legge o ai creditori del titolare del conto ma al fine di consentire a quest'ultimo l'acquisto di beni o servizi nel quadro di un più ampio rapporto di *countertrade*. Ove queste caratteristiche del rapporto siano opportunamente evidenziate nel relativo strumento contrattuale, le condizioni cui il credito è subordinato nella sua disponibilità potranno essere validamente opposte sia ai creditori del titolare del conto che agissero in via cautelare o esecutiva nei confronti di quest'ultimo che al curatore del fallimento cui lo stesso fosse eventualmente assoggettato. Risulta importante notare che alle stesse conclusioni perviene anche una decisione della Chancery Division della House of Lords nel caso *Carrera Rothmans Ltd. V. Freeman Mathews Treasure Ltd. (in liq)* del maggio del 1948, la quale vale la pena di menzionare in quanto tale decisione sembra applicabile, data la evidente analogia della fattispecie presa in esame con l'*escrow account*, anche a tale istituto. Nel caso in esame la Corte inglese ha ritenuto che con l'accordo intervenuto tra le parti con cui diedero vita a uno speciale conto presso la banca della convenuta *Freeman Mathews Treasure* in base al quale la stessa poteva prelevare somme al solo scopo di effettuare ben individuati pagamenti a determinate terze parti, le parti avevano dato vita a un *trust*. Poiché, quindi, essendo le somme versate sullo speciale conto assoggettate a un *trust* esse non potevano considerarsi parte del patrimonio del convenuto così sottraendosi alla generale garanzia che i beni del debitore costituiscono per i suoi creditori, ciò sulla base che per accordo delle parti le somme avevano una precisa destinazione che le rendeva indisponibili per il titolare del conto stesso se non dopo che si fosse verificata la condizione dell'adempimento dell'obbligo di pagamento al cui soddisfo le somme in questione erano vincolate. La considerazione pratica che l'esame di tale decisione consente di trarre è di tutta evidenza. Se l'impresa occidentale vorrà dare il massimo di efficacia al meccanismo dell'*escrow account* quale strumento di garanzia per il pagamento del corrispettivo dovutole per l'esportazione di beni e servizi essa dovrà cercare di ottenere dalla propria controparte negoziale che tale conto sia aperto presso una banca costituita ed operante nell'ambito di un sistema giuridico che riconosce a tale strumento gli effetti voluti dalle parti, che l'accordo costitutivo del conto sia retto dalla relativa legge e che la risoluzione delle controversie che potrebbero insorgere tra le parti sia sottoposta all'esclusiva giurisdizione del giudice operante in tale sistema giuridico o a quella dell'arbitro internazionale.

Caratteristica essenziale dell'*escrow*, come precedentemente ricordato, è la terzietà ed imparzialità dell'*escrow holder*. Infatti, lo stesso rimane estraneo non divenendo parte del contratto principale a garanzia del quale è stato stipulato l'*escrow agreement*.

A tal proposito, risulta significativo il caso *Weigel v. Hardesty & Robertson* deciso dalla Colorado Court of Appeals, nel quale *Weigel* marito divorziato aveva proposto un'azione di risarcimento dei danni patiti per la violazione di un accordo relativo alla casa familiare nei confronti della sig.ra *Robertson* la sua prima moglie e *Hardesty* il suo avvocato.

All'atto del divorzio, infatti, il sig. *Weigel* e la sig.ra *Robertson* avevano raggiunto un accordo con riferimento alla casa familiare: il primo avrebbe rinunciato alla quota di sua proprietà della casa in favore della moglie, la quale, in cambio, avrebbe assunto il dovere di estinguere, per la restante parte (\$ 4.000,00), il mutuo che era stato concesso ad entrambi i coniugi (quindi, obbligati in solido) relativamente all'acquisto della casa di proprietà del fratello dell'attore.

Nello specifico, l'accordo tra i coniugi prevedeva che, avvenuta la rinuncia del marito alla quota di sua proprietà, la moglie avrebbe dovuto rimborsare il prestito in caso di vendita della proprietà in un'unica soluzione, ovvero in mancanza con rate mensili. Come garanzia del relativo pagamento la moglie si accordò per iscrivere sulla casa familiare un'ipoteca di secondo grado²⁴³ in favore del fratello dell'attore.

Come da accordi, il marito consegnò al sig. *Hardesty* (avvocato della moglie) l'atto di rinuncia alla quota della casa familiare di sua proprietà e l'avvocato lo registrò.

In un secondo momento, la sig.ra *Robertson*, non prestando fede all'accordo con il sig. *Weigel*, vendette la casa e senza pagare la parte rimanente del mutuo si trasferì in Florida. Quest'ultimo fu, quindi, costretto, poiché obbligato in solido con la sua prima moglie, a estinguere il debito, con ciò subendo un evidente danno.

La parte attrice ha, dunque, domandato il risarcimento dei danni nei confronti della prima moglie e del suo avvocato, affermando che quest'ultimo al momento dell'avvenuta consegna da parte del sig. *Weigel* dell'atto di rinuncia alla sua quota della proprietà aveva assunto la

²⁴³ Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984, p. 1025, voce *Mortgage*: si tratta di "un istituto privo di esatta equivalenza nella civil law, che si inquadra nell'ambito dei diritti di garanzia e nel concetto di *proprietary security*, ossia di garanzia reale; viene spesso equiparato all'ipoteca dalla quale, peraltro si differenzia per numerose ragioni".

qualifica di *escrow holder*. Il sig. *Weigel* continuò sostenendo che *Hardesty* doveva, quindi, essere ritenuto responsabile per aver registrato l'atto di rinuncia dello stesso, senza aver contemporaneamente registrato l'altro atto, cioè quello che avrebbero dovuto stipulare la sig.ra *Robertson* in relazione alle modalità di restituzione del mutuo e all'iscrizione dell'ipoteca di secondo grado.

La Corte ha deciso nel senso dell'assenza della qualifica di *escrow holder* in capo ad *Hardesty* motivando che un *escrow agreement* è essenzialmente un contratto che coinvolge tre parti nascendo, in origine, come un accordo tra due parti relativamente alla consegna di un bene al verificarsi di una determinata condizione.

Il bene venne, quindi, depositato, sulla base di un accordo separato, presso un terzo soggetto indipendente, accompagnato dalle istruzioni relative al suo successivo rilascio. In assenza di una tale struttura trilaterale, gli specifici doveri e obblighi gravanti sull'*escrow holder* non sorgerebbero in capo al terzo depositario, il quale assume una qualifica differente rispetto al primo poiché tra lo stesso e il soggetto a cui dovrà consegnare il bene depositato, subordinatamente all'adempimento di una determinata prestazione, non sussiste alcun accordo²⁴⁴.

Ad opinione della Corte, dunque, *Hardesty* non assunse la qualifica di *escrow holder* in quanto non era intervenuto alcun accordo tra lo stesso, la sig.ra *Robertson* e *Weigel*. In particolare, l'avvocato della convenuta non aveva ricevuto alcun mandato ai fini della stipula di un accordo con il sig. *Weigel* e per agire come soggetto *super partes*, e, pertanto non è stato considerato terzo "imparziale" rispetto all'accordo originario intervenuto tra i coniugi.

In conclusione, come emerge anche dalla sentenza esaminata, caratteristica fondamentale di un qualsivoglia *escrow agreement* è la sua struttura trilaterale e, pertanto, deve essere concluso tra tre parti.

Inoltre, altro elemento caratterizzante si rinviene nella posizione dell'*escrow holder*, il quale deve essere terzo, imparziale e indipendente dalle parti del rapporto principale, al quale rimane

²⁴⁴ Letteralmente: "[...] an escrow relationship is essentially a three-party contract. Generally it arises in the first instance by agreement between two parties concerning the delivery of an instrument upon the occurrence of a specific future condition. The instrument is thereafter deposited, by separate agreement, with an independent third party with instructions concerning its ultimate delivery. In the absence of such a tripartite contractual arrangement, the special duties of an escrow agent do not attach to a third party in possession of the instrument".

sempre estraneo. In assenza di tali requisiti il contratto di *escrow* non può considerarsi perfezionato.

4.2 *Il caso Allan v. Martin*

Per il perfezionamento dell'*escrow agreement*, come precedentemente affermato, il primo elemento necessario è rinvenibile nell'accordo tra le parti circa il deposito del bene presso un *escrow holder*. Di conseguenza, in mancanza di tale accordo il contratto non si può considerare perfezionato.

A tal proposito, appare significativa la sentenza resa nel caso *Allan v. Martin* dalla Corte Suprema dell'Arizona relativa alla stipula tra le parti di un contratto di vendita avente ad oggetto l'acquisto da parte dei signori *Allan* della casa di proprietà dei signori *Martin*.

Le parti entrarono in contatto nel febbraio del 1974. Le intenzioni dei *Martin* erano quelle di vendere la loro casa al fine di procurarsi il denaro necessario per acquistare un'altra abitazione in montagna, dove stavano finendo i lavori.

I *Martin* e gli *Allan*, allora, conclusero un contratto di vendita e contemporaneamente lo depositarono in *escrow* presso una società specializzata in depositi in garanzia, affinché gli acquirenti pagassero l'intero prezzo, convenendo il 31 luglio 1974 come termine finale dell'*escrow*. Successivamente, le parti di comune accordo decisero di prorogare tale data di quindici giorni.

Decorso inutilmente tale ultimo termine (cioè il 15 agosto 1974) i *Martin* inviarono ai compratori un telegramma nel quale ritenevano inefficace il contratto con gli stessi stipulato, in quanto si erano resi inadempienti.

Il giorno seguente i *Martin* con un'ulteriore lettera intimarono alla società presso la quale avevano depositato il contratto in garanzia di annullare l'*escrow* nel caso in cui la controparte non avesse provveduto al pagamento del prezzo entro tredici giorni dall'invio della lettera stessa.

Nonostante gli *Allan* avessero proceduto al pagamento entro il tredicesimo giorno dall'emissione della seconda lettera pretendendo, quindi, la consegna della proprietà, i *Martin* si opposero affermando - sulla base del primo telegramma, inviato il 15 agosto, che attestava l'inadempimento degli *Allan* entro il termine convenuto e successivamente prorogato - che il

contratto di compravendita si doveva già ritenere inefficace e che la seconda lettera aveva come solo scopo quello di annullare l'*escrow*.

La Corte accolse la difesa dei *Martin* in quanto ritenne che non avendo gli *Allan* adempiuto nel termine convenuto (cioè il 31 luglio 1974) e successivamente prorogato (sino al 15 agosto 1974) i primi agivano in diritto nel considerare, con il telegramma inviato in tale ultima data, il contratto inefficace per inadempimento degli acquirenti.

Inoltre, ad opinione della Corte, la successiva comunicazione non aveva alcuna efficacia ai fini dell'adempimento del contratto, in quanto lo stesso era già venuto meno precedentemente (per effetto dell'inadempimento degli *Allan* avvenuto il 15 agosto 1974) e, quindi, per mancanza dell'oggetto non vi era alcun *escrow*²⁴⁵.

In conclusione, essendo venuto meno l'accordo tra i due *principals*, elemento indispensabile per la validità di un contratto di *escrow*, il contratto divenne inefficace e nel caso in esame, l'*escrow holder* (ossia, la società specializzata in depositi di garanzia) dovette restituire il contratto di vendita presso la stessa depositato al depositante (ossia, ai *Martin*) e la somma versata in ritardo dagli acquirenti a titolo di acquisto della proprietà agli stessi (ossia, agli *Allan*).

4.3 *La giurisprudenza italiana in materia di escrow*

Come precedentemente affermato, la giurisprudenza italiana risulta molto scarna in materia di *escrow*, principalmente per due ragioni.

La prima, come già si è avuto modo di rilevare, è da imputare al fatto che l'*escrow* sia un istituto di matrice anglosassone, principalmente usato nel nostro paese nell'ambito della prassi degli affari. Tale contratto, dunque, finisce di sovente per seguire la medesima regolamentazione di tali contratti in caso di risoluzione delle controversie che coinvolgono lo stesso.

In particolare, le vicende patologiche che investono tale genere di contratto risultano per lo più devolute alle corti arbitrali, in virtù di espresse clausole compromissorie.

²⁴⁵ La Corte ha testualmente affermato che: “[...] when appellees exercised their right to treat the contract as ended, the escrow instruction became unenforceable because there was no longer a binding contract to sell the property which was the subject of the escrow. The “thirteen day letter” cancelling the escrow then became only a formality to prove that the escrow was now void [...]”.

In secondo luogo, una delle funzioni dell'*escrow* è altresì quella di evitare le vicende patologiche, devolvendo - sin dall'origine - alla regolamentazione delle parti i termini e le modalità di rilascio del bene depositato in *escrow*.

Fermo quanto sin qui affermato, giova illustrare le più importanti sentenze delle corti territoriali in materia di *escrow*.

Significativa sul punto appare la sentenza emessa dal Tribunale di Oristano il 9 marzo del 2016 che fornisce la nozione di *escrow* e, in particolare di *software escrow* chiarendone la natura.

Giova rammentare che il *software escrow* è quel particolare contratto che vede come parti il proprietario del programma (il fornitore o licenziante), un cliente (il licenziatario) e un soggetto terzo ed imparziale (di regola un notaio) detto *escrow holder*. In particolare, il Tribunale di Oristano ebbe modo di analizzare il contratto dedotto in causa denominato “accordo di *escrow* e sviluppo”, al fine di specificare che lo stesso non era un vero e proprio *software escrow*, poiché nel caso di specie la consegna del *source code* e degli altri documenti necessari per la manutenzione e l'aggiornamento del programma era intervenuta tra le parti stesse e non era stata, invece, consegnata ad un terzo depositario indipendente.

Difatti, l'intervento di tre parti nella conclusione del contratto, tra cui un soggetto depositario imparziale ed estraneo rispetto alle parti del rapporto principale (ossia, l'*escrow holder* o l'*escrow agent*) è requisito essenziale per il perfezionamento di un qualsivoglia contratto di *escrow*, ivi incluso il contratto di *software escrow*.

Un'altra sentenza sul punto che può risultare rilevante, principalmente con riferimento alla natura accessoria del contratto di *escrow* e al collegamento negoziale intercorrente tra lo stesso e il contratto di cui al rapporto principale è la sentenza n. 2612 resa dal Tribunale di Milano il 25 febbraio del 2013.

Nel caso in esame non solo il tribunale ebbe modo di rilevare un'ipotesi di collegamento funzionale, ed in particolare, come già illustrato nel precedente capitolo I, par. 7, un nesso di dipendenza unilaterale tra l'*escrow agreement* ed il contratto principale a garanzia del quale lo stesso è stato stipulato, ossia il contratto di investimento; ma ha anche rilevato un'ulteriore ipotesi di collegamento funzionale intercorrente tra il contratto di investimento ed il contratto di lavoro.

Nel caso di specie, il convenuto, ossia l'amministratore delegato di una società di capitali operante nel campo della tecnologia - di cui la società attrice, a seguito di un'Opa obbligatoria, divenne controllante in conseguenza dell'acquisto pressoché totalitario delle azioni - concluse un contratto preliminare (contratto di investimento) con la società attrice per l'acquisizione di una partecipazione sociale minoritaria nella stessa società.

A garanzia del contratto di investimento, venne concluso un contratto di *escrow*, per il quale il convenuto avrebbe dovuto versare il prezzo della partecipazione sociale da lui acquistata in corrispondenza di due date diverse nell'apposito *escrow account*.

Il convenuto procedette dunque a depositare in *escrow account* la prima parte del prezzo pattuito, mentre si rese inadempiente al deposito della seconda, in quanto nel frattempo lo stesso era stato licenziato. Di conseguenza, il convenuto affermò che essendo il contratto di investimento e il contratto di lavoro funzionalmente collegati, il licenziamento da parte della società attrice avrebbe dovuto comportare anche la risoluzione del contratto di investimento, in quanto l'attuazione del complessivo accordo era divenuto impossibile a causa di un fatto imputabile alla società.

Il Tribunale accolse la difesa del convenuto e condannò la parte attrice a restituirgli quanto dallo stesso versato sul conto in *escrow*.

In conclusione, ai nostri fini, nel caso esaminato è possibile rinvenire due ipotesi di collegamento funzionale: (i) quella di natura necessaria e unilaterale intercorrente tra il contratto di *escrow* e il contratto di investimento (contratto principale) e (ii) quella tra il contratto di investimento ed il contratto di lavoro.

L'unica differenza presente tra le due ipotesi di collegamento si rinviene nella circostanza che mentre nel primo caso le vicende patologiche che affliggono il contratto di investimento (ossia, il contratto principale) vanno ad inficiare anche il contratto di *escrow* ma non in caso contrario; nella seconda ipotesi, invece, si è in presenza di un nesso di interdipendenza, per cui le vicende patologiche di cui al contratto di lavoro si ripercuotono anche sul contratto di investimento e viceversa.

5. Modello di clausola di *escrow*

Procedendo nella trattazione, ai fini di una chiara comprensione, risulta utile riportare un esempio di clausola di *escrow*, nonché nel successivo paragrafo un modello di contratto di *escrow*.

In particolare, la clausola di *escrow* sotto riportata e commentata, è stata estratta da un contratto preliminare di compravendita di un grande immobile che prevedeva l'adempimento di talune obbligazioni a carico del promittente venditore in relazione all'immobile compravenduto.

Stralcio di clausola:

“[Art. X] Alla stipula dell'atto di trasferimento:

(a) il promissario acquirente verserà sul conto corrente del promittente venditore mediante bonifico BIR l'intero prezzo di acquisto;

(b) contestualmente al pagamento del prezzo di acquisto da parte del promissario acquirente, il promittente venditore costituirà in escrow nelle mani del notaio mediante bonifico BIR, che la gestirà sulla base di istruzioni congiunte impartite dalle Parti (di seguito, l'“**Escrow**”) una somma pari a Euro [sarà indicata la porzione del prezzo che andrà depositata in escrow] ([●]) (di seguito, l'“**Importo Vincolato**”), a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni relative a [vi sarà contenuta la descrizione dell'obbligazione da porre in essere a carico del promittente venditore] così come meglio precisate all'articolo [●] (di seguito, l'“**Obbligazione**”).”

Commento:

Come più volte anticipato nel corso della trattazione, in questa clausola si può ben notare come la costituzione dell'*escrow* sia direttamente collegata alla necessità delle parti (e, in particolare, del promissario acquirente) di prevedere uno strumento di garanzia rispetto all'adempimento da parte del promittente venditore di una determinata obbligazione.

La particolarità di tale clausola è, però, in primo luogo la circostanza che il soggetto tenuto a versare la parte del prezzo in *escrow* sia il promittente venditore. Nella pratica, in questo caso, avverranno due distinti passaggi di denaro: (i) il pagamento del prezzo dal promissario acquirente al promittente venditore; e (ii) il versamento di parte del prezzo ricevuto dal promittente venditore sul conto dedicato.

Va, però, segnalato come di solito - anche ai fini della completa contestualità dei versamenti - sia il promissario acquirente che direttamente versa parte del prezzo al promittente venditore e un'altra parte in *escrow*.

Stralcio di clausola:

“[Art. Y] Nel caso in cui, entro il [sarà indicata la data entro la quale dovrà essere adempiuta l'obbligazione a carico del venditore] di cui al successivo articolo [●], il promittente venditore:

(a) non abbia ancora adempiuto l'Obbligazione, il notaio svincherà a favore del promissario acquirente l'Importo Vincolato;

(b) abbia adempiuto correttamente all'Obbligazione, il notaio svincherà prontamente, al verificarsi del relativo adempimento, a favore del promittente venditore l'Importo Vincolato.”

Commento:

Questo articolo ha riguardo allo statuto relativo allo svincolo.

Com'è ormai noto, essendo l'*escrow* uno strumento (atipico) di garanzia, è nel presente caso volto a tutelare l'interesse del promissario acquirente che non intende acquisire l'immobile al determinato prezzo previamente stabilito, in assenza dell'adempimento dell'Obbligazione (come definita da contratto) da parte del promittente venditore.

La garanzia è poi rafforzata dalla previsione di un termine finale, il decorrere del quale, rende l'Obbligazione dedotta in contratto inadempita e, dunque, consente lo svincolo della somma depositata, che nella pratica consiste in una restituzione di parte del prezzo versato, in favore del promissario acquirente.

Stralcio di clausola:

“[Art. Z] Le parti negozieranno in buona fede il testo del contratto di Escrow alla luce dei principi suindicati, rimanendo peraltro fin d'ora inteso che lo svincolo dell'Importo Vincolato potrà avvenire esclusivamente e alternativamente a fronte di:

(a) decorso del termine di [●] giorni lavorativi dalla ricezione da parte del notaio e del promissario acquirente dei documenti necessari a dimostrare chiaramente l'adempimento dell'Obbligazione senza che il promissario acquirente abbia sollevato contestazione scritta inviata al promittente venditore e al notaio con la quale vengono indicate le motivazioni tecnico-

giuridiche in base alle quali l'adempimento dell'Obbligazione da parte del promittente venditrice deve considerarsi incompleto e/o non corretto;

(b) istruzioni congiunte delle parti al notaio;

(c) provvedimento provvisoriamente esecutivo e non opposto ovvero sentenza definitiva ancorché non passata in giudicato che imponga il pagamento a una o all'altra parte dell'Importo Vincolato; ovvero

(d) determinazione dell'esperto tecnico (come di seguito definito) [*nota: il contratto principale sarà dunque fornito di una clausola che regola l'ipotesi di devoluzione della controversia a un esperto tecnico terzo e imparziale*] che confermi che i) l'Obbligazione sia stata correttamente adempiuta, così disponendo lo svincolo dell'Importo Vincolato in favore del promittente venditore, ovvero che ii) l'Obbligazione non sia stata correttamente adempiuta, così disponendo lo svincolo dell'Importo Vincolato, in tutto o in parte, in favore del promissario acquirente.”

Commento:

Come più volte segnalato nel corso della presente trattazione, la clausola di *escrow* normalmente contiene le istruzioni che verranno poi riportate nel contratto di *escrow*.

La previsione di una tale pattuizione appare - più che conveniente - necessaria.

Difatti, accantonata per un momento l'importanza del tema negoziale dei valori economici, la disposizione più importante del contratto di *escrow* riguarda proprio le istruzioni conferite al notaio.

Ne discende che, ove le parti decidessero di rimandare una tale negoziazione, rischierebbero, solo in un momento successivo alla sottoscrizione della clausola di *escrow*, di non esser d'accordo tra loro sul contratto di *escrow*.

Per tale ragione, l'intento delle parti sarà sempre quello di “blindare” con maggiore chiarezza ed esaustività possibile gli elementi essenziali del contratto di *escrow*, già presenti - appunto - nella clausola di *escrow*.

Infine, la lettera (d) sopra riportata prende in considerazione la possibilità che vi sia disaccordo tra le parti e, dunque, stabilisce la conseguente risoluzione del problema.

Com'è noto, infatti, il notaio non può di certo fungere da giudice e valutare le ragioni dell'uno o dell'altro soggetto. Per tale ragione, di sovente, si prevede che - soprattutto ai fini di evitare di andare in sede giudiziale - un terzo esperto indipendente decida sul tema controverso e che quest'ultimo renda una determinazione dinnanzi alla quale le parti non possono opporsi.

6. *Modello di contratto di escrow*

Come anticipato nel precedente paragrafo, nel presente paragrafo, viene riportato un modello di contratto di *escrow*.

In particolare, tale contratto di *escrow* è stato sottoscritto nel contesto di un'operazione di compravendita di un grande immobile e, come riportato in seguito, risulta rientrante nelle ipotesi di cui all'art. 1, commi 63-67, della Legge 27 dicembre 2013, n. 147, trattati al precedente capitolo II, par. 2.

“CONTRATTO DI ESCROW

Tra

- [Società X], con sede legale in [●], via [●], capitale sociale di Euro [●], Codice Fiscale e Partita IVA n. [●], in persona di [●], munito degli occorrenti poteri in forza di [●] (la “**Venditrice**”)

e

- [Società Y], con sede legale in [●], via [●], capitale sociale di Euro [●], Codice Fiscale e Partita IVA n. [●], in persona di [●], munito degli occorrenti poteri in forza di [●] (l’“**Acquirente**”),
di seguito anche indicate separatamente come la “**Parte**” e, congiuntamente, le “**Parti**”

- da un lato -

e

- [Nome del notaio], Notaio in [●], nato a [●], il [●], domiciliato per il presente atto in Roma, Via in Lucina, 17 (il “**Notaio**” o il “**Depositario**”)

- dall'altro lato -

Premesso che

(a) la Venditrice e l'Acquirente hanno sottoscritto in data [●], con atto in autentica del Notaio, rep. [●], registrato a [●] il [●] al n. [●] e trascritto a Napoli in data [●] ai nn. [●], un contratto preliminare di compravendita (il "**Contratto Preliminare**") relativo all'immobile sito in [●], via [●], identificato nel Catasto Fabbricati del Comune di [●] al Foglio [●], particella [●] sub. [●] (l'"**Immobile**"), cui in data odierna si dà esecuzione attraverso la stipula, sempre a ministero del Notaio, del relativo contratto definitivo di compravendita (il "**Contratto di Compravendita**");

(b) il corrispettivo per la compravendita è stato pattuito in Euro [●] oltre imposte di legge (il "**Prezzo**"), pagabili (b1) quanto ad Euro [●], a titolo di caparra confirmatoria *ex art. 1385 cod. civ.* ed acconto sul Prezzo, già corrisposti a seguito dell'avveramento delle Condizioni Sospensive (come definite nel Contratto Preliminare) e (b2) quanto al saldo, di Euro [●] in due *tranche*, la prima dovuta in ogni caso e corrisposta in data odierna con le modalità previste nel Contratto Preliminare (la "**Prima Tranche**") e la seconda, pari a complessivi Euro [●] (la "**Seconda Tranche**"), dovuta subordinatamente e condizionatamente all'avveramento di determinati eventi, meglio dedotti al paragrafo [●] del Contratto Preliminare;

(c) ai sensi di quanto previsto al paragrafo [●] del Contratto Preliminare, le Parti hanno convenuto che, contestualmente al pagamento della Prima Tranche da parte dell'Acquirente, quest'ultimo sia tenuto a versare un ammontare pari alla Seconda Tranche (l'"**Importo Vincolato Seconda Tranche**") mediante bonifico bancario sul conto corrente bancario "dedicato" ai sensi dell'art. 1, commi 63-67, della Legge 27 dicembre 2013, n. 147 e ss.mm.ii. intestato al Notaio, IBAN [●] aperto presso [●], filiale di [●] (il "**Conto Vincolato**");

(d) l'Importo Vincolato Seconda Tranche dovrà essere rilasciato, a seconda dei casi, alla Venditrice e/o all'Acquirente ai sensi di quanto previsto nel presente contratto (il "**Contratto di Escrow**").

1. In data odierna l'Acquirente versa presso il Depositario, sul Conto Vincolato, una somma pari all'Importo Vincolato Seconda Tranche. Il Depositario s'impegna ad inviare alle Parti conferma della ricezione del trasferimento di tale ammontare il prima possibile, non appena ne avrà verificato l'accredito sul Conto Vincolato.

2. Il Depositario dovrà rilasciare l'Importo Vincolato Seconda Tranche in favore della Venditrice e/o, a seconda del caso, dell'Acquirente entro [●] Giorni Lavorativi (come definiti al successivo articolo 8), dal ricevimento della relativa richiesta scritta, secondo il modello

accluso al presente Contratto di Escrow quale Allegato A (la “**Richiesta di Svincolo**”), firmata congiuntamente da un rappresentante autorizzato di ciascuna delle Parti, con le quali verrà chiesto al Depositario di procedere al rilascio dell’Importo Vincolato Seconda Tranche in favore della Venditrice e/o dell’Acquirente. La Richiesta di Svincolo sarà inviata dalle Parti al Depositario in data non anteriore al [●] (il “**Termine Iniziale**”), salvo diversi accordi scritti tra le Parti, anche in deroga e/o modifica delle pattuizioni del Contratto Preliminare.

La Richiesta di Svincolo potrà essere inviata al Depositario anche qualora la stessa fosse sottoscritta da una sola delle Parti, purché la stessa sia inviata:

(a) in data non anteriore al Termine Iniziale; e

(b) in copia anche all’altra Parte (con la precisazione che al Depositario dovrà essere consegnata, oltre alla Richiesta di Svincolo, anche copia della ricevuta di ritorno che confermi l’avvenuta ricezione della medesima da parte dell’altra Parte).

In tal caso, il Depositario dovrà rilasciare l’Importo Vincolato Seconda Tranche entro [●] Giorni Lavorativi dal ricevimento della Richiesta di Svincolo, ai sensi delle istruzioni ivi contenute, ma potrà procedere al rilascio purché sia altresì trascorso un termine di [●] Giorni Lavorativi dalla data in cui la Parte che non ha sottoscritto la Richiesta di Svincolo abbia ricevuto copia della stessa - come confermato dalla relativa ricevuta di ritorno - senza che il Depositario abbia nel frattempo ricevuto alcuna obiezione allo svincolo da tale Parte , opportunamente motivata in ordine alle ragioni per cui non si ritiene dovuto lo svincolo dell’Importo Vincolato Seconda Tranche e corredata da idonea prova scritta (la “**Contestazione dello Svincolo**”).

Rimane inteso, a beneficio di chiarezza, che, ai fini del presente Contratto di Escrow, la "idonea prova scritta" a supporto della Contestazione dello Svincolo potrà essere costituita esclusivamente da documentazione proveniente da terze parti rispetto alle Parti, inclusa la pubblica amministrazione.

Il Depositario non avrà alcuna facoltà di valutazione in ordine alla fondatezza e/o idonea motivazione della Contestazione dello Svincolo, dovendo limitarsi esclusivamente a verificare se la Contestazione dello Svincolo sia corredata o meno da documentazione proveniente da terzi (senza entrare nel merito neppure di quest'ultima).

Nel caso in cui il Depositario abbia ricevuto una Contestazione dello Svincolo non accompagnata da idonea prova scritta, la medesima Contestazione dello Svincolo sarà ritenuta inefficace e il Depositario potrà dare corso alla Richiesta di Svincolo e procedere allo svincolo dell'Importo Vincolato Seconda Tranche ed al relativo pagamento in favore del Venditore.

Viceversa, il ricevimento, da parte del Depositario, di una Contestazione dello Svincolo accompagnata da idonea prova scritta, varrà quale insorgenza di controversia tra le Parti, con conseguente applicazione del successivo articolo 3.

Resta inteso che in nessun caso al Depositario potrà essere imputata alcuna responsabilità derivante dalle attività di valutazione di cui al presente articolo 2, con applicazione del successivo articolo 7. Rimane peraltro inteso che, in caso di dubbi circa la sussistenza o meno dell'idonea prova scritta a supporto della Contestazione dello Svincolo, il Depositario avrà il diritto di richiedere chiarimenti e/o integrazioni alle Parti e, in tale eventualità, si applicherà - *mutatis mutandis* - il successivo articolo 3.

Rimane infine inteso che, nel caso in cui il Depositario non ricevesse alcuna Richiesta di Svincolo da una sola o entrambe le Parti nel termine di [●] successivi alla data di stipula del Contratto Preliminare, l'Importo Vincolato Seconda Tranche dovrà essere restituito all'Acquirente (o suo successore o avente causa).

3. Nel caso in cui insorgessero controversie, anche solo stragiudiziali, tra le Parti circa il presente Contratto di Escrow e/o circa le obbligazioni di cui al paragrafo [●] del Contratto Preliminare e/o in relazione ad un Richiesta di Svincolo, e tali controversie fossero poste a conoscenza del Depositario anche per iniziativa di una sola delle Parti, il Depositario non dovrà svincolare l'Importo Vincolato Seconda Tranche ad alcuna delle Parti, fintantoché il Depositario non riceva successive istruzioni congiunte dalle Parti, o una sentenza o altro provvedimento, anche provvisoriamente esecutivo, purché non tempestivamente impugnato dalla Parte contro la quale sia stato emanato, emesso da autorità giurisdizionale competente ai sensi del Contratto Preliminare. Il Depositario si conformerà, in tal caso, alle statuizioni di detta sentenza o altro provvedimento, senza che al Depositario medesimo possa essere addebitata alcuna responsabilità per tale ragione.

4. Sull'Importo Vincolato Seconda Tranche non matureranno interessi, in considerazione delle previsioni dell'art. 1, comma 67, della Legge 147/2013.

5. Ai sensi dell'articolo 1726 cod. civ., il presente deposito potrà essere revocato solo congiuntamente dalle Parti. In caso di revoca dell'incarico al Notaio di cui al presente Contratto di Escrow, le Parti dovranno fornire al Depositario istruzioni appropriate circa il trasferimento dell'Importo Vincolato Seconda Tranche, in mancanza delle quali la revoca non avrà effetto.

6. Il Depositario cesserà dal suo incarico di depositario ed il presente Contratto di Escrow cesserà automaticamente di essere efficace una volta eseguito il pagamento dell'Importo Vincolato Seconda Tranche ai sensi dei precedenti articoli 2 e/o 3.

7. Le Parti si impegnano a manlevare e tenere indenne il Depositario da ogni procedimento, azione, pretesa, domanda, danno, obbligazione, passività e perdita, nonché da ogni costo, addebito o spesa, direttamente od indirettamente derivante dal legittimo esercizio di ogni potere ed autorità conferita dal presente Contratto di Escrow nel rispetto dei termini in esso contenuti, salvo il caso in cui il Depositario abbia agito con grave negligenza, in mala fede o dolo.

8. Ai fini dell'interpretazione del presente Contratto di Escrow, le Parti convengono che per “**Giorno Lavorativo**” si intenderanno tutti i giorni dell'anno con eccezione dei sabati, delle domeniche e dei giorni festivi durante i quali le banche siano chiuse al pubblico sulla piazza di [●].

9. Il corrispettivo annuale dovuto al Depositario per lo svolgimento dell'attività oggetto del presente Contratto di Escrow è complessivamente pari a euro [●], oltre IVA e accessori di legge e sarà posto a carico dell'Acquirente, nel cui interesse viene costituito il deposito fiduciario. Tale corrispettivo sarà versato al Depositario entro il [●] di ciascun anno di vigenza del presente contratto dall'Acquirente, a fronte dell'emissione del relativo preavviso di parcella da parte del Notaio.

10. Tutte le comunicazioni, richieste, consensi o avvisi ai sensi del presente Contratto di Escrow avranno efficacia solo se effettuati in forma scritta, inviati a mezzo raccomandata A/R o p.e.c. e dovranno essere indirizzati come segue:

(a) quanto alla Venditrice:

[●]

(b) quanto all'Acquirente:

[●]

(c) quanto al Depositario:

[●]

11. Il presente Contratto di Escrow è regolato dalla legge italiana e per qualunque controversia ad esso relativa avrà competenza esclusiva il Foro di [●].

12. In caso d'uso ai sensi dell'art. 6 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 o di esecuzione del presente Contratto di Escrow, le relative imposte di registrazione e di bollo saranno a carico della Parte che, con il proprio comportamento, abbia integrato il presupposto per l'applicazione dell'imposta di registro, avendo reso necessario l'uso del presente Contratto di Escrow.

Letto, confermato e sottoscritto in triplice originale.

[●], [●]

[Firme]

Allegato A

Modello di comunicazione da inviarsi al Notaio

[luogo e data, non anteriore al termine iniziale]

Egregio Sig.

Notaio [●]

Via [●], [●] - [●] [●]

A mezzo *[modalità di trasmissione da definire]*

[nota: in caso di richiesta di svincolo unilaterale, l'altra parte in copia dovrà essere aggiunta]

Egregio Notaio,

inviando la presente comunicazione conformemente a quanto stabilito dal contratto di deposito fiduciario stipulato in data *[data del closing]* (l'“**Accordo**”). I termini con lettera iniziale maiuscola contenuti nella presente hanno il medesimo significato loro attribuito nell'Accordo.

Opzione 1 - Richiesta bilaterale: Con specifico riferimento a quanto stabilito all'articolo [●] del predetto Accordo, noi sottoscritti Le chiediamo congiuntamente di trasferire l'Importo

Vincolato Seconda Tranche dal Conto Vincolato al conto corrente acceso a nome di [nome della parte titolare del conto] presso la banca [●], IBAN: [●].

Opzione 2 - Richiesta Unilaterale: Con specifico riferimento a quanto stabilito all'articolo [●] del predetto Accordo e subordinatamente all'assenza di Contestazioni dello Svincolo entro [●] Giorni Lavorativi successivi alla data di ricezione della presente da parte dell'altra Parte, la scrivente Le richiede di trasferire l'Importo Vincolato Seconda Tranche dal Conto Vincolato al conto corrente acceso a nome di [nome della parte richiedente] presso la banca [●], IBAN: [●].

Ai fini di quanto sopra, si allega copia della ricevuta di ricezione della presente comunicazione - avvenuta in data [●] - da parte dell'altra Parte.

L'occasione è gradita per inviare i migliori saluti.

[_____]

Venditrice]

[_____]

Acquirente]”

Commento:

La decisione di riportare il contratto di *escrow* per intero discende dalla necessità di non perdere il contesto e di comprendere il contratto nella propria interezza.

Volendo, però, procedere al commento dello stesso, di seguito si riportano per punti i passaggi di maggior rilievo:

- (i) Oggetto dell'*escrow* risulta essere anzitutto una parte del prezzo di acquisto dell'immobile compravenduto (definita nel contratto sopra riportato "Seconda Tranche") che, ai sensi del rapporto principale è dovuta al promittente venditore solo subordinatamente e condizionatamente all'avveramento di determinati eventi.
- (ii) L'altra parte può opporsi entro un determinato termine alla richiesta di svincolo della somma in *escrow*, solo nel caso in cui - però - la contestazione di svincolo venga corredata

da “idonea prova scritta”, a pena di svincolo in favore della parte che ne ha fatto per prima richiesta.

- (iii) Come anche rilevato nel precedente paragrafo 5, l'*escrow holder* non ha alcuna facoltà di valutazione in ordine alla fondatezza e/o idonea motivazione della contestazione dello svincolo, dovendosi limitare solo alla verifica che tale contestazione sia corredata da idonei documenti, non potendo entrare nel merito della vicenda.
- (iv) In caso in cui insorgessero controversie tra le parti, anche solo stragiudiziali, l'*escrow holder* non può svincolare la somma depositata sino a successive istruzioni congiunte dalle parti, o una sentenza o altro provvedimento, anche provvisoriamente esecutivo, purché non tempestivamente impugnato dalla parte contro la quale sia stato emanato, emesso da autorità giurisdizionale competente ai sensi del rapporto principale. La ragione, come più volte ribadito, sta nel fatto che il terzo non può essere giudice, bensì mero esecutore.
- (v) E' interessante il riferimento all'articolo 1726 cod. civ. (rubricato “*revoca del mandato collettivo*”), ai fini di stabilire l'impossibilità - da parte di un solo soggetto - di revocare il deposito, bensì - essendo due i mandanti - la revoca deve pervenire da entrambi i soggetti. Un tale (irrituale) riferimento, conferma l'affinità della disciplina del mandato, rispetto a quella dell'*escrow*.
- (vi) Alla previsione di un corrispettivo a favore dell'*escrow holder* ai fini dello svolgimento della sua attività è accompagnato anche un impegno delle parti a manlevare e tenere indenne l'*escrow holder* da qualsivoglia procedimento, azione, pretesa, domanda, danno, obbligazione, passività e perdita ecc. dovesse emergere nel corso del suo incarico.
- (vii) Infine, quale allegato al contratto preliminare, è comune la predisposizione di un modello di richiesta di svincolo, la quale rende più agevole la richiesta da trasmettere all'*escrow holder*. E' bene notare come sia espressamente previsto che la richiesta di svincolo possa essere sia unilaterale, che bilaterale (e, in questo ultimo caso, la richiesta dovrà sempre essere inoltrata con l'altra parte in copia).

CONCLUSIONI

All'esito della disamina sin qui svolta, si auspica che sia emersa una chiara ricostruzione della fattispecie dell'*escrow* e delle criticità di varia natura alla stessa connesse.

Per quanto attiene alla qualificazione giuridica del contratto di *escrow* e alla sua assimilabilità ad alcuni istituti tipici di diritto civile (e in particolare, al contratto di deposito nell'interesse di un terzo, al negozio fiduciario, al mandato irrevocabile nell'interesse di una o di entrambe le parti del rapporto principale e al sequestro convenzionale), si è giunti alla conclusione che tali figure affini, in verità producono solo parzialmente i benefici propri del contratto di *escrow*. Tale affermazione risulta ancora più vera nel caso in cui l'*escrow agreement* rientri nella fattispecie del deposito obbligatorio del prezzo e altre somme presso il notaio (ai sensi dell'art. 1, comma 63-67 della legge 27.12.2013 n. 147). Difatti, come si è avuto modo di osservare, solamente in quest'ultimo caso le somme depositate beneficiano dell'effetto della segregazione patrimoniale e, dunque, i creditori dell'*escrow holder* e dei *principals* si trovano nella materiale impossibilità di esperire azioni esecutive e cautelari sulle somme depositate.

Va detto che l'assai scarsa produzione di pronunce giurisdizionali nazionali e il frequente ricorso alla giustizia arbitrale, non ha consentito un adeguato riscontro della giurisprudenza, facendo sì che, in definitiva, le teorie e le soluzioni riferite - oltre che dalla giurisprudenza straniera - siano (quasi) del tutto di natura dottrinarie, come tali prive di quel margine ulteriore di certezza, tipico delle fonti giurisprudenziali.

Orbene, nel sistema normativo di uno stato di diritto quale è il nostro, improntato - quantomeno a livello enunciativo - sulla certezza del diritto, sorprende non poco che, a fronte della sempre maggiore diffusione nella prassi contrattuale di varietà di applicazioni di *escrow agreements*, non esistano norme specifiche disciplinanti tale fattispecie nel nostro ordinamento.

In conclusione, una volta preso atto dell'inadeguatezza della normativa dettata con riferimento alle figure civilistiche affini alla fattispecie che ci occupa, ed in considerazione di quanto è stato sin qui esposto, un ordinamento come il nostro dovrebbe preoccuparsi di normare *ex novo* l'istituto dell'*escrow*, o quantomeno provvedere ad un adeguamento della disciplina tipica alla fattispecie in esame.

Ancora, dover ricorrere a schemi elaborati dalla prassi, ovvero a trasposizioni di usi formatisi negli ordinamenti di *common law*, risulta essere sempre un rischio consistente, se non altro, nel

fatto che, mentre la legge viene a perdere dei rilevanti ambiti di incidenza nei quali operare il suo controllo; finisce al tempo stesso con l'essere sempre meno considerata.

Solo dunque un intervento legislativo puntuale e mirato, sarà in grado di evitare tutto questo, superando qualunque ipotesi e congettura dottrinarie, per lasciare spazio ad un chiaro ed inequivoco dettato normativo.

Con lo sguardo rivolto al futuro, e, in particolare ai pagamenti online, si prospetta un ruolo fondamentale dell'*escrow* e principalmente degli *escrow services*.

In particolare, vi sono diverse compagnie che offrono *escrow services online* e operano come società di deposito a garanzia regolamentate e autorizzate. Tra queste compare *Escrow.com* le cui prestazioni comprendono, tra le altre, la compravendita di beni di lusso, dominio e di automobili e i cui servizi possono essere utilizzati anche per affari di minore rilevanza economica.

In conclusione, l'intuizione può spingersi fino a scorgere per l'istituto dell'*escrow*, usato in settori economici molto distanti tra loro, un futuro da processore ordinario delle contrattazioni *online* al fine di rendere più semplice queste ultime. La storia darà le risposte opportune.

BIBLIOGRAFIA:

ALDRIN B., *Modalità di protezione degli acquirenti d'immobile da costruire. Regole e principi dell'esperienza francese*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano, 2005.

AZARA A., *Clausola di Escrow*, in *Clausole Negoziali* di M. CONFORTINI, Milano, 2019.

BAUSILIO G., *Contratti atipici*, CEDAM, 2014.

BAVETTA G., *La caparra*, Milano, 1963, p. 368.

BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 240.

BERNARDINI P., *Il "countertrade" da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale*, in *Riv. Dir. Comm. Internaz.*, 1987.

BASILE M., voce *Indicazione di pagamento*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971.

BIANCA M., *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 858.

BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p. 720.

BIANCA C.M., *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 550.

BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 252.

BIGAVI W., *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937.

BOERO P., *La legge notarile commentata*, I, Torino 1993, p. 780.

BOUNDY C., *Business contracts handbook*, Gower Publishing Limited, England, 2010.

BYRNE T.M., *Escrow and bankruptcy*, in *The Business lawyers*, vol. 48, nov. 92, 1992-93.

CANTOBELLI G., *L'escrow agreement: struttura e profili operativi*, in *Bollettino Camera di Commercio Italo-Orientale*, anno 14, n. 4, 2012.

CAGIANO I.A., *Circolazione del denaro e strumenti di tutela*, 2^a ed., Napoli, 2012.

CARASSI C., *“Escrow agreements” nel diritto inglese ed il contratto di distribuzione di prodotti sofisticati*, in *Giur. it.*, 1991.

CARBONE S.M., *Conflitti di leggi e giurisdizione nella disciplina dei trasferimenti di pacchetti azionari di riferimento*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988.

CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari: trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia, processo fiduciario*, Padova, 1993, p. 248.

CARRARO L., *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 183.

CARRESI F., *Il comodato, il mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1951.

CASU G. -SICCHIERO G., *La legge notarile commentata*, Torino, 2010.

CERUTTI G., *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.

CHERTI S., *Caparra confirmatoria – volontà delle parti e imputazione del denaro a titolo di acconto o caparra*, in *Giur. it.*, 2015.

CHERTI S., *Il contratto reale di caparra: rilettura obbligata di un dogma* (nota a Cass. 9 agosto 2011, n. 17127), in *La resp. civ.*, 2012.

CIAN G., *Pagamento*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995.

CONCA V., *Le acquisizioni*, Milano, 2001.

DALHUISEN J.H., *Dalhuisen on transnational comparative, commercial, financial and trade law, Volume 2, Contract and movable property, sixth edition*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2016.

DALMARTELLO A., PORTALE G.B., *Deposito (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

D'AVANZO W., *Caparra*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958.

DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984, voce *Agent*.

DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984, voce *Mortgage*.

DI FABIO M., *Manuale di notariato*, Milano 2007.

DI GRAVIO V., *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989.

DI MAJO A., *Adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994.

DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

DI NANNI C., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977.

DI SABATO F., *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959.

DONATI A., *L'esperienza legislativa francese sulla vendita immobiliare*, in *Diritto privato 1995, I – Il trasferimento in proprietà*, Padova, 1995.

FALZONE C. –ALIBRANDI A., *Affidamento di somme o valori al notaio*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, I, Roma, 1973.

FALZONE C. –ALIBRANDI A., *Registro delle somme o valori*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, III, Roma 1977.

FERRANDO G., *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986.

FORCHIELLI P., *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 186.

FUSARO A., *La clausola di escrow account*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.

FRANCESCHINI B., *La compravendita di immobili da costruire in Francia: ruolo del notaio e spunti per il Notariato italiano*, in *Immobili & proprietà*, 2008.

FRANCO R., SCOTTI R., *Negozio fiduciario*, cap. XXII, 2017, p. 636.

GABBA P., *Della caparra in diritto italiano*, Città di Castello, 1927, p. 66.

GALLETTO T., *Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno*, in *Nuovo. dir. soc.*, 2012.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 650.

GIORGIANNI M., *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937.

GIOVAGNOLI R. E FRATINI M., *Garanzie Reali e personali. Percorsi Giurisprudenziali 2010*, Milano 2010, p. 628.

HAYTON D.J., *Law relating to Trusts and Trustees*, fourteenth edition, London, Butterworths, 1987, p. 858.

JOVITT E., *The Dictionary of English law*, Sweet & Maxwell, 1959, voce "Escrow".

LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Cardozo Electronic Law Bulletin*, 14, 1996, in www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract/Lener-1996/93-13aS.htm.

LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 238

LICIANI C., *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996.

LORDI A., *Contratto di deposito del codice sorgente*, in *Contratto e impr.*, 2004.

LUCIANI A.M., *Escrow*, in *Contratto e impresa*, 2005.

LUPOI M., *Istituzioni del Diritto dei Trust e degli Affidamenti Fiduciari*, II edizione, Padova, 2011, p. 460.

LUPOI M., *Italy: an independent approach to trusts in a civil law country*, *Trusts & Trustees*, Vol. 9, n. 6., 2003.

LUPOI M., *Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust*, in *Rivista Notariato*, 2004.

LUPOI M., *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge, 2000, p. 432.

LUPOI M., *Trusts: some observations from a civil law perspective*, in *Estate, Taxes and Professional Ethics*, 2002.

MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p 284.

MAJELLO U., *Il deposito nell'interesse del terzo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1961.

MARCHETTI G., *Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016.

MARTINETTI C., *Le “garanzie” delle garanzie e le clausole indennitarie*, in AA.VV., *Le acquisizioni societarie*, a cura di M. IRRERA, Bologna, 2011.

MAZZON R., *Usucapione di beni mobili e immobili*, Maggioli editori, Sant’Arcangelo di Romagna, 2013, p. 290.

MENOTTI Z., *Do you need escrow? L’escrow, la sua versione contrattuale e le sue applicazioni. Dalle origini alla rivoluzione digitale*, Milano, 2019, p. 136.

MESSINEO F., voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, 1962.

MISHKIN P., *Countertrade and Barter: The Basic Legal Structure*, in *Int. Bus. Lawyer*, 1984.

NARDI S., *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?*, in *Giur. it.*, 2002.

NATOLI U., *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, Milano, 1984.

NICOLÒ R., *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro.it*, 1937.

PEROTTI P., *Compravendita e mutuo di scopo: un’ipotesi di collegamento negoziale*, in *Contratti*, 2001.

PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, p. 428.

PETRELLI G., *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013, n. 147*, in *Rivista notarile*, 2014.

PISANI C., *Versamento di fondi e preliminare di vendite. Il ruolo del notaio nel sistema francese*, in *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, Milano, 2008.

PIVAR W.H., ANDERSON L. E OTTO D.S., *California Real Estate Practice*, 7th Edition, 2010, p. 600.

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

PROTTETI E. E DI ZENZO C., *La legge notarile*, Milano, 2003, p. 682.

PROVAGGI G., *Agency escrow*, in AA. VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, convegni di studio di Madonna di Campiglio, Quaderno n. 2, Milano, 1991.

RAPAZZO A., *I contratti collegati*, Milano, 1998, p. 174.

RISSO L.F. E MURITANO D., *Il trust: Diritto interno e Convenzione de l'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, in *CNN Notizie*, Anno 11, n. 37, 2007.

ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, p. 240.

SACCHI M., *Trusts e tecniche di finanziamento dell'impresa: le operazioni di cartolarizzazione in Italia*, Relazione al Congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia", Milano, 2002.

SANGIOVANNI V., *Il deposito in garanzia nelle operazioni di M&A*, in *Diritto Societario*, Milano, 2013.

SANGIOVANNI V., *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Notariato*, 2013.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 336.

SATTA S., *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, XV, 1, Torino, 1954.

SCALISI A., *Il contratto di deposito*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011.

SCHIZZEROTTO G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 480.

SCOGNAMIGLIO R., voce "*Collegamento negoziale*" in *Enc. Dir. VII*, Milano, 1960.

SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ.*, Sacco, Torino, 2011.

SIMONETTO E., *Deposito irregolare*, in *Dig. civ.*, V, Torino, 1989.

SPADA V., *Una postilla in tema di cessione di quote con firma digitale*, in *Notariato*, 2008.

TAGLIAFERRI V., *Il deposito del prezzo e il nuovo segregato presso il notaio*, in *G.U.*, 2013.

TETI R., *Il mutuo*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 12, IV, Torino, 1985.

TINA A., *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, p. 586.

TONDO S., *Notariato e pubblicità immobiliare in raccordo con l'esperienza francese*, in *Vita not.*, 2010.

TRIMARCHI V.M., *Caparra* (dir. civ.), in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960.

TRIMARCHI V.M., *Negozi fiduciario*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, Milano, 1978.

VELLA D., *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 621

VIGEZZI R., in *Le rettifiche di purchase price tra il "signing" e il "closing"*, in *Le Società* 5/2001, p. 565 ss

VISALLI N., *La promessa di mutuo nell'ambito della teoria del contratto reale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000.

VIVANTI L., *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Giur. it.*, 1938.

ZAGAMI P., *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trust*, 2012.

ZOPPINI A., *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*², a cura di Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Torino, 2006.

GIURISPRUDENZA CITATA

NAZIONALE

TRIBUNALE

Tribunale Roma, 29 ottobre 1985.

Tribunale di Vicenza, 23 novembre 2009.

Tribunale Di Monza, 17 novembre 2014.

Tribunale di Oristano, 9 marzo 2016.

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., 15 gennaio 1937, n. 123.

Cass. 19 maggio 1960, n. 121.

Cass., 2 settembre 1962, n. 2412.

Cass., 30 aprile 1969, n. 2380.

Cass., 24 febbraio 1972, n. 533.

Cass., 12 maggio 1973, n. 1290.

Cass., 18 marzo 1975, n. 1042.

Cass., 7 giugno 1978, n. 2870.

Cass., 7 aprile 1979 n. 1993.

Cass., 25 giugno 1979, n. 3551.

Cass., 15 febbraio 1980, n. 1126.

Cass. 11 marzo 1981, n. 1389.

Cass., 2 luglio 1981, n. 4291.

Cass. 21 ottobre 1981, n. 5503.

Cass., 15 aprile 1982, n. 2268.

Cass., 17 novembre 1983, n. 6864.

Cass., 25 luglio 1984, n. 1350.

Cass., 15 dicembre 1984, n. 6586.

Cass., 30 maggio 1987, n. 4822.

Cass., 18 gennaio 1988, n. 321.

Cass., 7 aprile 1995, n. 4071.

Cass., 16 giugno 1997, n. 5387.

Cass., 23 agosto 1997, n. 7935.

Cass., 18 gennaio 1998, n. 321.

Cass., 15 maggio 1998, n. 4902.

Cass., 25 agosto 1998, n. 8410.

Cass., 25 novembre 1998, n. 11942.

Cass., 14 ottobre 1999, n. 11540.

Cass., 21 dicembre 1999, n. 14372.

Cass., 4 agosto 2000, n. 10264.

Cass., 20 aprile 2001, n. 5843.

Cass., 11 giugno 2001, n. 7852.

Cass., 28 giugno 2001, n. 8844

Cass., 15 aprile 2002, n. 5424.

Cass., 20 marzo 2003, n. 4079.

Cass., 30 maggio 2003, n. 8810.

Cass., 18 luglio 2003, n. 11240

Cass., 19 dicembre 2003, n. 19556.

Cass., 4 marzo 2004, n. 4411.

Cass., 26 maggio 2004, n. 10142.

Cass., 8 luglio 2004, n. 12567.

Cass., 27 marzo 2007, n. 7524.

Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

Cass., 23 agosto 2011, n. 17512.

Cass., 12 febbraio 2013, n. 2473.

STRANIERA

Allan v. Martin, Supreme Court of Arizona, 1978.

Angelcyk v. Angelcyk, Supreme Court of Pennsylvania, 1951.

Animalfeeds Intern. Inc v. Banco Espirito Santo E Commercial De Lisboa, Supreme Court of New York, 1979.

Boatmen's Nat. Bank of St. louis v. Dandy, Missouri Court of Appeals, 1990.

Burkons v. Ticor Title Ins. Co. of California, Supreme Court of Arizona, 1991.

Calhoun County v. American emigrant Co., Supreme Court of the United States, 1876.

Carrera Rothmans Ltd. v. Freeman Mathews Treasure Ltd., House of Lords, 1948.

C & C Partners v. Sun Exploration & Prod. Co., Court of Appeals of Texas, 1989.

Chicago Title & Trust Co. V. Walsh, Appellate Court of Illinois, 1974.

Cruikshank v. Horn, Court of Appeals of Iowa, 1986.

Crum v. City of Los Angeles, Colorado Court of Appeal, 1951.

Dettmer v. Behrens, Iowa Supreme Court, 1898.

Hanby v. First Nat. Bank, Court of Civil Appeals of Texas, 1914.

Home Ins. Co. of New York v. Wilson, Supreme Court of Oklahoma, 1925.

Home-Stake Royalty Corp. v. McClish, Supreme Court of Oklahoma, 1940.

Iron Work Realty Corp v. Eastern Mill Co., Supreme Court of New York, 1959.

Johnson v. Weldy, Supreme Court of North Dakota, 1952.

King v. First National Bank of Fairbanks, Supreme Court of Alaska, 1982.

Lasley v. Bank of Northeast Arkansas, Court of Appeals of Arkansas, 1982.

Lechner v. Haling, Washington Court of Appeal, 1950.

Mangani v. Stadium Bowling Academy, New Jersey Supreme Court, 1945.

McGriff v. McGriff, Supreme Court of Arkansas, 1947.

Mortgage Associates, Inc. v. Monna Shores, Inc., Supreme Court of Wisconsin, 1970.

Muscara v. Lamberti, Supreme Court of the State of New York, 1987.

Nickell v. Reser, Supreme Court of Kansas, 1936.

Paul v. Kennedy, Supreme Court of Pennsylvania, 1954.

Pontic v. Elliot, Texas Courts of Appeals, 1989.

Preston Ridge Fin. Servs. V. Tyler, Court of Appeals of Texas, 1990.

Reilly v. Rangers Management, Inc., Supreme Court of Texas, 1987.

Ryckman v. Cooper, Supreme Court of Michigan, 1939.

Samango v. Pileggi, Supreme Court of Pennsylvania, 1987.

Shaheen v. American Title Insurance Co., Court of Appeals of Arizona, 1978.

Security First National Bank of Los Angeles v. Clark, Court of Appeal of California, 1993.

Stonewall v. McGown, Court of Civil Appeals of Texas, 1921.

Tucson Title Ins. Co. V. D'Ascoli, Supreme Court of Arizona, 1963.

Village Beer and Beverage Co. v. Vernon D. Cox, Inc., Superior Court of Pennsylvania, 1984.

Watkins v. Williamson, Court of Appeals of Texas, 1993.

Weigel v. Hardesty, Colorado Court of Appeals, 1976.

Young v. Bishop, Supreme Court of Arizona, 1960.