

DAGLI ARGENTARII AI CONTRATTI ESCROW

DIRITTO ROMANO E NUOVE PRATICHE NOTARILI

Nel pomeriggio del 23 Giugno 2023 e nella cornice della prestigiosa aula Calasso, sita presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma 'La Sapienza', si è tenuto il convegno dal titolo 'Dagli *argentarii* ai contratti *escrow* – Diritto romano e nuove pratiche notarili', presieduto dal Professor Andrea Di Porto e diretto dal Professor Antonio Saccoccio, in qualità di anfitrioni dell'ateneo romano.

Arricchito dalla partecipazione di Professori di diritto romano, commerciale e privato, nonché dall'intervento di diversi notai tra cui il dottor Areniello, Vicepresidente del Consiglio nazionale del notariato, l'appuntamento di cui trattasi ha visto lo sforzo congiunto di tutti i relatori presenti al tavolo, intervenuti ciascuno secondo le proprie competenze, nel duplice tentativo di tratteggiare con precisione la figura e i compiti dell'*argentarius*, banchiere *ante litteram* della antica Roma, e di definire la natura e i profili del proteiforme contratto di *escrow*, di matrice anglosassone.

Obiettivo del dibattito quello di tracciare un possibile parallelo tra quest'ultimo e il *receptum argentarii*, nella speranza di cogliere meglio la natura giuridica del primo, regolamento pattizio positivamente accolto nell'ordinamento nazionale e invero poco disciplinato dal legislatore, e di rintracciare, ove e se possibile, all'interno dell'esperienza giuridica romana relativa all'attività degli *argentarii*, soluzioni che possano gettare ulteriore luce sulla loro attività, a tutt'oggi ancora solo lacunosamente ricostruita.

A dare il benvenuto agli ospiti del simposio le parole della Professoressa Avitabile, Direttrice del Dipartimento di Scienze giuridiche dello *Studium Urbis*, la quale, menzionando l'invettiva contro Augusto *pater argentarius ego corintharius*¹, ha sottolineato come l'utilizzo del termine *argentarius* sia attestato dalle fonti proprio a partire dal I secolo d.C., seppure con riferimento non solo all'attività del banchiere ma anche a quella del venditore di vasellame, da Varrone successivamente definito *argentifex*².

Ai saluti istituzionali del Professor Vallocchia, Vicepreside della facoltà, hanno fatto seguito quelli del Presidente della seduta.

L'inizio dei lavori è coinciso con la relazione del Professor Antonio Saccoccio ('Sapienza' Università di Roma) sull'eterogenesi delle funzioni che ha interessato il contratto di mutuo, andatosi progressivamente ad affermare come contratto per investimento, pur parallelamente mantenendo l'originaria vocazione di strumento per realizzare prestiti di consumo. Lo studioso, richiamando gli scritti di Columella e di Plutarco, nonché le *Lettere a Lucilio* di Seneca, ha descritto come al c.d. mutuo informale³, in cui l'*accipiens* acquista la proprietà di quanto datogli, obbligandosi a restituire il *tantundem* alla scadenza pattuita, si sia affiancata nel tempo l'attività di finanziamento dei banchieri di professione, che ricevevano depositi ed erogavano prestiti sul modello dei moderni istituti di credito, avvalendosi di un contratto di mutuo sempre più eliso nel requisito della dazione.

¹ Svetonio, *Aug.*, LXX, 2.

² Varrone, *L. Lat.*, VII, 33.

³ Cfr., per tale denominazione, ad es. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 543.

Intervenuto il notaio Areniello, Vicepresidente del Consiglio anzidetto, a sottolineare l'importanza della disciplina del deposito prezzo⁴ relativamente al contratto di *escrow* e al ruolo del professionista notarile in tale ambito, il Professor Andrea Di Porto ha chiarito come ormai possa ritenersi superata la disputa tra studiosi aderenti alle tesi c.d. antichiste e quelli di concezione c.d. modernista intorno all'interrogativo se fosse possibile parlare di un diritto commerciale romano, in favore della risposta affermativa fornita da parte dei secondi⁵.

Restando in tema di esperti di diritto commerciale romano, ha preso la parola il Professor Aldo Petrucci (Università di Pisa), il quale, concentrandosi particolarmente sulle *actiones argentariae*⁶, ha rivenuto gli schemi della *locatio-conductio operis* nel rapporto giuridico che si instaurava tra venditore (anche detto *dominus auctionis*) e banchiere, incaricato dal primo di dar luogo alla licitazione dietro remunerazione, e della *stipulatio*, in riferimento al rapporto che intercorreva tra banchiere e acquirente, per mezzo della quale quest'ultimo prometteva all'*argentarius* il pagamento del prezzo relativo al bene aggiudicatosi. L'onerosità dell'intermediazione finanziaria da quest'ultimo esercitata è stata sottolineata, dallo studioso, attraverso il riferimento all'*exceptio mercis non traditae*, rimedio giurisdizionale concesso dal pretore in favore dell'acquirente, in virtù del quale quest'ultimo poteva eccepire, salvo l'inclusione di una clausola contraria all'interno della *stipulatio* conclusa con il banchiere, la mancata consegna, a seguito dell'asta, del bene compravenduto, al fine di paralizzare la pretesa in giudizio dell'*argentarius*, volta a recuperare quanto da lui anticipato.

Il Professor Massimo Zaccheo ('Sapienza' Università di Roma), definito il contratto di *escrow* come quell'accordo in forza del quale un venditore deposita, o assume l'obbligo di depositare, denaro o beni mobili presso un *escrow agent*, il quale, a sua volta, si obbliga a consegnare quanto ricevuto al depositante o all'acquirente, a seconda del mancato avveramento o dell'avveramento di una condizione sospensiva, ha sottolineato come lo stesso non abbia natura di contratto autonomo, accedendo ad un negozio fondamentale che può consistere in un'operazione di *counter trade* od anche in una compravendita, sia essa di partecipazioni o di beni materiali. A differenziare poi il contratto di *escrow* da quello di deposito, la asserita diversa rilevanza dell'obbligo di custodia, centrale nel secondo e meramente strumentale nel primo, in quanto finalizzata alla prestazione della restituzione della somma di denaro depositata presso l'*escrow agent*, tra l'altro incaricato, per mandato congiunto delle parti, dell'obbligo di determinarne il creditore.

Ad assegnare all'esercente la professione notarile il ruolo di *escrow agent* (o *escrow holder*) è intervenuta la disciplina di cui all'articolo 1, commi 63 e seguenti, della legge 147/2013, così come modificati dalla legge 124/2017. Come riferito dal notaio Giuseppe

⁴ Di cui all'art. 1, comma 63, lettera c) della l. 147/2013.

⁵ Per approfondire la *querelle* cfr. A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano. Una "zona d'ombra" nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne: Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, Napoli, 1997, 413 e ss.

⁶ Le stesse consistevano in vendite all'asta di beni di diversi generi (derrate alimentari, immobili, animali, schiavi) nelle quali gli *argentarii* esercitavano attività di intermediazione finanziaria. A giudizio di Petrucci, il loro svolgimento è attestato nel corpo dell'orazione ciceroniana *Pro Cecina*, nonché all'interno dell'archivio pompeiano del banchiere Cecilio Giocondo e in quello, di più recente ritrovamento nella medesima area geografica, appartenente alla *gens Sulpicia*.

Trapani in commento ai commi 63 e 65, la stessa ha introdotto un meccanismo di segregazione patrimoniale di diverse tipologie di somme, destinate alla realizzazione di scopi particolari, dal notaio ricevute nell'esercizio delle sue funzioni, nonché la facoltà, per le parti di un atto di compravendita che sia soggetto alle formalità della pubblicità commerciale o immobiliare, di depositare l'ammontare corrispondente al prezzo del bene alienato presso il notaio, sino all'esito positivo delle stesse. Tale ultima possibilità, di cui alla lettera c) del comma 63, è posta dal relatore a fondamento della natura bilaterale del contratto di *escrow* dal notaio concluso, sulla scorta del rilievo per il quale quest'ultimo è tenuto a depositare, su apposito conto corrente dedicato, l'intero prezzo o il corrispettivo del bene, se in tal senso richiesto da almeno una delle parti.

Il Professor Francesco Fasolino (Università di Salerno), avendo premesso come i romani conoscessero diverse tipologie di contratto di deposito, il quale poteva avere ad oggetto tanto *res* da corrispondere nella loro specifica integrità quanto beni generici di cui restituire il *tantundem*, ha ipotizzato come il *receptum argentarii* potesse aver assolto ad una funzione di intermediazione di pagamenti tra più clienti del medesimo *argentarius*, collocati su piazze diverse e tra loro lontane. In relazione al ruolo dell'autonomia negoziale delle parti nell'ambito dell'*escrow agreement*, e della discrezionalità dell'*escrow agent* nell'accertamento della verifica dell'evento dedotto in condizione sospensiva, specialmente nel caso in cui l'acquirente si dichiarò insoddisfatto del bene trasferitogli, lo studioso ha ricordato come fosse prevalsa, presso i giuristi romani, l'*opinio* ulpiana tesa ad escludere che per cause sopravvenute di forza maggiore intervenute nella sfera giuridica del debitore si potesse concedere un'*exceptio in factum* al banchiere, che avesse consentito a quest'ultimo di non riversare il corrispettivo già depositato presso il venditore. Il responso del giureconsulto potrebbe costituire, come suggerito dallo studioso, una valida indicazione, a beneficio dell'interprete, per determinare quale valore attribuire alla contestazione dell'esatto adempimento effettuata dal debitore nell'ambito dell'esecuzione dell'*escrow agreement*, laddove lo stesso non fosse predeterminato dalla legge o dal titolo.

Ha definito l'*escrow contract* come contratto almeno trilaterale il Professor Maurizio Onza (Università di Brescia), il quale ha evidenziato l'importanza della funzione ampio precontenziosa svolta, in accordo alla volontà delle parti, dal notaio, incaricato di risolvere conflitti attuali o potenziali in base alla predeterminazione di diritti, obblighi e responsabilità dalle stesse stabilito. Ha, poi, richiamato l'attenzione sulla natura cangiante del regolamento in parola, teso a soddisfare non necessariamente un'unica esigenza delle parti, e per questo partecipe talvolta di elementi del contratto di deposito (il riferimento è all'obbligo di consegna), talaltra del mandato (essendo il notaio tenuto a compiere uno o più atti giuridici nell'interesse altrui). Lo studioso ha, infine, individuato margini di responsabilità dell'*escrow agent*, soprattutto se notaio, in relazione ad eventuali profili di indeterminatezza delle clausole di indennizzo apposte a contratti di acquisizione di partecipazioni sociali, nella prassi di frequente collegati all'*escrow agreement*, dal momento che gli stessi potrebbero condurre alla nullità della garanzia autonoma che il cedente ha inteso offrire, proprio avvalendosi delle clausole suddette.

Il notaio Francesco Della Rocca, intervenuto a conclusione della giornata studi, ha definito come irragionevoli i risultati dei tentativi di sussunzione del contratto di *escrow*, a più riprese operati dalla dottrina, nei paradigmi, tipizzati dal nostro legislatore, del negozio

fiduciario, del sequestro convenzionale, del mandato nell'interesse di una o di entrambe le parti, o nel contratto di deposito, anche nell'interesse di un terzo⁷. Lo stesso ha inoltre evidenziato la pertinenza dell'intervento del notaio in qualità di *escrow holder*, con riferimento al caso in cui la regola pattizia, alla cui esecuzione fosse tenuto, si rivelasse illecita, o comunque immeritevole di tutela, in quanto soggetto per formazione più adeguato ad accertarne e a sancirne la conseguente ineseguibilità, per contrarietà a norma imperativa. Oggetto dell'attenzione del giovane studioso è stato poi il comma 66 della citata legge 147/2013, limitatamente al profilo per il quale la norma in questione non disciplina le conseguenze del mancato avveramento dell'evento, dedotto in condizione, al quale le parti hanno subordinato il pagamento del prezzo, corrispettivo del trasferimento in proprietà del bene alienato, nell'ambito del contratto di compravendita con deposito su conto corrente dedicato. Ricordata a tale riferimento la soluzione proposta da parte della dottrina, la quale propende per il mantenimento del deposito vincolato finché le parti non abbiano individuato, di comune accordo, il destinatario dell'importo depositato, Della Rocca ha rilevato che la stessa mal si concilia con la logica di fondo dell'*escrow contract*, consistente nella volontà di predeterminare diritti, obblighi e responsabilità, in funzione chiaramente precontenziosa. Definita risolutiva, in conclusione, la prospettiva, *de iure condendo*, dell'esistenza di una pluralità di discipline normative a tale contratto riferite, in ragione della grande varietà di finalità tramite esso perseguibili, e dell'assegnazione al notaio, in qualità di *escrow holder*, di una nuova funzione, molto prossima a quella di un ufficio di diritto privato, per la quale non si occupi solamente di regolare gli interessi delle parti, nel rispetto del loro mandato, ma proceda ad analizzare tutti gli interessi in gioco nella vicenda negoziale, potendo, nell'ottemperare alla loro cura, anche derogare al contenuto delle regole pattizie a lui riferite.

Al termine delle relazioni, tra le parole di commiato proferite dal Professor Antonio Saccoccio, il *trait d'union* dell'incontro: cogliere il rapporto di proiezione che lega il diritto romano e quello vigente, nell'ottica di un noto sistema di diritto, che tanto il contratto di *escrow* quanto il *receptum argentarii*, nelle loro discipline, inducono a considerare ancora vigente.

[ALESSIA LA MURA]

⁷ Ha sottolineato, ad esempio, il relatore, come, nell'ambito di operazioni di acquisizione aziendale, condurrebbe a risultati contrari al senso dell'utilizzo del contratto di *escrow* il ricorso, in funzione suppletiva, alla disciplina del sequestro convenzionale: i commi 2 e 3 dell'art. 1800 pongono, infatti, in capo al sequestratario tanto l'obbligo di amministrare le cose affidategli quanto la possibilità di venderle, qualora ci sia imminente pericolo di perdita o di deterioramento. Entrambe le azioni, nell'ambito citato, permetterebbero ad un terzo di incidere in qualunque modo sull'amministrazione dell'azienda, o anche semplicemente sulla scelta di quale soggetto debba amministrare, nelle more della definizione di una acquisizione, frustrando l'esigenza di cristallizzare il più possibile la situazione aziendale ad una determinata data, dagli stipulanti in concreto perseguita attraverso la conclusione del regolamento pattizio indicato.

Per le ulteriori incompatibilità tra la disciplina codicistica dei tipi negoziali segnalati e il contratto di *escrow*, cfr. F. DELLA ROCCA, *Disciplina applicabile al contratto di 'escrow account'. Origine, funzione e caso concreto*, in *Roma e America online*, n. 1, 2023, <<https://www.romaeamerica.it/2023/07/11/francesco-della-rocca-disciplina-applicabile-al-contratto-di-escrow-account-origine-funzione-e-caso-concreto/>>.