

CORTE DI CASSAZIONE — Sez. II — 30 agosto 2004 n. 17382 — Pres. Calfapietra — Est. Schettino — P.M. Russo L.A. (concl. conf.) — F.M.L. (avv. Giantin) c. G.C. (avv. Giugni, Vianello).

(Cassa App. Venezia 8 marzo 2001).

[8328/708] Successione testamentaria - Esecutori testamentari - Retribuzione e spese - Diritto al compenso - Gratuità dell'incarico - Sussistenza - Fondamento.
(C.c., art. 700, 702, 711, 712).

La gratuità dell'ufficio dell'esecutore testamentario nominato dal testatore, espressamente stabilita dall'art. 711 c.c. nonostante la probabile onerosità dell'attività, si giustifica con la possibilità per chi ne è investito di non accettare l'incarico, sottraendosi così ai relativi oneri, ovvero di espletarlo sopportandone le incombenze che vi sono connesse senza potere reclamare alcun compenso, a meno che questo non sia stato disposto dal testatore e salvo comunque il diritto di ripetere le spese sostenute per l'esercizio dell'ufficio (1).

(Massima ufficiale).

(Omissis). — Denuncia la ricorrente:

1) « Violazione dell'art. 360, n. 3 e 5, c.p.c., in relazione agli art. 711 e 712 c.c. », con riferimento alla « raffigurazione » data dalla Corte all'esecutore testamentario, che non risulta conforme alla elaborazione e alla recente interpretazione dottrinale circa la natura di tale soggetto né alla vigente disciplina, da cui si ricava che si tratta di titolare di un ufficio di diritto privato non rappresentativo, il quale, in quanto soddisfa esigenze sociali ed etiche della volontà del testatore, si colora di aspetti pubblicistici, che trovano riscontro nella naturale e codificata gratuità dell'ufficio medesimo (art. 711 c.c.).

« E la gratuità dell'ufficio esclude — secondo la ricorrente — in via assoluta, ogni distinzione nella stessa funzione personale ed, ancor meno, il ricorso dell'esecutore testamentario a tariffe professionali, posto che l'esecutore testamentario non è un professionista, bensì colui il quale deve gratuitamente predisporre le occorrenze sopra descritte per l'esatta cura delle disposizioni testamentarie ».

2) « Violazione dell'art. 360, n. 3 e 5, c.p.c., in relazione agli art. 711-712 e 2233 c.c. e 116 c.p.c. », per avere ritenuto, la Corte, che dal verbale dell'8 marzo 1993 risulti il conferimento di un mandato al G.C. di effettuare anche prestazioni diverse da quelle rientranti nelle funzioni dell'esecutore testamentario, mentre, in effetti, in esso « sono indicate la mera cognizione e ricognizione del dettato del testamento e dei compiti elementari affidati all'esecutore, senza alcuna estensione dell'incarico al di là della scheda testamentaria ».

Il ricorso è fondato, per quanto di ragione.

Poiché per pervenire alle conclusioni qui criticate dalla ricorrente la Corte veneziana prende le mosse da due affermazioni poste entrambe a fondamento del riconoscimento del diritto dell'esecutore testamentario al compenso per l'incarico espletato, è opportuno esaminare congiuntamente i due motivi di gravame con cui vengono censurate le affermazioni medesime e le argomentazioni che le sorreggono.

Afferma, innanzitutto, la Corte che la retribuità delle prestazioni del G.C. non è incompatibile con la figura dell'esecutore testamentario delineata dagli art. 700-712 c.c., in quanto, ove alle funzioni proprie di questo si accompagnino prestazioni squisitamente tecniche, per il cui espletamento occorrerebbe rivolgersi a persone versate in varie discipline, gli interessati — nel caso, l'odierna ricorrente F.L.M., quale crede — sono tenuti a remunerare il professionista operante, secondo la previsione tariffaria propria dell'Ordine di appartenenza dell'esecutore-professionista medesimo, nel caso, secondo la tariffa dei ragionieri commercialisti.

La ricorrente critica, con il primo motivo, sotto il profilo della violazione di legge e di vizio di motivazione siffatta affermazione, che effettivamente non trova riscontro e conforto

nel dato normativo, dal quale si ricava, senza possibilità di diversa interpretazione, che per l'espletamento dell'incarico di esecutore testamentario non è prevista una retribuzione, salvo che questa non sia stabilita dallo stesso testatore a carico dell'eredità (art. 711 c.c.).

Non è il caso di dilungarsi, in questa sede, sulle ragioni e motivazioni, ricercate ed individuate, soprattutto dalla dottrina, nella rilevanza sociale nonché negli aspetti anche pubblicistici della figura di tale soggetto, che hanno indotto il legislatore del 1942 a sancire la normale gratuità dell'ufficio in questione.

Non sembra inutile, tuttavia, al fine di fornire una plausibile e convincente spiegazione della *ratio* della disposizione in esame, apparentemente non in linea con altre analoghe, relative ad istituti affini, che prevedono viceversa la retribuibilità dell'incarico (v., ad esempio, per il curatore dell'eredità giacente, l'art. 508 c.c., per il mandatario, l'art. 1709 c.c., per il sequestratario, l'art. 1802 c.c., per gli amministratori e i sindaci di società, gli art. 2389 e 2402 c.c., ecc. [...]), ricordare che, se per un verso, la gratuità dell'ufficio di esecutore testamentario appare difficilmente conciliabile con la più che probabile e verosimile onerosità e gravosità dell'espletamento delle attività, a volte non semplici, ad esso connesse (v. art. 703-709 c.c.), e se, per altro verso, ed evidentemente proprio per questo, è data la possibilità a chi è stato investito di un compito basato, oltre che sull'*intuitu personae*, sulla stima e la fiducia che il testatore ha avuto per il designato, di rinunciarvi (art. 702 c.c.), deve ritenersi che proprio siffatta alternativa, offerta dalla legge all'esecutore nominato dal testatore (art. 700 c.c.), consente di interpretare univocamente e ragionevolmente la disposizione *de qua*; nel senso che la gratuità dell'ufficio da essa prevista si spiega con la possibilità che il soggetto che ne è investito ha di non accettare l'incarico, sottraendosi, in tal modo, agli oneri derivanti dall'espletamento dello stesso, ovvero di espletarlo e di sobbarcarsi viceversa a tutte le incombenze che vi sono connesse, senza poter reclamare alcun compenso, salvo che questo non sia stato stabilito dal testatore e salvo, comunque, il suo diritto a ripetere le spese sostenute per l'esercizio dell'ufficio (art. 712 c.c.).

Alla luce delle considerazioni che precedono, appaiono dunque fondate le critiche mosse dalla ricorrente al giudice d'appello, che, senza logica e convincente motivazione, e dando una interpretazione della legge avulsa dal contesto normativo che disciplina la materia, ha statuito che al G.C. spetti comunque il compenso richiesto per le attività svolte in esecuzione dell'incarico di esecutore testamentario.

Quanto all'altra *ratio decidendi*, anch'essa censurata dalla ricorrente con il secondo motivo, secondo cui al G.C. spetterebbe in ogni caso il compenso in virtù anche del formale mandato congiunto conferitogli per iscritto dagli eredi, giusta verbale dell'8 giugno 1993, si osserva che, una volta escluso, sulla base delle considerazioni più sopra svolte, che il diritto del G.C. alla retribuzione, per l'attività svolta quale esecutore testamentario, trovi fondamento nella legge, deve parimenti escludersi che il menzionato mandato possa costituire esso stesso, comunque, titolo idoneo a sorreggere la pretesa di pagamento del compenso da lui avanzata nei confronti della F.L.M., non rinvenendosi, nella sentenza impugnata, alcuna indicazione circa gli effettivi atti che, diversi da quelli già rientranti nella normale competenza dell'esecutore testamentario (v. art. 703-709 c.c.) e come tali non retribuibili, egli avrebbe dovuto compiere (e, in effetti, avrebbe compiuti), in esecuzione del mandato e per i quali avrebbe dovuto essere, invece, normalmente retribuito ai sensi dell'art. 1709 c.c.

In altri termini, la Corte non ha dato debito conto delle ragioni per cui, a suo giudizio, il G.C. — al quale non spetta, come si è detto, la retribuzione per l'attività svolta quale esecutore testamentario — avrebbe diritto, in ogni caso, al compenso in virtù del mandato conferitogli dagli eredi e, quindi, per gli atti o le attività compiuti in esecuzione del mandato medesimo.

Ne consegue che la sentenza impugnata deve essere cassata in relazione a tale punto, con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Venezia, che dovrà accertare e valutare se, avuto riguardo, da un lato, all'attività espletata dal G.C. nella veste di esecutore testamentario, per la quale non è prevista retribuzione, e tenuto conto, dall'altro, degli atti da lui compiuti in esecuzione del mandato conferitogli dagli eredi, spetti o non allo stesso il compenso *ex art. 1709 c.c. (Omissis)*

(1) [8328/708] Esecutore testamentario: natura e gratuità dell'ufficio.

1. La sentenza annotata, che enuncia il principio della normale gratuità dell'attività spiegata dall'esecutore testamentario, offre lo spunto per alcune considerazioni sulla natura di tale istituto e su alcune sue specifiche caratteristiche, che si pongono alla base del disposto dell'art. 711 c.c. (1).

L'esecutore testamentario, che è incaricato di curare l'attuazione delle disposizioni di ultima volontà del defunto o, più in generale, di curare l'attuazione degli obblighi e diritti successori — e la cui nomina si è reputato configurare un atto essenzialmente unilaterale cui deve seguire una accettazione in forma solenne (2) — è per opinione comune qualificato titolare di un ufficio privato, e cioè di un potere conferito per un interesse altrui, quello, appunto, del testatore all'adempimento delle sue ultime volontà (3). In particolare si è evidenziato come l'esecutore non possa essere in nessun caso considerato come un rappresentante dell'erede in quanto, a prescindere che di tale rappresentanza non può parlarsi con riferimento al periodo anteriore all'accettazione dell'eredità (per non esservi ancora un erede da rappresentare), il ricorso a tale forma di gestione di interessi altrui non può configurarsi neanche per il periodo successivo perché l'attività dell'esecutore, oltre ad apparire contemporaneamente diretta alla tutela di un interesse nettamente in conflitto con quello dell'erede (ad esempio dei legatari), può appuntarsi proprio contro l'erede per costringerlo a fare onore agli oneri impostigli dal testatore (4). Quanto ora detto spiega anche perché l'esecutore testamentario si distingue dal curatore dell'eredità giacente che, per avere il compito di provvedere alla gestione del patrimonio ereditario in attesa dell'accettazione del chiamato — e, quindi, a tutela della conservazione e della continuità del patrimonio suddetto — agisce invece nell'interesse primario degli eredi (5).

A fronte del ripetuto assunto che l'esecutore testamentario non possa essere considerato un mandatario del *de cuis*, in ragione della considerazione che il mandato non può sorgere che da un negozio bilaterale e non già da un atto unilaterale a causa di morte, quale è il testamento, e in considerazione altresì dei consistenti dubbi riscontrabili sulla validità del mandato *post mortem* (cioè di un mandato che deve avere inizio ed esecuzione dopo la morte del mandante), si è sostenuto in dottrina che — pur accettandosi la configurazione dell'esecuzione testamentaria come un ufficio privato (sia pure con un certo carattere pubblico), in conformità del pensiero dei compilatori del

(1) Sull'esecutore testamentario vedi in dottrina per tutti: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2004, 511; BIANCA, *Diritto civile*, II. La famiglia, le successioni, Milano 2001, 513 ss.; CUFFARO, *Esecutore testamentario*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma 1997; ID., *Gli esecutori testamentari*, in *Trattato di diritto privato* a cura di RESCIGNO, VI, Torino 1982, 313; BONILINI, *Il testamento*, Padova 1995, 214; TALAMANCA, *Delle successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCALOJA e BRANCA, *Libro secondo delle successioni (Art. 679-712)*, Roma-Bologna 1972, sub art. 700, 430 ss.; GANCI, *La successione testamentaria*, II, Milano 1952, 530 ss.

(2) Sulla forma che deve assumere l'accettazione dell'esecutore testamentario, cfr.: Cass. 27 aprile 1993 n. 4930 (in questa *Rivista*, 1993, I, 2984; in *Giur. civ. comm.*, 1994, con nota di MAGNI, *Sull'accettazione e rinuncia dell'ufficio di esecutore testamentario*; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2252, con nota di CIMET, *ivi*, 1994, I, 1, 1070).

(3) In dottrina in tali sensi per tutti: BIANCA, *op. cit.*, 514, e, da ultimo, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile* a cura di G. TRABUCCHI, Padova 2004, 429, che evidenzia come l'istituto in esame, pur essendo come la tutela un ufficio di diritto privato, a differenza di quest'ultima, sia volontario perché il designato può non accettarlo.

In giurisprudenza parla di ufficio privato: Cass. 5 luglio 1996 n. 6143.

(4) Osserva NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II. L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione, Milano 1949, 54 s., che se l'esecutore fosse rappresentante dell'erede non si spiegherebbe: a) la possibilità di intervento del primo nei giudizi promossi dal secondo (art. 704), la quale ha evidente scopo di controllo delle attività di questo; b) la necessità che le azioni proposte contro l'erede siano contemporaneamente proposte contro l'esecutore (art. 704) il quale, pertanto, è legittimato ad interloquire ed eventualmente anche contro l'erede. Se lo scopo, quindi, che l'esecutore persegue non coincide necessariamente con la tutela dell'interesse dell'erede « non è però detto che debba necessariamente con essa essere in contrasto ».

(5) Cfr. in tali sensi BIANCA, *op. cit.*, 514 s., il quale precisa altresì che se anche le funzioni dell'esecutore testamentario e del curatore dell'eredità giacente sono diverse, la nomina del primo preclude la nomina del secondo quando l'esecutore prende possesso del patrimonio ereditario, obbligandosi per ciò stesso alla sua diligente gestione. Negli stessi sensi, GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, XII, t. 1, Torino 1977, 193 s.

codice e delle disposizioni di questo (cfr. art. 700, comma ult., 704, 707, 708, 710-712 c.c., in cui si parla di « ufficio » dell'esecutore testamentario) — deve però ugualmente ammettersi che questo ufficio ha la sua fonte e la sua base in un mandato *sui generis* dato dal testatore nel testamento all'esecutore o agli esecutori da lui nominati (6). E sempre nell'ottica di individuare la causa generatrice dell'ufficio e la sua natura si è proceduto ad isolare nell'ampia categoria generale degli atti di conferimento di un potere a terze persone — come il mandato, la rappresentanza, l'autorizzazione in senso stretto — il negozio di ultima volontà attributivo di un potere (*post mortem*) a terzi; e si è poi affermato che quest'ultima figura sussiste, e sia per certi aspetti riconosciuta *nominatim* dalla legge, inquadrandosi in essa — oltre che la nomina del terzo arbitratore (art. 630, 631, 632 c.c.), la designazione del terzo incaricato di redigere il progetto di divisione (art. 732, cpv., c.c.), l'atto di conferimento al terzo dopo la propria morte del potere di decidere della pubblicazione delle opere di ingegno, il mandato sulla sepoltura — anche la nomina dell'esecutore testamentario (7). Su tali premesse si è, infine, concluso che in linea di principio un mandato *post mortem* per atto di ultima volontà — sempreché inerisca come disposizione immediata o mediata alla categoria di interessi dei quali l'ordinamento consente al soggetto un regolamento a causa di morte — sia ammissibile (8).

In una distinta ottica il criterio dell'inquadramento dell'esecutore testamentario nella figura dell'ufficio di diritto privato è stato poi contestato in base alla natura puramente descrittiva di tale figura, che non assurge né al valore di una categoria legislativamente sancita, né a quello di una categoria dogmatica, individuata dall'elaborazione dottrinale della realtà normativa, e che consenta una unità fondamentale nella disciplina degli istituti, la quale si ripercuota nella determinazione più esatta della portata degli stessi. È stato al riguardo aggiunto che bisogna porre attenzione alla circostanza che il sostrato comune delle varie fattispecie, riportate alla categoria dell'ufficio di diritto privato, risiede nel fatto che si dà in questi casi l'amministrazione di interessi altrui, con effetto immediato nella sfera giuridica del titolare sostanziale di questi interessi, al di fuori, in pratica, della c.d. « rappresentanza volontaria » (9). Di un interesse, in particolare, l'esecutore è portatore: dell'interesse all'esatta attuazione delle disposizioni testamentarie, ma questo interesse è stato del testatore, e non lo è più, né lo può essere, perché quando l'esecutore agisce, il testatore è necessariamente scomparso (10).

Per completare il pur breve *excursus* sul panorama dottrinario in materia — che non ha, peraltro, la presunzione di essere esaustivo sul punto (11) — non può sottacersi che in un approccio teorico volto a sottolineare gli scarsi risultati ottenuti in tema di inquadramento dell'istituto stante la sua « indocilità » ad essere ricondotto ad una specifica figura dogmatica (12), è parso utile rifarsi alla concretezza sapiente di un antico, ma sempre autorevole autore, che — pur non alieno dal notare la grandissima affinità che l'istituto dell'esecuzione testamentaria rivela, sotto più aspetti, con il mandato — afferma che si sia in presenza di « una pura creazione del legislatore non estensibile

(6) Cfr. in tali sensi, GANCI, *op. cit.*, 534 s., che ricorda come il concetto di un mandato di particolare natura sia stato accolto dalle moderne legislazioni (ad esempio, codice austriaco e codice prussiano); come il codice tedesco dichiara applicabili all'esecuzione testamentaria alcune regole del mandato; e come, infine, il codice francese concepisca l'esecuzione testamentaria come, appunto, un mandato speciale.

(7) Cfr. al riguardo, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano 1954, 130 s.

(8) In tali precisi termini, GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 132. In senso sostanzialmente analogo, in epoca più recente, cfr. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, XXXII, Milano 1984, 126, che ritiene, infatti, valido il mandato *post mortem*, stante la natura non cogente della norma (art. 1722, n. 4), che ricollega alla morte del mandante lo scioglimento del mandato, qualora la natura degli atti oggetto dello stesso non sia in contrasto con le norme fondamentali che regolano la successione per causa di morte.

Più in generale, cfr. in argomento, CARNEVALI, *Negozi fiduciario e mandato post mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 694 ss.; DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli 1974, 136 ss.

(9) Per tali considerazioni, cfr. TALAMANCA, *op. cit.*, 435 s.

(10) In questi esatti termini: TALAMANCA, *op. cit.*, 437.

(11) Per una completa epitome delle varie teorie sull'atto di nomina dell'esecutore testamentario e sulla sua natura, cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano 2002, 595 ss.

(12) Così BONILINI, *Esecutore testamentario*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino 1991, 549.

oltre i limiti da esso divisati; ch , se il legislatore non l'avesse disciplinato, non lo si sarebbe potuto ammettere, essendo l'erede l'esecutore naturale del testamento » (13).

2. Quanto sinora esposto evidenzia, dunque, la scarsa permeabilit  dell'istituto dell'esecuzione testamentaria ad essere collocato in rigidi schemi classificatori.

Ed invero, fa sorgere consistenti riserve l'opinione volta a considerare l'istituto in esame come un ufficio perch  — a prescindere dalla gi  evidenziata non omogeneit  a livello normativo di tale figura — a differenza della patria potest , della tutela e della cura della massa fallimentare, che sorgono e funzionano, indipendentemente dalla volont  di una determinata persona, in tutti i casi in cui vi   un minore o una massa fallimentare da amministrare, l'esecuzione testamentaria ad opera di un esecutore non funziona in ogni caso di apertura della successione, ma solo quando il testatore l'ha disposta, dando appunto l'incarico ad una determinata persona di provvedervi (14). L'accostamento poi di tale incarico al mandato presenta il limite di equiparare due istituti, che si mostrano strutturalmente differenziati non solo per essere il mandato un contratto mentre la nomina dell'esecutore e la sua accettazione sono in realt  due atti unilaterali (analogamente alla istituzione di erede e alla successiva accettazione) (15), ma anche perch  mentre nel mandato la morte del mandante costituisce una delle cause tipiche di estinzione (art. 1722, n. 4), la morte di colui che conferisce l'incarico all'esecutore   il presupposto condizionante per l'efficacia e l'esecuzione di detto incarico (16).

Corollario di quanto ora detto   che, se non si vuole concludere con il riconoscimento dell'insuccesso di ogni tentativo classificatorio, e se si intendono, invece, recuperare, seppure in parte, gli sforzi teorici che tradizionalmente hanno sul punto caratterizzato, come si   visto, l'intero panorama dottrinario, pu  accogliersi — anche al fine di legittimare il ricorso all'analogia per colmare rinvenibili lacune normative — l'opinione che individua nella fattispecie in esame un mandato *sui generis*. Ma a tale soluzione   consentito pervenire solo in un'ottica che si limiti, da un lato, a mettere in luce il comune dato fattuale dell'affidamento di un incarico a terzi e, dall'altro, ad evidenziare la peculiarit  e specificit  di una regolamentazione, che mostra — analogamente a quanto   dato riscontrare in altri ordinamenti — come il legislatore abbia inteso modellare l'esecuzione testamentaria sul mandato riecheggiandone in qualche misura la disciplina — ad esempio per quanto attiene all'obbligo di diligenza nell'espletamento dell'incarico (art. 703, comma 4, e 1710, comma 1, c.c.); all'obbligo del rendiconto all'esito dell'attivit  spiegata (art. 709 e 1713 c.c.); al potere del testatore di nominare pi  esecutori (art. 700 c.c.) come quello del mandante di nominare pi  mandatari (art. 1716 c.c.) — segnando per  nello stesso tempo la differenza tra i due istituti per tutti quei numerosi profili che, se oggetto di identica regolamentazione, avrebbero avuto negative ricadute sull'esecuzione testamentaria si da vanificarne la natura e da impedirne l'operativit  (17).

3. Indubbiamente uno degli aspetti che meglio rileva la differenza sul piano ontologico tra l'esecuzione testamentaria e mandato   rappresentato dalla « gratuit  » del primo istituto, disciplinata dall'art. 711 c.c., rispetto alla « presunzione di onerosit  » del mandato, fissata dall'art. 1708 c.c. (18).

A ben vedere, la gratuit  dell'ufficio dell'esecutore testamentario trova giustificazione — pi 

(13) Il richiamo a tale risalente indirizzo dottrinario espresso dal POLACCO (*Delle successioni*, I, Roma 1928, 378)   operato dal BONILINI, *loc. ult. cit.*

(14) In questi precisi termini, GANCI, *op. cit.*, 534.

(15) Per tale considerazione, cfr. CAPOZZI, *op. cit.*, 596.

(16) Osserva CAPOZZI, *loc. ult. cit.*, che non pu  neanche condividersi la tesi che i poteri dell'esecutore derivino da un negozio unilaterale *post mortem* conferito dal testatore perch  l'esecutore nell'eseguire i suoi compiti non agisce certo in nome del testatore (come avviene nella procura) ma in nome proprio e perci  deve escludersi ogni riferimento all'istituto della rappresentanza diretta.

(17) Non riconosce esito positivo a quella che « pu  ben dirsi abbia costituito la pi  pressante preoccupazione di larga parte degli interpreti », BONILINI, *loc. ult. cit.*, che rimarca l'impossibilit  di ricondurre l'esecutore testamentario ad una categoria dogmatica superiore, e che aggiunge anche come tale riconduzione si mostrerebbe necessaria, o opportuna, solo se ne derivasse ausilio interpretativo alle norme che lo disciplinano, o alla loro insufficienza, il che, per il nostro ordinamento, sembra da escludere.

(18) Sul disposto dell'art. 711 c.c., v., per tutti: TALAMANCA, *op. cit.*, 541 s.; TRIMARCHI, *Esecutore testamentario (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, 410.

che nella possibilità di non accettare l'incarico sottraendosi in tal modo agli oneri derivanti nell'espletamento dello stesso — nel rapporto fiduciario che caratterizza, in maniera ben più accentuata di quanto avvenga nel mandato, il rapporto tra chi dà l'incarico e chi lo riceve, per essere il compito dell'esecutore basato — come puntualmente ha ricordato la sentenza in commento — sulla stima e, appunto, la fiducia del testatore verso il designato, con una conseguente rigidità del rapporto verso parametri negoziali incentrati sulla corrispettività in termini economici delle prestazioni (19).

E sempre la naturale gratuità del compito dell'esecutore testamentario, a ben vedere, costituisce una non trascurabile ragione giustificatrice della forma (reputata *ad substantiam*) (20), di cui all'art. 702 c.c., non apparendo del tutto condivisibile l'assunto che mostra di ritenere esaustiva della *ratio* della disposizione in esame l'esigenza di certezza della situazione giuridica inerente allo svolgimento dell'incarico, e che finisce in tal modo per trascurare del tutto la considerazione che la prescritta forma induce ad una utile ponderazione chi si appresta ad accettare compiti — spesso gravosi — per i quali non si prevede, nel silenzio del testatore, alcun compenso (21).

Come si è accennato, l'art. 711 c.c. ammette però la possibilità che il testatore stabilisca una retribuzione a favore dell'esecutore. Ciò fa sorgere la necessità di individuare il criterio distintivo tra la figura del legato a favore dell'esecutore, e a remunerazione per l'opera svolta, e la disposizione con cui si attribuisce all'esecutore una retribuzione a carico dell'eredità in forza della citata disposizione.

La dottrina sembra avere privilegiato, nell'operare la distinzione, un criterio oggettivo, concludendo per la configurabilità della retribuzione quando vi sia una corrispondenza fra quanto attribuito all'esecutore e l'attività che questi deve svolgere in funzione dell'attuazione del testamento, e per il legato invece allorché non sia rinvenibile tale corrispondenza, pervenendo ad una soluzione che suscita qualche riserva per rilevarsi inidonea a valorizzare nella giusta misura i legami fiduciari e, generalmente, anche di stretta amicizia correnti tra il testatore e l'esecutore testamentario. Circostanze queste che consigliano di ricercare *funditus* l'effettiva volontà del testatore — nel rispetto proprio delle finalità di un istituto diretto a garantire « che siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto » (art. 703, comma 1, c.c.) — al fine proprio di giungere nei casi dubbi — in ragione appunto dei suddetti legami — a ritenere che sia voluto devolvere all'esecutore non una somma in termini di corrispettività per l'opera prestata, ma un lascito a titolo di legato (22).

Come ricordato nella decisione in commento, in assenza di una disposizione testamentaria in tema di retribuzione, gli eredi possono assumere ugualmente l'impegno di corrispondere all'esecutore una data somma per l'opera svolta; impegno suscettibile di essere onorato o a titolo gratuito e per spirito di liberalità (e in tal caso si potrebbe avere un'attribuzione per riconoscenza o per speciale remunerazione e si applicherebbero all'accordo le relative norme) ovvero a titolo oneroso (quale corrispettivo per l'attività cui l'esecutore testamentario è tenuto in base alla nomina e alla accettazione) (23).

(19) È utile ricordare al riguardo come il codice civile del 1865 tacesse sulla possibilità di riconoscere una retribuzione a favore dell'esecutore e a carico dell'eredità, tanto che con ogni probabilità l'unica possibilità a fronte di tale silenzio era per il testatore quella di attribuire all'esecutore un legato, sottoposto alla condizione (o al *modus*) di esercitare le sue funzioni in attuazione della volontà testamentaria (così TALAMANCA, *op. cit.*, 541, n. 3).

(20) Per il carattere essenziale della forma, cfr. tra gli altri: TRIMARCHI, *op. cit.*, 394; TALAMANCA, *op. cit.*, 455; ed in giurisprudenza, Cass. 27 aprile 1993 n. 4930, cit.

(21) Comune è in dottrina l'affermazione che la forma richiesta per l'accettazione dell'incarico risponda ad esigenze di certezza; v., infatti, al riguardo, CUFFARO, *Esecutore testamentario*, cit., 2, il quale osserva come la situazione, specialmente con riferimento ai poteri e alla connessa responsabilità dei quali è investito l'esecutore, necessiti di una non equivoca risultanza; CAPOZZI, *op. cit.*, 598 s., secondo cui questo sistema di pubblicità, come si legge nella relazione al progetto preliminare, ha lo scopo di fare conoscere facilmente ai terzi l'esistenza e i poteri dell'esecutore, con il quale essi devono avere rapporti, sicché si ritiene quasi unanimemente che il formalismo rappresenti un requisito per la validità dell'accettazione e della rinuncia, con la conseguenza che gli atti compiuti dall'esecutore che non ha accettato nella forma prescritta devono essere considerati inefficaci.

(22) Cfr. per tale opinione: TALAMANCA, *op. cit.*, 542, il quale aggiunge pure che, una volta che il criterio oggettivo porti ad accertare la presenza di un legato, dovrà reputarsi poi che « si tratterà di legato per intero, senza dovere procedere ad una valutazione quantitativa di ciò che sia legato e di ciò che sia retribuzione »; CAPOZZI, *op. cit.*, 601.

(23) Così TRIMARCHI, *op. cit.*, 410, per il quale gli eredi obbligati a corrispondere una somma

L'esecutore che continui nell'amministrazione dei beni oltre i termini di cui all'art. 703, comma 3, ha, secondo una opinione, comunque diritto, nonostante il venir meno del possesso dei beni, della retribuzione stabilita in suo favore dal testatore (24), mentre secondo altra opinione spetta, invece, all'esecutore, il solo rimborso delle spese necessarie o utili a titolo di *negotiorum gestio* (25).

All'esecutore spetta in ogni caso il ristoro per le spese affrontate nell'esercizio dei doveri o poteri che gli derivano dalle funzioni affidategli — sempre che siano sostenute con la diligenza del padre di famiglia (26) — ivi comprese quelle processuali entro, però, il solo limite della ragionevolezza (27).

GUIDO VIDIRI

a titolo oneroso sono dei terzi relativamente estranei e, quindi, il loro impegno potrebbe trovare riscontro solo in un separato obbligo di agire in loro favore, della cui compatibilità con le funzioni dell'ufficio sarebbe lecito dubitare. Negli stessi sensi, cfr. anche BONILINI, *Esecutore testamentario*, cit., 547.

(24) In tali termini, TRIMARCHI, *loc. cit.*

(25) Così invece GIANNATTASIO, *Delle successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile*, lb. II, t. 2, Torino 1978, sub art. 711, p. 433.

(26) Cfr. CUFFARO, *Gli esecutori testamentari*, cit., 387 s.; TALAMANCA, *op. cit.*, 543.

(27) In tali sensi, BONILINI, *Esecutore testamentario*, cit., 547, che nega quindi il rimborso delle spese occorse per la promozione di giudizi temerari.