

# L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano

di Paolo Zagami

**L'escrow agreement è l'accordo con il quale denaro o documenti quali atti di trasferimento o titoli di credito vengono consegnati ad un depositario il quale ha l'obbligo di consegnarli ad una determinata parte di un contratto solo qualora questa abbia adempiuto correttamente.**

**La figura dell'escrow si colloca nella categoria – più ampia – di trust. Infatti, il depositario altri non è che un trustee con poteri limitati.**

**Quando il depositario si impegna nei confronti di entrambe le parti del contratto viene chiamato escrow holder; quando, invece, l'escrow viene posto in essere da una parte soltanto il fiduciario viene chiamato escrow agent.**

**L'escrow agreement viene utilizzato, nei paesi di common law, prevalentemente a garanzia delle compravendite immobiliari. E, in ragione delle sue caratteristiche, potrebbe ovviare anche ad alcuni problemi che si presentano, in situazioni analoghe, anche nei paesi di civil law come l'Italia.**

## ■ Profili introduttivi

Nelle transazioni su scala internazionale è comune la prassi, tra le parti implicate nell'operazione, di redigere un *escrow agreement*, un particolare accordo di derivazione anglosassone che viene generalmente stipulato per accompagnare l'esecuzione delle obbligazioni derivanti da contratti di natura immobiliare, commerciale o finanziaria.

Definito come una "garanzia internazionale" (1), con il termine "escrow" (2) si indica precisamente un "deposito in garanzia". In generale, il riferimento è al negozio giuridico mediante il quale denaro o documenti (titoli di credito o veri e propri atti di trasferi-

mento eventualmente sigillati), vengono consegnati ad un terzo depositario, con l'intesa che questi li consegnino ad una determinata parte contrattuale solo dopo l'adempimento di una specifica prestazione da parte di quest'ultima (3).

L'istituto ha le sue origini nelle pratiche commerciali dei sistemi di *common law* (4), laddove veniva richiesto ad un soggetto indipendente di custodire un bene fino all'avverarsi di determinate condizioni, al verificarsi delle quali, il bene oggetto di garanzia doveva essere consegnato ad una persona all'uopo designata. Nella fattispecie, si diceva che il bene era appunto tenuto in *escrow*, cioè in garanzia.

Paolo Zagami – Avvocato in Roma.

Note:

(1) R. Christou, *International agency, distribution and licensing agreements*, London, 1986. Per G. Di Chio, *Trust e garanzia di somme di denaro*, Relazioni Congresso Nazionale di Roma del 19-20 Novembre 1999, in [www.iltrust-in-italia.it](http://www.iltrust-in-italia.it), testualmente "l'acconto di garanzia è noto nel mondo col nome inglese di "escrow". Un acconto di garanzia è un accordo legale nel quale un bene (denaro o qualunque bene tangibile) è depositato da una parte presso il conto di una terza parte neutrale (agente), fino all'adempimento delle clausole contrattuali effettuato dall'altra parte. Gli acconti di garanzia comprendono le istruzioni che regolano il modo in cui la transazione viene svolta".

(2) F. De Franchis, *Law Dictionary English-Italian*, voce "Escrow", Milano, 1984, p. 703. Sebbene lo strumento giuridico dell'*escrow agreement* trovi certamente le sue origini nel diritto anglosassone, il termine deriva dalla vecchia parola francese "escroue" la cui traduzione in italiano corrisponde a "pezzo di carta" o "rotolo di pergamena"; ciò ad indicare il fatto che un terzo rimaneva "in sospenso" fino a che una transazione non fosse stata completata. W.H. Pivar, L. Anderson e D.S. Otto, *California Real Estate Practice*, 7<sup>th</sup> Edition, 2010, precisano che "the terms was taken in English as escrow meaning a deed, a bond, money or a piece of property held in trust by a third party to be turned over to the grantee only on fulfillment of a condition".

(3) L'espressione è di D. Balducci, *Formulario di tutti i contratti pubblici e privati*, Dodicesima Edizione, Milano, 2007, p. 402.

(4) Sulle origini e sull'utilizzo dell'*escrow agreement* nei paesi di "common law" cfr. in particolare M. Lupoi, *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge, 2000, pp. 143 ss. (originariamente pubblicato in Italia come *Trusts*, Milano, 1997), il quale evidenzia come il termine "escrow" sia usato con grande frequenza nella terminologia americana.

## ■ Inquadramento, finalità, caratteristiche e contenuto del contratto di escrow

Affermatosi e largamente utilizzato all'estero ed in particolare nei Paesi basati su un sistema giuridico di *common law*, lo strumento giuridico in esame si è poi diffuso anche altrove; tuttavia, non ha ancora precisi inquadramenti teorici prima che normativi e dunque risulta essere ad oggi non compiutamente esaminato nel quadro degli ordinamenti giuridici (come quello italiano) che si fondano sul sistema di *civil law*(5).

Nell'intento di offrire degli spunti di riflessione, si ritiene opportuno iniziare la presente disamina proponendo una prima generale definizione secondo cui il contratto di *escrow* è quella "particolare figura contrattuale, in forza della quale uno o più beni (documenti, azioni, obbligazioni, somme di denaro, beni mobili o immobili), oggetto di contrattazione e/o rivendicazione tra due o più soggetti, vengono depositati in garanzia nelle mani di un soggetto terzo e indipendente rispetto alle suddette parti, fino all'avveramento di una determinata condizione che individui il soggetto al quale spetta la proprietà di tali beni ed al quale il soggetto terzo sarà obbligato a consegnare i beni da lui custoditi" (6). Pertanto, l'*escrow agreement* è lo strumento (non disciplinato dall'ordinamento italiano) con il quale due parti, sulla base di un accordo specifico, conferiscono a un terzo(7) un mandato per perfezionare, a titolo esemplificativo, compravendite di partecipazioni societarie, di rami aziendali o di beni mobili e immobili.

Volendo più specificamente delineare le caratteristiche della figura in esame, è certamente necessario inquadrarla nel più ampio istituto del *trust*(8). In proposito, essa è stata opportunamente qualificata come un *trust* nel quale il *trustee* non ha normalmente poteri di investimento e le cui funzioni sono unicamente quelle di versare la somma o i titoli in un conto bancario o in un dossier titoli specificamente designato come *escrow account* e poi, rispettivamente, versarla o trasferirla all'uno o all'altro soggetto interessato al verificarsi di una determinata condizione(9). Per mezzo dunque dell'*escrow account* si garantisce il beneficiario delle somme depositate da qualsiasi atto dispositivo del debitore principale (*settlor*) attraverso l'affidamento delle stesse somme o dei titoli ad un terzo depositario, cosiddetto *escrow holder* o *escrow agent*(10).

Per quanto sopra evidenziato, si ricava che la finalità principale dell'*escrow agreement* è quella di garantire la buona riuscita dell'obbligazione contratta dalle parti coinvolte mediante la figura di un terzo imparziale ed indipendente, che si impegna a trattenerne la res oggetto del rapporto principale e conseguentemente a consegnarla al legittimato, a patto che le condizioni appositamente previste dalle parti si realizzino(11).

Oltre alla funzione di garantire l'effettivo perfezionamento del rapporto principale, deve inoltre essere sottolineata la sua natura accessoria rispetto al rapporto principale medesimo a garanzia del quale si ricorre ad un *escrow agreement*. Al riguardo, nella prassi del *real estate* internazionale è ad esempio abbastanza frequente collegare la sottoscrizione di un contratto di *escrow* al contestuale accordo concer-

### Note:

(5) Come è noto, i sistemi di "*civil law*" sono basati su un ruolo importante dell'università e su un sistema di codici ed adottano categorie giuridiche simili a quelle del diritto romano, la cui fonte di legittimazione si sostanzia appunto nella legislazione. Pertanto, in questi sistemi il giudice dovrebbe attenersi, per quanto possibile, alla lettera della legge ed allo spirito del legislatore mentre nei sistemi di "*common law*" la giurisprudenza è la principale fonte del diritto e si registra un ridotto intervento del diritto legislativo e la mancanza delle codificazioni. Sulle differenze tra i due sistemi giuridici cfr *amplius* A. Busani, *Civil Law e Common Law: Sistemi giuridici a confronto*, in [www.docstoc.com](http://www.docstoc.com).

(6) Così sul punto G. Pescatore e S. Angione, *Il contratto di escrow: struttura fondamentale e principali utilizzi*, in *Bollettino dell'Internazionalizzazione*, Novembre 2005, Verona. Con riferimento al diritto americano cfr. al riguardo, tra gli altri, G. Lefcoe, *Real estate transactions, finance and development*, Sixth Edition, Lexis Nexis, p. 312.

(7) Secondo la New York State Bar Association, in *Formal Opinion July 14, 1986*, "a lawyer serving as escrow agent has fiduciary duties and obligations, not only to his client, but to all parties to the escrow agreement. In addition, a lawyer's conduct with respect to escrow arrangements is governed by the Code of Professional Responsibility".

(8) Oltre quanto sarà evidenziato successivamente nel presente scritto ed a tutte le note ivi richiamate, sul rapporto tra *escrow* e *trust* si vedano in particolare anche U. Morello, *Fiducia e Trust, due esperienze a confronto*, in *Fiducia, Trust, Mandato e Agency*, Milano, 1991, pp. 66-74 e G. Provaggi, *Agency Escrow*, in *Fiducia cit.* p. 291 ss.

(9) R. Giovagnoli e M. Fratini, *Garanzie Reali e personali. Percorsi Giurisprudenziali 2010*, Milano, 2010, p. 70.

(10) Si rinvia al successivo paragrafo per le differenti caratteristiche riscontrabili tra la figura *escrow agent* e quella dell'*escrow holder*.

(11) Sulla base di quanto evidenziato nel testo una possibile clausola base da inserire in un contratto *escrow* collegato ad un contratto preliminare di compravendita immobiliare potrebbe essere la seguente: "Ai fini dell'esecuzione del presente accordo, il Depositario è considerato un soggetto terzo e indipendente, il quale si impegna a custodire fiduciarmente le somme in oggetto secondo le regole appositamente dettate dal promissario acquirente ed a consegnare le medesime al promissario venditore all'avverarsi delle condizioni espressamente concordate e previste da entrambe le parti".

nente un contratto preliminare di compravendita(12). È evidente che in questo ed in altri casi simili si verifica una ipotesi di collegamento negoziale di tipo unilaterale tra i due contratti, nel senso che ogni vicenda del contratto principale si comunica al contratto subordinato ma non viceversa(13).

Proseguendo nella disamina, è nel carattere trilaterale dell'accordo che si incarna l'essenza stessa dell'*escrow agreement*. Sono infatti tre le figure che, di regola, sono coinvolte nella operazione(14):

– il depositante, colui che consegna il bene oggetto del contratto di *escrow* a titolo di garanzia;

– il beneficiario, il soggetto legittimato a ricevere il bene in seguito all'avveramento delle condizioni pattuite originariamente dalle parti (*rectius*: colui a beneficio e a garanzia del quale viene effettuato il deposito);

– l'*escrow agent/holder* o depositario, l'interlocutore neutrale tra depositante e beneficiario, al quale viene affidato il preciso compito di trattenere, custodire e successivamente consegnare al legittimato, l'*asset* oggetto del contratto di *escrow* oppure di restituirlo allo stesso depositante in caso di non avveramento delle condizioni prestabilite(15). In proposito, è da precisare che l'*escrow agent* o *holder* non diventa parte del rapporto principale che intercorre tra depositante e beneficiario ma ne rimane estraneo, in omaggio ai suoi requisiti di terzietà e indipendenza; egli pertanto non può vantare alcun diritto sui beni oggetto di *escrow*, in quanto tali beni fanno parte del rapporto principale.

Sulla base di quanto sopra delineato, si è dunque in presenza di un contratto atipico, di garanzia, accessorio, collegato e trilaterale. Per quanto concerne poi i suoi requisiti essenziali, va premesso che naturalmente ogni *escrow agreement* deve essere "ritagliato" sulla fattispecie concreta ed adattato alle peculiari esigenze delle parti coinvolte nel rapporto principale cui è funzionalmente collegato(16). Ad ogni modo, qualunque sia l'utilizzo che se ne faccia, un contratto *escrow* completo dovrebbe necessariamente contenere, contemplare e precisare le seguenti clausole:

a) la data, il luogo e le generalità delle parti e dell'*escrow agent/holder*;

b) l'obbligazione principale a favore della quale si richiede la sottoscrizione dell'*escrow agreement*;

c) l'accettazione dell'incarico da parte del depositario ed i suoi diritti, doveri e poteri;

d) l'*escrow date* e l'*execution date* (intendendosi

con il primo la data a partire dalla quale il contratto produrrà i suoi effetti e con il secondo la durata dell'incarico)(17);

e) le condizioni al verificarsi delle quali l'*asset* dovrà essere consegnato dall'*escrow agent* al beneficiario e la descrizione ed il valore del bene(18);

f) le modalità di custodia/amministrazione del bene alle quali l'*escrow agent* dovrà attenersi nell'esecuzione dell'incarico(19);

g) il *quantum* e le modalità del pagamento del compenso del depositario.

#### Note:

(12) È da precisare che l'*escrow agreement* è, per definizione, un accordo accessorio (in quanto funge da garanzia al rapporto principale) ma non necessariamente deve essere fisicamente separato dal contratto principale, potendo essere inserito anche all'interno del medesimo contratto di cui garantisce la corretta esecuzione; in questo senso J. Mann, *Escrow-Their use and Value*, U.I.L.L.E., 1949, p. 398.

(13) Il fenomeno del collegamento negoziale è stato individuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza pressoché unanimi nelle ipotesi in cui due o più negozi, ciascuno strutturalmente autonomo, perseguono una comune finalità. Cfr. per tutti R. Scognamiglio, voce *Collegamento Negoziale*, in Enc. Dir., Milano, 1960, vol. VII, p. 376 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 6 settembre 1991, n. 9388, in Mass. Giust. Civ., 1991, p. 1298 e Cass. 4 maggio 1989, n. 2065, in Mass. Giust. Civ., 1989, p. 520.

(14) G. Pescatore e S. Angione, Il contratto di *escrow*: struttura fondamentale e principali utilizzi, [supra, nota 6]. Trattasi naturalmente di contratto trilaterale "atipico" (in quanto come evidenziato non è espressamente disciplinato nell'ordinamento italiano) seppure presenti delle analogie in particolare con il contratto di deposito nell'interesse del terzo di cui all'art. 1773 cod. civ. di cui si tratterà in seguito.

(15) 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 esclusive amministratrici 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 cannot be licensed under the *escrow law* but certain organizations and individuals such as bank and attorneys are permitted to act as *escrow agent* without license".

(16) Così G. Cantobelli, *L'escrow agreement: struttura e profili operativi*, Bollettino Camera di Commercio Italo-Orientale, anno 14, n. 4, p. 8.

(17) Si ritiene opportuno che ogni contratto *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.

(18) 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.

(19) G. Cantobelli, *L'escrow agreement. Struttura e profili operativi*, [supra, nota 16]. Qualora il bene sia rappresentato da una somma di danaro sarà necessario specificare se questa debba essere depositata in un conto fruttifero, investita in titoli ed eventualmente a chi debbano essere imputati interessi o dividendi.

Inoltre, considerato il carattere di contratto collegato ma autonomo rispetto al contratto preliminare, sarà opportuno esplicitare nell'interesse del depositario una clausola di esonero da qualunque sua responsabilità civile e penale in ordine al rapporto principale intercorrente tra promittente venditore e promittente compratore(20). Ed ancora, qualora la figura contrattuale in esame fosse utilizzata per disciplinare un rapporto giuridico di diritto internazionale, bisognerà in ogni caso specificare la lingua prescelta dalle parti per le comunicazione che intercorreranno tra esse ed il depositario, l'ordinamento giuridico cui far soggiacere rispettivamente l'obbligazione oggetto del rapporto principale e quella accessoria subordinata alla prime e le autorità competenti alla risoluzione di eventuali controversie sorte nell'iter contrattuale tra le parti ed il terzo(21).

## ■ Obblighi del depositario e differenza tra *escrow holder* ed *escrow agent*

Dalla caratteristiche dell'*escrow* sopra delineate si può dedurre il carattere fortemente fiduciario del rapporto che si instaura tra il detentore del "deed", del denaro o del bene mobile, il terzo depositario e il depositante di *escrow*. Al riguardo, nel diritto anglosassone (da cui, come segnalato, trae origine la figura contrattuale in questa sede esaminata), il rapporto fiduciario viene tradizionalmente individuato in quel rapporto nel quale una persona riceve un potere di qualche tipo, alla condizione che contemporaneamente riceva anche il dovere di utilizzare tale potere nell'interesse di un altro(22). Il fiduciario è, peraltro, colui che agisce nell'interesse esclusivo della persona a beneficio della quale è tenuto ad adoperarsi.

Più in generale, il soggetto titolare di un rapporto di *escrow* ha l'obbligo di eseguire "alla lettera" le istruzioni impartitegli dalle parti del rapporto principale (e specificamente elencate nel contratto di *escrow*) agendo con "scrupolosa onestà, perizia e diligenza". Va da sé che in caso di inosservanza di tali istruzioni/obblighi da parte del terzo (così come nel caso di inadempimento doloso o colposo), quest'ultimo sarà responsabile nei confronti delle parti(23). Dalla sua condizione di fiduciario deriva anche l'obbligazione di riferire alle parti del rapporto principale qualsiasi informazione riguardante i beni depositati in garanzia (ovvero di fornire una rendicontazione periodica della custodia/gestione dei beni)(24).

In particolare, sulla base dell'insegnamento derivato dal diritto statunitense, è opportuno in proposito tratteggiare le differenze tra *escrow holder* ed *escrow agent*.

In proposito, *escrow holder* è il fiduciario di tutte le parti di un negozio giuridico che si impegnano a scambiare una certa somma o un certo bene al verificarsi di un determinato evento; egli, quindi, normalmente riceve qualcosa da entrambi le parti, accompagnato da un accordo di trasferire reciprocamente la proprietà di tali beni dall'una all'altra parte al realizzarsi di una certa condizione.

L'*escrow holder* così intrattiene una doppia relazione fiduciaria, detenendo e custodendo(25) qualcosa per ciascuna parte contraente sulla base di un accordo (l'*escrow agreement*) di trasferimento reciproco della titolarità dei beni di entrambi al verificarsi di un determinato evento. Dunque, si può affermare che, in questo caso, il terzo interlocutore è un agente di tutte e due le parti, dovendo obbedire alle istruzioni che gli sono state impartite da entrambi i contraenti: in questa ottica solo quest'ultimi possono insieme e congiuntamente revocare o modificare i poteri ed i com-

### Note:

(20) Per completezza si propone di seguito un'altra possibile formula contrattuale a corollario: "L'Acquirente ed il Venditore hanno convenuto che i pagamenti relativi alla vendita dell'unità immobiliare siano effettuati per il tramite di un Escrow Account gestito dal Depositario, il quale rilascerà i fondi dal conto in stretta osservanza dei termini del Contratto Preliminare. I compiti del Depositario sono puramente di natura amministrativa e consistono esclusivamente in quelli specificamente stabiliti in quest'accordo. Più esattamente, il Depositario non incorrerà in alcuna responsabilità verso qualsivoglia parte riguardo l'esecuzione dei propri compiti - tranne che per sua mala fede, per colpa grave o per dolo - ed a egli non sarà richiesto alcun trasferimento dall'Escrow Account fino a che le condizioni sospensive stipulate in questo Accordo non si siano avverate interamente".

(21) G. Pescatore e S. Angione, Il contratto di *escrow*: struttura fondamentale e principali utilizzi, [supra, nota 6].

(22) D.J. Hayton, Law relating to Trusts and Trustee, Fourteenth Edition, Butterworths, 1987, p. 14

(23) Si ritiene che - considerata la natura del contratto - il grado di responsabilità richiesto al terzo debba essere valutato secondo parametri professionali e che in particolare egli nell'esecuzione del contratto di *escrow* debba adoperare la diligenza del buon padre di famiglia.

(24) G. C. Marchesi, Scambi in compensazione: l'*escrow account* e la sua gestione, in Gazz. val. e del comm. int., 1989, p. 1191.

(25) Al terzo depositario del bene in *escrow* è applicabile per analogia l'art. 1718 cod. civ. secondo cui "il mandatario deve provvedere alla custodia delle cose che gli sono state spedite per conto del mandante". Nel caso di consegna di un *deed*, il depositario è così responsabile della custodia dell'atto, che non acquista validità giuridica fino a quando la parte che riceve un beneficio dall'esecuzione di tale atto non compie determinate prestazioni.

piti affidatigli(26). Più esattamente, l'*escrow holder* ha il potere di trattenere il bene in *escrow* con l'approvazione di coloro per cui lo detiene ed a tale potere non può essere posto termine se non con il consenso di entrambi e comunque sino al momento in cui l'evento condizionante si verifichi o quanto meno sino al termine dell'*executive date*. Fino a questi momenti, il terzo non può essere considerato ad alcun titolo l'agente di una sola parte e nessuna delle parti contraenti può impartire – da sola e senza il consenso delle altre – direttive in merito alla *res depositata*(27).

Dall'altra parte, *escrow agent*, invece, è anch'egli un fiduciario ma è completamente assoggettato al controllo di una sola parte ed ha l'obbligo – pertanto – di attenersi strettamente alle istruzioni di questa unica parte. Dunque, ha i poteri di un classico *agent* e nel caso di specie la relazione fiduciaria intercorrente è individuabile con il nome appunto di *agency*, poiché l'assoggettato risponde solamente alle direttive imposte dal *principal* che lo ha ingaggiato, senza facoltà di manifestare opinioni avverse o contrastanti con le istruzioni da questi impartitegli(28).

L'*escrow agent* è, dunque, tenuto ad eseguire alla lettera le istruzioni ricevute solamente dalla parte principale del rapporto accessorio ed al pari dell'*escrow holder* resta comunque responsabile nei confronti sia del depositante che del beneficiario in caso di inadempimento doloso o colposo. Sull'*escrow agent*, inoltre, incombe l'obbligo di tempestiva comunicazione – solo al soggetto che gli ha conferito il mandato in esclusiva – di ogni informazione attinente il bene o i beni in garanzia.

Nel modello americano, in questi casi il terzo è considerato come un semplice "*stakeholder*"(29), vale a dire un mero depositario che custodisce il denaro e/o i documenti nell'interesse della parte per cui agisce(30). In questa prospettiva, prima della sottoscrizione del contratto di *escrow*, questa parte sarà naturalmente libera di recedere dall'*escrow* ed il depositario ha l'obbligo di restituirle il denaro e/o i documenti che gli erano stati trasmessi senza dovere rendere conto di ciò all'altra parte(31).

### ■ Ambito di operatività e di utilizzo degli *escrow agreements*

Come già segnalato, l'utilizzo classico degli *escrow agreements* si registra prevalentemente nell'ambito delle vendite immobiliari che presentano elementi di internazionalità (parti e/o beni facenti parti di diffe-

renti ordinamenti giuridici nazionali)(32). Questa prassi trova una sempre più frequente collocazione nel diritto anglosassone nell'area delle *conveyancing transactions*, vale a dire casi di trasferimento di proprietà nei quali o è il venditore dell'immobile che – dopo aver sottoscritto il *deed of conveyance* (l'atto di

#### Note:

(26) Sul punto G. Provaggi, *Agency Escrow*, in *Fiducia*, p. 291 ss. [*supra*, nota 8]. Il principio secondo cui i poteri dell'*escrow holder* devono essere regolati da entrambe le parti – poiché altrimenti si sarebbe in presenza di un agente esclusivo di una sola parte – ha trovato la sua applicazione in numerose decisioni giurisprudenziali. È in particolare molto interessante quella concernente il caso *Paul v. Kennedy* deciso dalla Supreme Court of Pennsylvania 376 pa. 312, 102 A.2d 158 (1954). Al riguardo, 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* sparì con l'intero bottino. La Corte stabilì che l'appropriazione indebita dovesse essere subita solo dal venditore perché ritenne che il terzo era a disposizione appunto solo di quest'ultimo (e non anche del compratore) dato lo stretto grado di collaborazione intercorrente solo tra i due.

(27) D. Hynes, *Agency, Partnership and other Unincorporated Business Enterprises*, second edition, Minnesota, 1985, p. 6.

(28) G. T. Bogert, *Trusts*, sixth edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota; 1987, p. 35. D.J. Hayton, *Law relating to Trusts and Trustee*, [*supra*, nota 22]. In questo caso l'*agent* ha il potere-dovere di agire per ogni suo singolo *principal* a dispetto di qualsiasi accordo intercorrente tra i due *principals*. Inoltre, la qualifica di *escrow agent* comporta in particolare per il soggetto intermediario: a) l'essere "a mere instrument in the hands of the principal"; b) l'estinzione del rapporto di *agency* in caso di sua morte perché le sue qualità professionali sono rilevanti solo per il *principal*; c) l'alterazione del contenuto dei poteri dell'*agent* in ogni momento a piacimento del suo *principal*.

(29) R. Christou, *International agency, distribution and licensing agreements*, p. 239 [*supra*, nota 1]. D. Hynes, *Agency, Partnership and other Unincorporated Business Enterprises*, [*supra*, nota 27]. F. De Franchis, *Law Dictionary English-Italian*, Milano, 1984, voce "*Stakeholder*", p. 1380.

(30) Con riferimento alla custodia del denaro va rilevato che molte legislazioni impongono di tenere i fondi in un conto fiduciario separato e specifico, specie quando le somme conferite in *escrow* superano una certa soglia. In proposito, addirittura la New York State Bar Association precisa ulteriormente che i fondi devono essere depositati in appositi istituti di credito: "A lawyer who is in possession of funds belonging to another person incident to the lawyer's practice of law shall maintain such funds in a banking institution within the State of New York where banking institution means a state or national bank, trust company, savings bank, savings and loan association or credit union. Such funds shall be maintained, in the lawyer's own name, or in the name of a firm of lawyers of which he or she is a member, or in the name of the lawyer or firm of lawyers by whom he or she is employed, in a special account or accounts, separate from any business or personal accounts of the lawyer or lawyer's firm, and separate from any accounts which the lawyer may maintain as executor, guardian, trustee or receiver".

(31) In questo senso si è espressa chiaramente la Court of Appeal of the State of California nel caso *Carr v. Bank of Italy* (1931) 113, Cal. App. 6, 10 dove si è statuito che il fondi del compratore depositati presso la Banca per essere poi trasferiti al venditore appartengono al compratore sin quando quest'ultimo non fornisce alla banca le necessarie istruzioni.

(32) Per J. Mann, *Escrow-Their use and Value*, p. 398 [*supra*, nota 12], "It is best known in the United States in the context of real estate, specifically in mortgages where the mortgage company establishes an *escrow account* to pay property tax and insurance during the term of the mortgage".

trasferimento) – lo affida ad un *solicitor* di fiducia cosicché quest'ultimo poi lo consegna all'acquirente ad avvenuto pagamento del prezzo(33), oppure è il compratore stesso che – nelle more di completamento dell'atto di vendita – consegna la somma oggetto dell'atto al suo *solicitor*(34).

In proposito, è da rilevare che in Italia e più in generale nei paesi di *civil law* lo strumento *escrow* non viene ancora utilizzato per quanto si dovrebbe nei casi di compravendite immobiliari(35); a fronte di ciò, nella prassi del *real estate* del diritto americano sono usuali e numerosi i servizi di *escrow*, *closing* e *settlement* prestati dai professionisti e dalle società abilitate(36). In generale, fatte salve le differenze che si riscontrano tra ciascuno dei singoli Stati, in America si riscontra infatti l'usanza secondo cui tutti i documenti rilevanti per l'operazione vengono scambiati in anticipo tra gli avvocati, gli *escrow agents* e i *real estate brokers* per evitare obiezioni dell'ultimo minuto(37). Adirittura, sulla costa occidentale normalmente gli *attorneys* di una parte agiscono anche come *escrow agent* dell'altra; ciò nell'ottica di semplificare e velocizzare le transazioni immobiliari, tuttavia esponendosi evidentemente in questi casi a possibili situazioni di conflitto di interessi(38).

È anche abbastanza comune a quelle latitudini la costituzione di un *escrow account* separato dal *mortgage account*, nel quale il deposito dei fondi viene effettuato per garantire il pagamento appunto del mutuo e delle relative tasse ed assicurazioni: con formula sintetica ma molto efficace l'uno viene chiamato "T&I" (*Taxes and Insurance*) e l'altro "P&I" (*Principal and Interest*)(39).

Precisato come l'applicazione più ampia degli *escrow agreements* sia su questa scia da certificare nell'ambito del *real estate* nei paesi di *common law*, va evidenziato come tale figura contrattuale è – o dovrebbe essere – utilizzata in molti altri settori e per altri differenti scopi anche nel sistema di diritto italiano.

Si pensi, innanzitutto, al caso del deposito presso un professionista o una società fiduciaria di una parte del prezzo dovuto a titolo di corrispettivo per l'acquisto di quote di società personali o a responsabilità limitata o di azioni di società per azioni o per l'acquisto di un'azienda o di un suo ramo particolare(40). In

(34) Si pensi al caso di acquisto di un immobile in costruzione laddove il compratore, per avere maggiore garanzia sul buon esito della costruzione, verserà al venditore un anticipo di denaro per le burocrazie ed eventuale parte di immobile esistente mentre il resto del denaro sino al saldo del prezzo sarà versato in un conto *escrow*, gestito da un agente, il quale monitorerà la costruzione attraverso certificazioni tecniche e commerciali e trasferirà le somme di denaro al venditore/costruttore solo dopo aver certificato lo stato di ogni avanzamento sino alla consegna del bene.

(35) Il che risulta abbastanza inspiegabile in considerazione dei vantaggi che esso offre. Infatti come osserva G. Cantobelli, *Escrow Agreement: struttura e profili operativi*, [supra, nota 16], pur trattandosi di un contratto tipicamente internazionale, l'*escrow agreement* potrebbe anche essere adottato (sulla scorta del disposto dell'art. 1322 cod. civ.) nel contesto di un rapporto interno; per quanto l'ordinamento italiano - come si vedrà più avanti - preveda figure in grado di assolvere parzialmente la stessa funzione dell'*escrow* quali ad esempio il negozio fiduciario ed il mandato irrevocabile in favore delle parti del rapporto principale.

(36) Rose Pothier, in V.A. *Code Ann.* 6.1-2-2.20, Santa Ana, California: "Escrow, closing or settlement services means the administrative and clerical services required to carry out the terms of contracts affecting real estate. These services include, but are not limited to, placing orders for title insurance, receiving and issuing receipts for money received from the parties, ordering loan checks and payoffs, ordering surveys and inspections, preparing settlement statements, determining that all closing documents conform to the parties contract requirements, setting the closing appointment, following up with the parties to ensure that the transactions progresses to closing, ascertaining that the lenders instructions have been satisfied, conducting a closing conference at which the documents are executed, receiving and disbursing funds, completing form documents and instruments selected by and in accordance with instructions of the parties to the transaction, handling or arranging for the recording of documents, sending recorded documents to the lender, sending the recorded deed and the title policy to the buyer and reporting federal income tax information for the real estate sale to the Internal Revenue Service".

(37) G.Lefcoe, *Real estate transactions, finance and development*, [supra, nota 6], G.Essner, *The Closing, Florida Real Property Sale Transactions*, 1978, p. 104. Sull'utilizzo dell'*escrow* da parte degli *attorneys* nell'ordinamento statunitense e più in generale sul loro ruolo nel deal si ritengono fondamentali i contributi di W.A. Ingrahm, *Escrow agreements*, 8, Miami L.Q., p. 75 (1953) ed E.B. Halper, *How to buy an apartment house*, The Real Estate Institute of New York University, *Real Estate review*, 1983, Volume 4, number 1.

(38) Al riguardo la New York State Bar Association, in *Formal Opinion* July 14, 1986, [supra, nota 30] espressamente prevede l'applicazione di sanzioni: "The canon 5, which requires a lawyer to exercise independent professional judgment on behalf of his client, and in particular to avoid a stake in interests that might conflict with those of his client, is applicable to the conduct of a lawyer who represents one party to a transaction and at the same time acts as *escrow agent* for both parties".

(39) Come precisato al riguardo da G. Essner, *The Closing*, [supra, nota 37], "escrow payment is the common term referring to the portion of a mortgage payment that is designated to pay for real property taxes and hazard insurance. It is an amount "over and above" the principal and interest portion of a mortgage payment. Since the escrow payment is used to pay taxes and insurance, it is referred to as "T&I", while the mortgage payment consisting of principal and interest is called "P&I". The sum total of all elements is then referred to as "PITI", for "Principal, Interest, Tax, and Insurance". Some mortgage companies require customers to maintain an escrow account that pays the property taxes and hazard insurance. Others offer it as an option for customers. The monthly escrow payment is calculated by taking the total of all anticipated tax and insurance disbursements for the coming year, and dividing that number by 12. In addition, if the mortgage company requires a minimum balance in the escrow account (usually no more than double the monthly escrow payment), they may add on a shortage adjustment so that the balance never falls below the minimum balance requirement".

(40) G. Di Chio, *Trust e garanzia di somme di denaro*, [supra, nota 1].

#### Note:

(33) R. Christou, *International agency, distribution and licensing agreements*, p. 239 [supra, nota 1]. F. De Franchis, *Law Dictionary English-Italian*, [supra, nota 2].

questi casi il terzo dovrà di regola consegnare queste somme al venditore una volta che l'acquirente abbia accertato o l'estinzione dei debiti societari non riportati nelle scritture oppure che il valore patrimoniale delle quote, delle azioni o dell'azienda corrisponda a quanto dichiarato negli accordi di trasferimento del bene(41).

Di recente il mezzo giuridico in esame è stato spesso opportunamente utilizzato anche come strumento atipico nei rapporti finanziari tra istituti di credito e gruppi di società, al fine di permettere alla società capogruppo di svolgere la propria assistenza finanziaria alle società controllate. In questo caso il mandato di *escrow* mira a raggiungere e realizzare simultaneamente gli obiettivi della lettera di patronage e del pegno su quote sociali(42); infatti nell'accordo di *escrow* si esplicitano da parte delle società holding le dichiarazioni: 1) di consapevolezza con cui la società madre dichiara di essere al corrente dei rapporti di finanziamento esistenti o da porre in essere; 2) di approvazione di questi rapporti; 3) di confermativa di controllo con cui si enunciano le percentuali di partecipazione al capitale da parte della società holding. Inoltre, l'accordo di *escrow* usualmente contiene la garanzia sul fatto che le partecipazioni nel capitale sociale delle società controllate, debitori principali, non verranno cedute a soggetti non graditi dalle banche in quanto i titoli azionari saranno posti materialmente al di fuori della disponibilità dei soci e della società perché appunto depositati fiduciarmente presso un soggetto terzo di alto profilo professionale. Si eviterà così che dalla compagine della società debitrice venga meno proprio quel soggetto (la capogruppo) che offre le maggiori credenziali di affidabilità e solvibilità e che molto spesso è l'unico in grado di garantire continuità aziendale(43).

Continuando nella disamina degli spazi di utilizzo della figura contrattuale analizzata in questa sede, lo strumento *escrow* viene anche spesso impiegato, in particolare, in operazioni di import-export attraverso l'attivazione di un *escrow account* vincolato ad un determinato fine e movimentato in funzione dell'esecuzione dei flussi di merci che stanno alla base dell'accordo tra le parti(44).

Tale strumento si differenzia dalla garanzia bancaria escutibile a prima richiesta, in quanto il beneficiario anziché procedere all'escussione della garanzia potrà soddisfarsi ricorrendo alle somme depositate. In una operazione di questo tipo, l'importatore si rivol-

ge a un agente – banca o istituto di credito internazionale – il quale, su istruzione di entrambe le parti, accende un conto bloccato sino all'adempimento delle attività contrattuali concordate (spedizione delle merci o erogazione del servizio). Quando le stesse si realizzano, l'esportatore diviene il beneficiario della somma depositata e riceve così il pagamento per la prestazione effettuata.

#### Note:

(41) In questo senso cfr. AA.VV., Guida M&A: Come valutare, acquistare e cedere una azienda, a cura di AIFI, 2007. In particolare nel cessione di azienda, ai sensi degli articoli 2556 cod. civ. e seguenti, la garanzia che tutela maggiormente il compratore è spesso identificata con la sottoscrizione da parte del venditore di una fideiussione bancaria a prima richiesta. Peraltro, nel caso in cui il contratto preveda una dilazione del prezzo, la dilazione stessa può essere usata come garanzia nella forma appunto dell'*escrow account*: infatti se si verifica una sopravvenienza passiva il compratore potrà trattenere in tutto o in parte quella parte del prezzo non ancora corrisposta. In questo quadro l'*escrow account* altro non è che un deposito vincolato di durata pluriennale costituito dal venditore ed affidato in custodia a terzi fino al verificarsi di specifiche condizioni prestabilite.

(42) D. Balducci, Formulario di tutti i contratti pubblici e privati, [supra, nota 3]. Secondo Fabris, Mandato di Escrow Agent, in Contratti, 2003, nn. 8-9, pag. 858, l'*escrow agreement* dovrebbe sempre essere utilizzato, anche in Italia, nei rapporti tra istituti di credito e società capogruppo che intendono assistere e supportare finanziariamente le proprie società controllate garantendo in tal modo la massima snellezza procedurale; infatti, il contratto di *escrow* potrebbe realizzare contemporaneamente ed in un unico gli obiettivi dei due strumenti maggiormente utilizzati a tal fine nella prassi societaria, ovvero la lettera di patronage ed il pegno sulle partecipazioni di società. Tra l'altro, rispetto al pegno sulle partecipazioni, il ricorso al contratto di *escrow* sembrerebbe presentare il vantaggio di non essere soggetto all'imposta di registro (pari al 3%) sul valore dichiarato dei beni costituiti in pegno; in questo senso anche G. Lucani, Escrow, in Contratto e impresa, 2005, 2, p. 822.

(43) Si pensi al caso in cui venga affidato ad esempio alla società "Gamma S.p.a." il mandato fiduciario con l'incarico di *escrow agent* di tenere e conservare sotto la sua custodia ed il suo controllo il libro dei soci ed i certificati azionari rappresentanti l'intero capitale sociale delle società "Alfa S.p.a." e "Beta S.p.a." soggette a controllo diretto o indiretto della capogruppo "Delta S.p.A.", sin quando non si proceda al rimborso totale dei vari finanziamenti concessi alle società facenti parte del gruppo.

(44) In argomento cfr. P. Bernardini, Il "countertrade": da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale, in Riv. Dir. Comm. Internaz., 1987, 117; L. Pedretti, Gli *escrow accounts* nelle operazioni di countertrade, ivi, 1988, p. 452; L. Fadda, Il countertrade, Milano, 1988; L. Valle, Il countertrade, I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Torino, 1995, II, p. 1215. Più esattamente, in questi casi l'*escrow account* è anche un conto di evidenza acceso da una banca per accogliere le scritture relative a un'operazione di "countertrade", laddove per "countertrade" ci si riferisce a quel complesso di tipologie contrattuali (barter, counterpurchase, buy back, offset e compensazioni triangolari) di scambio commerciale in compensazione utilizzate a livello internazionale e diffuse soprattutto nei rapporti con i paesi nel terzo mondo con risorse valutarie scarse ma ricchi di materie prime. Lo scambio commerciale prevede che merci e servizi vengano ceduti a fronte dell'effettuazione di operazioni di esportazione e importazione tra di loro collegate in modo tale che, seppure il denaro sia considerata formalmente la moneta di scambio tra la prestazione e il corrispettivo, lo schema del pagamento non segua la logica tradizionale di "merce contro prezzo".

In pratica, l'importatore versa nell'*escrow account* l'ammontare del valore del contratto, poi attende che l'esportatore gli spedisca le merci e i relativi documenti che esamina come da accordo e se – dopo opportuna ispezione della fornitura ricevuta – si ritiene soddisfatto fa movimentare in favore dell'esportatore dalla banca depositaria i fondi precedentemente versati. Quindi, in questi casi la funzione dell'*escrow account* è quella di salvaguardare gli obblighi a cui le parti si sono impegnate, offrendo loro una protezione finanziaria a basso costo(45).

Si rileva come in questi ipotesi lo strumento dell'*escrow* sia spesso utilizzato parallelamente alla lettera di credito ma le differenze sono notevoli trattandosi di due mezzi finanziari completamente diversi tra loro. Infatti, se nel credito documentario l'elemento essenziale è rappresentato solo dalla spedizione delle merci e dai relativi documenti conformi, nell'*escrow account* anche la qualità e la quantità della fornitura inviata assumono rilevanza (in caso di discrepanze rispetto alle obbligazioni del contratto principale infatti l'importatore non autorizzerà la banca a effettuare il pagamento). Quindi è proprio il ruolo delle banche ad essere sostanzialmente diverso: autonomo nel caso di lettera di credito, dipendente dal rapporto principale nel caso di *escrow account*.

Ad ogni modo, la scelta dell'uno o dell'altro strumento dipenderà dalle caratteristiche specifiche dell'operazione sottostante nonché dal tipo di rapporti in corso fra le parti commerciali. Nel caso, ad esempio, in cui l'oggetto del contratto stipulato tra le parti riguarda la fornitura di beni, l'impiego dell'*escrow account* sarà preferito alla lettera di credito in presenza di piccoli e medi importi, per i quali l'accensione di un conto presso una terza banca risulta essere la soluzione più conveniente e veloce(46).

Entro questa prospettiva, in una operazione di *escrow account* l'esportatore, dopo aver spedito le merci, trasmette i relativi documenti direttamente all'importatore (che li esamina come da accordo) e non alla sua banca come da credito documentario. La costituzione di un *escrow account* può fungere da garanzia anche per l'esportatore primario e per le banche assicuratrici ed è positivamente considerata anche dalle agenzie di assicurazione del credito all'esportazione ai fini del rilascio di eventuali coperture assicurative; pertanto, per questo e per tutti i motivi di cui sopra, è da ritenere che lo strumento dell'*escrow* sia da preferire rispetto alle lettere di credito i cui principi di letteralità e formalismo determinano

spesso l'insuccesso di una operazione commerciale(47).

Riguardo a possibili altri utilizzi dell'*escrow*, nelle operazioni di commercio internazionale, capita sovente di avere la necessità di ottenere garanzie circa il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni della controparte. Ad esempio, è frequente il caso in cui un costruttore italiano di macchinari riceva da un committente straniero (magari appartenente ad un Paese in via di sviluppo) l'ordine per la costruzione di un impianto. Naturalmente tale costruttore italiano, prima di avviare il costoso processo di fabbricazione del macchinario, vorrà avere la garanzia di essere pagato ed, a tal fine, tra le varie soluzioni che potrebbero essere utilizzate (quali ad esempio, fidejussioni bancarie ed apertura di una lettera di credito) le parti potrebbero decidere di utilizzare appunto il contratto di *escrow* nominando un *escrow agent* (che nella maggior parte dei casi è una banca) al quale il committente consegnerà l'intera somma pattuita con il costruttore per l'acquisto dell'impianto(48).

#### Note:

(45) D. Del Sorbo, Deposito a garanzia: gli *escrow accounts*, in [www.newsmercati.com](http://www.newsmercati.com). Nel caso in cui l'importatore/compratore rifiuti di accettare le merci, lo stesso dovrà - previa comunicazione al terzo - rispedire indietro la fornitura accollandosi i costi di trasporto e la responsabilità delle merci ricevute dall'esportatore; successivamente le stesse verranno ispezionate entro un numero di giorni prefissato per verificare che siano nelle condizioni originarie; infine, dopo aver confermato la presa in consegna delle merci e il loro status originario, il terzo restituirà i fondi all'importatore detraendo i costi di spedizione e le tasse per il servizio erogato mentre l'esportatore sarà poi rimborsato per i costi di trasporto sostenuti.

(46) Si ricorre frequentemente all'*escrow account* anche nei casi in cui l'importatore e l'esportatore siano al loro primo accordo commerciale e il valore della fornitura è modesto.

(47) D. Del Sorbo, Deposito a garanzia: gli *escrow accounts* [supra, nota 45]. I benefici per l'importatore si sostanziano nella opportunità di ispezionare la merce prima che il pagamento sia erogato all'esportatore e nella certezza che la somma depositata non sarà movimentata sino a quando il venditore non avrà adempiuto esattamente alle prestazioni pattuite. Dall'altro lato l'esportatore si assicura il pagamento della fornitura quando l'opzione di una lettera di credito o degli altri strumenti tradizionali risulta troppo costosa e – considerato che il conto viene acceso presso l'*escrow agent* prima della spedizione delle merci – può contare sulla solvibilità finanziaria del suo cliente.

(48) G. Pescatore e S. Angione, Il contratto di *escrow*: struttura fondamentale e principali utilizzi, [supra, nota 6]. Va da sé che, in questo caso, la convenienza/opportunità del contratto di *escrow* rispetto ad altre forme di garanzia andrebbe valutata effettuando, tra le altre cose, una comparazione dei relativi costi di apertura e gestione. Peraltro, nel caso specifico, un *escrow agreement* sarebbe strutturato in modo tale da tutelare non solo il costruttore, ma anche il committente; infatti, qualora il costruttore dovesse essere totalmente o parzialmente inadempiente alle proprie obbligazioni (ad esempio perché l'impianto commissionato non è conforme alle specifiche tecniche impartite dal compratore), il committente avrebbe il diritto di esigere dall'*escrow agent* la restituzione della somma di denaro depositata dallo stesso committente.



Sempre nelle transazioni di commercio internazionale, l'*escrow agreement* ha trovato in passato nella versione dell'*escrow internet* una delle sue manifestazioni più soddisfacenti(49). Come nel caso dei tradizionali depositi a garanzia, l'*escrow internet* funziona mettendo a disposizione – e sotto il controllo di un terzo indipendente – del denaro concesso in licenza a terzi al fine di proteggere sia compratore e venditore in una transazione. Quando entrambe le parti verificano che la transazione è stata completata per quanto stabilito, il denaro viene rilasciato mentre se in qualsiasi momento vi è una controversia tra le parti sull'esecuzione del contratto principale della transazione, all'esito del processo di risoluzione della controversia si deciderà la sorte del denaro depositato a garanzia(50). Dunque, con la diffusione delle transazioni on line, l'*escrow* si è rivelato uno strumento oltremodo flessibile ed efficace al fine di garantire la corretta esecuzione delle transazioni, le quali, avvenendo tra soggetti sconosciuti, presentano un sensibile grado di rischio(51).

Con riferimento alle sue altre principali utilizzazioni, un'altra applicazione del deposito in garanzia tipica del contratto di *escrow* è quella in materia di trasferimento di tecnologie o know-how, nell'ambito di operazioni tra distributore e fornitore, aventi ad oggetto prodotti o servizi tecnologicamente sofisticati.

Al riguardo, il primo si impegna a vendere nel mercato il prodotto ultimato dal suo fornitore a patto che quest'ultimo gli garantisca le informazioni tecniche che permettano al primo di fornire servizi di manutenzione e di garanzia ai clienti(52). Così entrambi ricavano un vantaggio: il distributore prende conoscenza delle informazioni tecniche del prodotto del fornitore per garantire servizi di manutenzione *et similia* mentre il fornitore vede venduto, in linea generale, il suo prodotto. Ma il fornitore non può evidentemente divulgare in toto il pacchetto di informazioni tecniche privilegiate del proprio prodotto per salvaguardare la segretezza del suo *know-how* ed ecco che, a questo punto, interviene il deposito in *escrow* presso un terzo, incaricato di consegnare i documenti informativi al distributore al verificarsi di determinati eventi o condizioni. Analogo discorso vale con riferimento alle licenze per l'uso di software per computer ("software licences"), con la particolarità che in tali casi il *know-how* dei prodotti sofisticati appena richiamati è assimilato ai codici fondamentali dei programmi ("source-code"),

che il fornitore potrà non voler rivelare ai distributori.

L'esame delle applicazioni della figura in oggetto, poi, non può non prendere in considerazione il dato di fatto per cui negli Stati Uniti e nel Regno Unito l'*escrow agreement* viene quotidianamente utilizzato anche in materia successoria e nelle operazioni di *class action*. Più esattamente, in materia di *inheritance* gli eredi, specie in caso di controversie tra loro, spesso conferiscono un mandato di *escrow* ad un terzo indipendente per la ripartizione dei cespiti ereditari e per la distribuzione degli elementi del asset ereditario. Riguardo invece alle operazioni di *class action* lo strumento *escrow* è opportunamente utilizzato per il pagamento dei danni subiti dai consumatori da prodotti difettosi(53).

A chiusura di questo *excursus* sulle principali utilizzazioni dello strumento *escrow account* o conto di garanzia, è da sottolineare come vi siano altri numerosi possibili settori di applicazione della figura contrattuale in oggetto; e ciò a dimostrazione della sua estrema utilità. Tra questi basti pensare ai contratti di locazione (anche finanziaria) a garanzia dell'adempimento.

#### Note:

(49) Sul punto cfr. *amplius* V. Apruzzi, Il contratto di *escrow*: cyberspazio e diritto, *internet* e le professioni giuridiche, 2002. Peraltro, tale forma di *escrow* è stata quasi del tutto soppiantata dalle nuove tecnologie che hanno permesso la crescita delle piccole e medie imprese e la commercializzazione diretta dei loro prodotti on-line.

(50) Al riguardo la Payment Service Directive adottata dalla European Commission e recepita in Italia con il Decreto Legislativo del 27 gennaio 2010 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 36 del 13 febbraio 2010 che è entrato in vigore il 1° marzo 2010) ha formalmente auspicato l'introduzione di "very low-cost *Internet escrow services*" che risultino essere autorizzati e regolamentati da ogni singolo governo nazionale.

(51) Lo schema operativo si articola nelle seguenti fasi: 1) Il compratore acquista la merce e paga all'*escrow agent* (normalmente un operatore specializzato); 2) questi ricevuto il pagamento avverte il venditore il quale spedisce la merce; 3) il compratore approva l'acquisto entro un termine prefissato dalla ricezione della merce; 4) l'*escrow agent* trasferisce il pagamento al venditore trattenendo una percentuale della somma a titolo di compenso.

(52) R. Christou, International agency, distribution and licensing agreements, p. 239 [*supra*, nota 1]. G. Alpa, Contratto e common law, Padova, 1987, pp. 272 ss.

(53) "Escrow is also known in the judicial context. So-called escrow funds are commonly used to distribute money from a cash settlement in a class action or environmental enforcement action. This way the defendant is not responsible for distribution of judgment moneys to the individual plaintiffs or the court-determined use (such as environmental remediation or mitigation). The defendant pays the total amount of the judgment (or settlement) to the court-administered or appointed escrow fund, and the fund distributes the money (often reimbursing its expenses from the judgment funds)": da [www.dictionary.sen-sagent.com](http://www.dictionary.sen-sagent.com).

mento delle obbligazioni del locatario ed in particolare a garanzia del pagamento dei canoni(54); alle operazioni di “Merger & Acquisition” a garanzia del pagamento dei debiti e copertura delle “liabilities” della società acquisita; agli arbitrati come deposito di custodia del bene oggetto della controversia; ai contratti di durata per la custodia di una parte del prezzo di una vendita a garanzia del pagamento di una penale prevista per l’eventuale inadempimento di un obbligo contrattuale o per il tempo necessario a dirimere una controversia circa la proprietà dei beni depositati. Più in generale, come è stato efficacemente osservato, attraverso la creazione di un escrow qualsiasi trust può essere utilizzato in funzione di garanzia nell’ambito di una qualsivoglia attività imprenditoriale(55).

## ■ Confronto con il negozio fiduciario

Esposto questo quadro estremamente vario di applicazioni, è da evidenziare che il nostro ordinamento giuridico prevede già istituti che producono effetti assimilabili, seppur sostanzialmente diversi, a quelli di un *escrow agreement*(56).

Evidenziato pertanto da subito come vi siano differenze sostanziali rispetto al mandato di *escrow* che in questa sede si sta esaminando, le maggiori analogie si riscontrano con il negozio fiduciario, con il sequestro convenzionale, con il contratto di deposito nell’interesse di un terzo, con il mandato irrevocabile nell’interesse di una o di entrambe le parti del rapporto principale e con il contratto a favore del terzo di cui agli artt. 1411 cod. civ. ss.; queste figure potrebbero in astratto sostituire il contratto di *escrow*, producendone peraltro solo parzialmente gli stessi benefici.

Dunque, nel sistema giuridico italiano l’*escrow agreement* può essere accostato, innanzitutto, a parità di effetti, all’istituto del negozio fiduciario. In proposito, secondo una delle più autorevoli dottrine, il negozio fiduciario si caratterizza “per un’eccedenza o sproporzione del mezzo prescelto dalle parti rispetto all’intento pratico che le stesse perseguono”(57). Mediante il negozio fiduciario, infatti, un soggetto (fiduciante) conferisce ad un altro soggetto (fiduciario) la titolarità di un bene o di un altro diritto reale il cui esercizio però è limitato nell’ambito dei rapporti tra le parti da un accordo di carattere obbligatorio “per uno scopo che il fiduciario si impegna a realizzare ritrasferendo poi il diritto allo stesso fiduciante o ad un terzo beneficiario”(58). La fattispecie si sostanzia in un

“*pactum fiduciae*” tra due soggetti, con cui il primo trasmette al secondo una situazione giuridica soggettiva (reale o personale) per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore, ed il fiduciario assume, per la realizzazione di tale risultato, l’obbligo di utilizzare nei tempi e nei modi convenuti la situazione soggettiva, in funzione strumentale, e di porre in essere il proprio comportamento coerente e congruo(59).

Non regolato espressamente dalla legge, il negozio fiduciario, pertanto, si contraddistingue per l’elemento “fiducia”, intesa come “affidamento del fiduciante sulla lealtà del comportamento del fiduciario”. Dunque nulla a che vedere con l’*escrow agreement* dal momento che il depositario in *escrow* figura come terzo imparziale che assolve ad una funzione di “ponte” tra depositante e beneficiario laddove nel negozio fiduciario il fiduciario si impegna a svolgere l’attività giuridica per conto del fiduciante e l’attribuzione del diritto al fiduciario costituisce soltanto lo strumento per realizzare tale scopo(60). È quindi possibile nota-

### Note:

(54) Al riguardo cfr. *amplius* M. Lupoi, Istituzioni del Diritto dei Trust e degli Affidamenti Fiduciari, II edizione, Padova, 2011, pp. 343 ss., che evidenzia come “l’affidamento a un terzo – magari un affidatario professionale in forma societaria – delle somme costituenti il deposito cauzionale esclude che su di esse possano soddisfarsi i creditori del locatore, in sede ordinaria o fallimentare, e priva il locatore dell’arma costituita dall’averle le somme nella propria disponibilità”.

(55) In questo senso A. Moja, *Le garanzie flottanti*, Atti del Convegno Paradigma, Milano, 28-30 Maggio 2003 e G. Pescatore, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, in “Quaderni di Giurisprudenza commerciale”, Milano, 2008, pagina 57.

(56) 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 e M. Lupoi, *Italy: an independent approach to trusts in a civil law country*, *Trusts & Trustees*, Vol. 9, n. 6, p. 8 ss.

(57) F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 179. Per una dettagliata analisi critica relativa all’inquadramento dottrinale del negozio fiduciario tra vivi si rinvia a M. Lupoi, *Istituzioni del Diritto dei Trust e degli Affidamenti Fiduciari*, pp. 221 ss. [*supra*, nota 54]. Al riguardo, l’Autore efficacemente osserva come la dottrina sul negozio fiduciario venne formulata dalla Pandettistica 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”.

(58) L’espressione è di C.M. Bianca, *Diritto Civile*, Volume III, Milano, 2000.

(59) V.M. Trimarchi, *Negozio fiduciario*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, Milano, 1978. L. Carraro, *Il mandato ad alienare*, 1947.

(60) 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.

re che la funzione di garanzia assolta dall'*escrow agreement* non trova un pari trattamento nel negozio fiduciario per la diversità strutturale dei due strumenti giuridici.

Con riferimento, poi, al sequestro convenzionale, disciplinato dall'art. 1798 cod. civ., sono innegabilmente riscontrabili delle similitudini con la figura in esame ma è da precisare che il carattere differenziale si sostanzia nel fatto che il sequestro convenzionale non è atto del titolare del diritto sulla cosa ma delle parti che sulla cosa controvertono e che convengono di ricorrere appunto al sequestro. In tale 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" (61). Tuttavia, poiché l'affidamento al sequestratario non trasferisce a costui la proprietà della cosa o della pluralità di cose oggetto di controversia, i terzi creditori del proprietario potrebbero aggredirla, in tal modo frustando la principale finalità del sequestro.

L'*escrow* presenta invece maggiori analogie con il deposito nell'interesse di un terzo disciplinato dall'art. 1773 cod. civ. (62), con il mandato irrevocabile e con il contratto a favore del terzo. Peraltro, tutte le fattispecie appena menzionate comportano non pochi rischi per il deponente, per il mandante e per il promittente che hanno trasferito del denaro.

I creditori, in particolare, del depositario o del mandatario, infatti, ben possono rivalersi sulla somma di denaro trasferita dal deponente/mandante, dal momento che essa si è confusa nel patrimonio del loro debitore. Insomma, con tali strumenti non si otterrebbe l'effetto di garantire le somme da eventuali aggressioni di terzi, in quanto proprietario delle suddette somme diviene appunto il depositario, con la conseguenza, pertanto, che i suoi creditori potrebbero agire su dette somme. Inoltre, ad alimentare le perplessità sull'utilizzo di tale strumenti, potrebbe anche accadere che il depositario o il mandatario non adempiano all'incarico di rimettere la somma di denaro nelle mani del terzo garantito, oppure al depositante/mandante qualora debbano restituirla, nel momento in cui non sarà più necessario versare la somma a garanzia dell'obbligazione sottostante (63).

L'ordinamento giuridico certamente tutela il depositante ed il mandante ma i rimedi offerti possono talora rivelarsi del tutto inutili quando il denaro ricevuto a titolo di garanzia non esista più presso il de-

positario/mandatario o comunque quando tali soggetti non abbiano più un patrimonio capiente su cui il depositante/mandante possa agevolmente rivalersi (64). In tutti questi casi, ed in altri ancora, si pone dunque una duplice ma centrale esigenza: che la somma di denaro depositata presso il terzo non venga aggredita dai creditori del depositario ma che non venga neppure toccata dai creditori del deponente. È necessario cioè che la somma di denaro sia indisponibile (dovendo soddisfare unicamente l'obbligazione garantita) ovvero che si riproduca la stessa condizione giuridica che contraddistingue i beni immessi nel patrimonio di un fondo comune di investimento o in un fondo pensione, sui quali né il creditore della società di gestione né quello dei singoli partecipanti ai fondi possono avanzare pretese.

La duplice esigenza di cui sopra è evidentemente assicurata nel caso dell'utilizzo di un conto fiduciario/*escrow account*, in quanto le somme o i titoli sono trasferiti in proprietà al *trustee/escrow agent* determi-

#### Note:

(61) Così M. Lupoi, *Istituzioni del Diritto dei Trust e degli Affidamenti Fiduciari*, pp. 337 ss. [supra, nota 54], che evidenzia come lo scarsissimo ricorso della prassi al sequestro convenzionale testimonia che il meccanismo previsto nel codice civile non è efficiente.

(62) Secondo l'opinione della dottrina preferibile di U. Majello, *Il deposito nell'interesse del terzo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1961, p. 311, la norma riguarda il caso in cui il depositante ha effettuato il deposito con l'intento che il depositario consegni la cosa ad un terzo ove si verifichi un determinato evento futuro ed incerto ed invece la restituisca allo stesso depositante nel caso in cui l'evento non si verifichi. 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.

(63) 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*, in *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, 1991 e Falzone-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.

(64) 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 fiduciari. 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 trasferito poiché tale attività è riservata alle fiduciarie di gestione disciplinate dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

nandosi un effetto di separazione tra i rispettivi patrimoni(65), con la fondamentale conseguenza che il creditore avrà la certezza che – in caso di inadempimento del debitore/*settlor* – riceverà quanto conferito in *trust/escrow* e cioè l'ammontare del proprio credito(66).

Dunque, si osserva che le analoghe figure del deposito nell'interesse di un terzo, del mandato irrevocabile e del contratto a favore del terzo non danno le stesse garanzie di un *escrow agreement* perché solo con un tale impegno i beni depositati sono garantiti da eventuali aggressioni di terzi. Infatti, in base alle norme dell'ordinamento italiano, con riferimento alle analoghe figure, ad esempio, il terzo depositario al momento del deposito diverrebbe – come precisato – proprietario dei beni o delle somme depositate con la conseguente possibilità per i creditori dello stesso di agire su di essi.

Nel quadro di questa ricostruzione, solo con un *escrow account* invece le parti risultano completamente tutelate, in quanto i beni o la somma di denaro sono costituiti in *trust* e il *trustee* (depositario) deve gestirli secondo le direttive indicate nell'atto costitutivo. L'*escrow agent*, quindi, al verificarsi delle condizioni previste dal contratto libererà le somme detenute e contestualmente consegnerà al compratore il bene. In tal modo, si sottraggono le somme confluite nel deposito alla disponibilità del depositante e nello stesso tempo queste divengono opponibili ai creditori, anche in caso di fallimento dello stesso(67).

In definitiva, il contratto di *escrow* o *escrow agreement*, si inquadra più facilmente (e come già anticipato) nelle esperienze basate sul *common law* e più in generale in tutta la materia del *trust*(68), per cui è da ritenere che non sia possibile pensare all'*escrow* nel diritto italiano senza altresì riconoscere come acquisita la ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento(69).

Ad ogni modo, per tutto quanto sopra esposto, anche l'*escrow agreement* – al pari di altri contratti utilizzati nell'ambito delle transazioni commerciali transnazionali – è destinato a rivestire una importanza determinante in numerose aree di applicazioni future. Al riguardo, pur essendo sino ad oggi usato come un contratto tipicamente di diritto internazionale, è da auspicare – in considerazione degli evidenti vantaggi che offre – un suo più diffuso impiego nell'ambito del nostro ordinamento domestico, come largamente accade ad esempio negli Stati Uniti e nel Regno Unito(70).

#### Note:

(65) 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 della 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*) ed in maniera più o meno analoga al nostro deposito nell'interesse di un terzo".

(66) R. Giovagnoli e M. Fratini, Garanzie Reali e personali. Percorsi Giurisprudenziali 2010, [supra, nota 9]. Cfr. sul punto M. Lupoi, Trusts: A Comparative Study, originariamente pubblicato in Italia come Trusts [supra, nota 4], secondo cui "this type of 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".

(67) Sulla utilità dello strumento *escrow* – oltre quanto già ampiamente evidenziato nel presente scritto – cfr anche W. Pivar, L. Anderson e D.S. Otto, California Real Estate Practice, [supra, nota 2]: "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".

(68) Per R. Giovagnoli e M. Fratini, Garanzie Reali e personali. Percorsi Giurisprudenziali 2010, [supra, nota 9], testualmente "l'*escrow account* è una forma di *trust*".

(69) Senza riprodurre il lungo dibattito in ordine alla ammissibilità o meno dei *trust* nell'ordinamento giuridico italiano, in questa sede ci si limita ad evidenziare come, secondo una parte della dottrina, per il mezzo dell'art. 2645-ter cod. civ. si potrebbe ora passare dai *trust* interni ai *trust* di diritto interno, nel senso di potere accantonare la legge straniera e di utilizzare la nostra nuova disciplina rappresentata appunto dall'art. 2645-ter cod. civ. dal quale potrebbe evincersi una nuova legge sul *trust*. Tuttavia per M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di *trust*" in Riv. Not., 2/2006, pp. 467 ss., "l'art. 2645-ter ha scarsi effetti sulla operatività dei *trust* interni" ed è semplicemente la conferma che "esiste un cammino dell'ordinamento verso la specializzazione dei patrimoni".

(70) Peraltro in taluni casi il contratto di *escrow* potrebbe essere utilizzato per scopi fraudolenti come arma di ricatto nei confronti del depositante. In questo senso J. Stein, Confusory Unraveled: New York lenders face usury risks in atypical or small transactions, New York Commercial Mortgage Transactions, Aspen Law & Business, 2001, secondo cui "one way to avoid *escrow* fraud is to use a licensed *escrow* company. These companies are regulated by national or state authorities and are required to have bonds that ensure customers can recoup money lost in the *escrow* process. The validity of an online *escrow* company's license can be checked with the licensing authority. Usually this is supplemented by a database of companies provided by the licensing authority's and often accessible through their official website".