

Carmelita Camardi

**L'EREDITÀ DIGITALE.
TRA REALE E VIRTUALE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CARMELITA CAMARDI

L'EREDITÀ DIGITALE. TRA REALE E VIRTUALE

SOMMARIO: 1. Alcune premesse. — 2. Il problema dell'eredità digitale. — 3. Ciò che può trasferirsi *mortis causa* e ciò che invece non si può, in assenza di atti di autonomia dispositiva del *de cuius*. — 3.1. Prima categoria: beni digitali sui quali il *de cuius* aveva un diritto di esclusiva. — 3.2. Seconda categoria: dati digitali generati dai rapporti on line. — 4. Il ruolo dell'autonomia privata nella gestione *post mortem* dei dati digitali. — 4.1. Atti di disposizione in materia di rapporti patrimoniali per testamento o mediante altri atti. — 4.2. La gestione *post mortem* dei rapporti non patrimoniali.

I. ALCUNE PREMESSE.

Un tema come quello che si affronta, di recente venuto alla ribalta anche a seguito di eventi di particolare impatto emotivo ¹, si pone all'incrocio di una serie di questioni giuridiche generali, a loro volta collocate su vari livelli di discorso.

Cominciamo innanzitutto dalla definizione dell'argomento. Quando si parla di *eredità* digitale, già l'utilizzo del primo termine suscita interrogativi, perché il termine “eredità” sul piano tecnico giuridico fa riferimento ad un processo di circolazione dei diritti, e dei beni che ne sono oggetto, quali componenti di un patrimonio che — in atto o in potenza — è suscettibile di valutazione economica e che comunque attiene primariamente alle dinamiche di attribuzione della ricchezza materiale e alla garanzia della continuità del potere di disporre della stessa nell'ambito di una famiglia; ma anche alla garanzia della continuità dei

* Il presente saggio costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato alla Tavola Rotonda su *L'eredità digitale*, tenutasi presso l'Istituto Universitario di Architettura di Venezia il 12 ottobre 2017, ed è destinato agli Scritti per Carlo Castronovo.

¹ Ci riferiamo ai casi da tutti citati di giovani tragicamente deceduti, i cui familiari hanno tentato di accedere ai loro ac-

count di posta elettronica o ai profili Facebook, talvolta senza successo o con risultati limitati. Si vedano questi casi nel volume di G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti*, Torino, 2017, p. 101 ss.; e nei contributi di G. RESTA, *La 'morte' digitale*, in questa *Rivista*, 2014, p. 895; M. CINQUE, *La successione nel “patrimonio digitale”*: prime considerazioni, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 648 ss.

rapporti economici indipendentemente dalla morte dei soggetti che ne sono parti.

Siamo perciò nell'ambito della relazione soggetto-oggetto, mediata dalla qualificazione della stessa in termini dominicali o creditori, dove ciò che si trasferisce agli eredi è tutto quanto sia configurabile come "oggetto" dei diritti del *de cuius*, restando escluso tutto quanto si possa invece qualificare come un *quid* inseparabile da lui, ivi inclusi i rapporti giuridici strettamente legati alla sua persona.

Ma l'affiancamento a tale termine dell'aggettivo "digitale" stravolge o modifica sensibilmente questo scenario. Perché la tecnologia digitale (ma, più in generale quella elettronica) esplica una serie di potenzialità, pressoché inconcepibili nel mondo reale, capaci di alterare la linearità di quella relazione e pertanto la capacità regolativa delle norme che nel tempo sono state utilizzate per organizzare i rapporti che la suppongono².

Con riferimento al settore di relazioni o al tipo di problema al quale essa viene applicata, infatti, la digitalizzazione produce effetti differenti e diversamente apprezzabili sul piano della problematica posta alla disciplina giuridica, nel senso che potrebbe non essere immediata la trasposizione di tali effetti in uno o in un altro capitolo dell'ordinamento giuridico dato. Ciò dipende, in particolare, dal modo in cui il problema di disciplina viene a porsi.

Si considerino, in ordine sparso, i casi seguenti.

Applicata al problema, ad esempio, della conservazione dei patrimoni culturali destinati alla "umanità", e perciò alla salvaguardia delle generazioni presenti e future, la digitalizzazione diventa uno strumento che il diritto sceglie con lo scopo di contrastare la finitezza naturale e la obsolescenza delle "cose", e di produrre una *Memoria del mondo* da rendere accessibile a tutti³. Siamo dunque di fronte al tema della rappresentazione delle risorse in una forma tecnicamente più durevole e accessibile della precedente, di fronte al quale il diritto interviene sia nella predisposizione di norme di vera e propria regolamentazione delle attività archivistiche e di deposito; sia attraverso la garanzia dei diritti individuali di accesso e la regolazione dei diritti di proprietà intellettuale che ne sono coinvolti.

² In argomento, per una definizione sintetica degli effetti della digitalizzazione in chiave giuridica, vedi G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2010, p. 14 ss.

³ Nella Carta sulla conservazione del patrimonio digitale adottata dall'UNESCO il 17 ottobre 2003, si legge che "Il patrimonio digitale si compone di risorse uniche nei

campi della conoscenza e dell'espressione umana, siano esse di ordine culturale, educativo, scientifico, amministrativo o che contengano informazioni tecniche, giuridiche, mediche o di altra sorta, create digitalmente o convertite in forma digitale a partire dalle risorse analogiche esistenti".

In altre parole, qui è la norma che si impadronisce della tecnica e la piega ai propri obiettivi, e il tipo di problema giuridico che l'interprete affronta nasce principalmente da ciò, da questa 'precedente' appropriazione dello strumento tecnico da parte del diritto ⁴.

Analogamente, applicata alla pubblica amministrazione, la digitalizzazione indica una complessa strategia politica (non solo tecnologica) intesa sia al potenziamento dei servizi, che alla semplificazione, alla trasparenza e all'*open government* ⁵. Certo, in questo campo la problematica interpretativa si complica, atteso che la trasposizione nel contesto digitale degli atti che compongono, e soprattutto dei principi che governano il procedimento amministrativo può non essere automatica e senza residui; ma anche qui, laddove sia il diritto ad appropriarsi dello strumento tecnico per i suoi scopi, l'interprete dispone di una norma da sistematizzare ai fini di una razionale e corretta operazione interpretativa ⁶.

Altra dimensione problematica, invece, è quella che si prospetta allorché lo strumento digitale si accosta alla *persona* in quanto tale, sia nel momento in cui essa, quale soggetto capace di agire compie *on line* atti giuridici negoziali, attraverso il commercio elettronico; sia nel momento in cui, viceversa, essa semplicemente esprime *on line* la propria personalità, nell'esercizio (non dell'autonomia contrattuale, ma) di un diritto fondamentale ed in tutte le direzioni consentite, e lo fa utilizzando (quel)le tecnologie opportunamente messe a disposizione da operatori professionali. È la ben nota metafora (o realtà) della "persona elettronica", espressione con la quale si allude al pervasivo fenomeno della permanente disseminazione in rete di ogni tipo di informazioni personali, il cui variegato e multiforme trattamento è alla base della moltiplicazione delle identità personali, e in tale senso dei "corpi elettronici", volta per volta costruiti in relazione ai contesti o agli obiettivi in ragione dei quali i dati sono riorganizzati e ricomposti intorno al soggetto cui si riferiscono.

⁴ Ancora G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, cit., p. 12 ss., il quale correttamente spiega come — *mutatis mutandis* — in queste ipotesi il rapporto tra diritto e tecnica digitale è pari a quello che si è istituito fra il diritto e la 'carta' e la 'scrittura', quali tecnologie idonee alla rappresentazione formale e alla conservazione degli atti giuridici.

⁵ È sufficiente a tal fine la consultazione delle pagine del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione di cui al link <http://www.funziionepubblica.gov.it/digitalizzazione>.

⁶ Senza contare i casi più 'semplici' in cui la norma, come sopra si diceva, sostituisce lo strumento cartaceo con quello digitale, sicché il documento informatico sostituisce il cartaceo, e l'identità digitale sostituisce la carta di identità, come avvenuto ad opera del sistema SPID, creato con DPCM 24 ottobre 2014, ai sensi del quale l'identità digitale è la "rappresentazione informatica della corrispondenza biunivoca tra un utente ed i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale" (art. 1, lett. o).

Entriamo qui nel mondo della *giuridificazione* della persona, dove la tensione tra la garanzia dell'emancipazione dell'individuo realizzata attraverso l'accesso libero alla rete, e la costrizione cui lo stesso va incontro a causa dei poteri che in essa si costituiscono⁷, ha prodotto quel complesso e contraddittorio capitolo del diritto globale che si chiama *diritto della privacy*⁸. Classico modello regolatorio sui generis che ingloba la tutela della persona e la disciplina (anche in senso deterrente) del crescente potere tecnologico di raccolta e gestione dei dati, nell'intento — che appare a volte paradossale quando non utopistico — di armare la prima contro gli abusi che il secondo può consumare nel momento in cui alla persona medesima esso offre opportunità apparentemente senza limiti di esplicitare i suoi diritti personali e di cittadinanza in senso lato politica⁹.

Ebbene, in tale complesso contesto normativo trova origine, seppur non con immediata evidenza, la più interessante parte della problematica che si intende affrontare in questo contributo. Ed infatti, alle origini del problema noto come tutela della privacy, nella sua accezione che supera la prospettiva del “diritto ad essere lasciato solo”, sta il fenomeno definito della trasformazione del corpo fisico in corpo elettronico, inteso come insieme variegato di dati e informazioni, esuberante e senza confini fisico-naturali¹⁰. Il che chiama in causa, prima e al di sopra di qualunque altro canone regolatorio, il principio giuridico dell'autodeterminazione, ma pone pregiudizialmente il problema di comprendere in che modo vadano presi in considerazione i dati e le informazioni che al corpo elettronico della persona si riferiscono. Il ché si pone a sua volta come un problema complesso.

Torniamo dunque ad osservare in questa chiave il fenomeno della digitalizzazione applicata alla persona.

Ora, indipendentemente dalla complessità assunta dal fenomeno, e dalla definizione giuridica dei cosiddetti dati personali¹¹,

⁷ G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 364.

⁸ L'espressione in discorso, invero, designa un fascio di diritti o di situazioni ben più ampio di quello cui si fa riferimento in questo studio, poiché include la protezione di tutti gli aspetti della vita personale (l'integrità fisica e mentale, la corrispondenza, l'orientamento sessuale, la famiglia, ecc.) legati alla libera esplicazione della personalità, e fra questi dunque anche la protezione dei dati personali nel senso più avanti illustrato nel testo.

⁹ Come noto, la fenomenologia e le dinamiche della giuridificazione della persona sono espresse ed argomentate più di

ogni altro da S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, in particolare p. 73 ss., ma già *Tecnologie e diritto*, Bologna, 1995, pp. 134, 181 ss.; e poi *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 312, 318, 378 ss. Una sintesi pregevole di tali problematiche si legga comunque nel citato contributo di G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, cit., p. 359, e ancora p. 364 ss.

¹⁰ G. MARINI, *op. cit.* in nota precedente, p. 366 ss.

¹¹ Quelli che identificano la persona in senso stretto, inclusi i dati sensibili, secondo la definizione di cui all'art. 4, n. 1, del Regolamento UE 2016/679, per cui è « dato personale »: qualsiasi informazione riguar-

la digitalizzazione rende possibile la creazione di *altri* dati che rappresentano o sono la proiezione di *altri* elementi della propria personalità: l'amicizia, ciò che piace o non piace, un pensiero o un'opinione "postati", un'immagine, un racconto, la condivisione delle esperienze anche intellettuali, e tutto ciò che viene caricato e reso visibile nelle piazze e nelle bacheche virtuali. Insomma tutto ciò che nella vita reale spesso non è separabile dal corpo fisico o dalla mente del soggetto, fuoriesce da quest'ultimo e assume la dimensione di un "dato" in formato digitale, un *quid*, che può essere percepito in forma autonoma, come se non avesse più alcuna relazione con la persona dalla quale è stato generato. In questa sua applicazione alla vita della persona, il digitale separa ciò che — di regola — è inscindibile, e frantuma l'unità del pensiero o dei sentimenti in una molteplicità di "pezzi" (i dati) i quali — una volta ricomposti ed ammesso che tale ricomposizione sia possibile — possono anche restituire un altro "io", appunto l'identità digitale o il corpo digitale, che non è detto siano la perfetta riproduzione del corpo reale. Dal punto di vista della persona che genera questi dati, essi sono il prolungamento della sua dimensione¹²; ma dal punto di vista di chi invece li "vede" e li intercetta essi sono semplicemente "dati", informazioni codificate suscettibili di essere usate e cedute (o anche 'vendute') indipendentemente dalla persona che li ha generati e al di fuori del suo controllo, perché chi immette un dato in rete ne può perdere la piena disponibilità nello stesso istante in cui lo crea, mentre qualcun altro la può acquistare o appropriarsene, per farlo scomparire o riapparire in qualunque momento, o per utilizzarlo secondo scopi estranei a quelli della persona cui esso "appartiene" e con quest'ultima concordati¹³.

Ed infatti, il digitale conferisce ai dati dell'identità personale taluni caratteri che — ancora una volta — non si riscontrano

dante una persona fisica identificata o identificabile (« interessato »); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale. I numeri 13, 14 e 15 definiscono rispettivamente i dati genetici, biometrici e relativi alla salute.

¹² G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 723, 727.

¹³ Quello appena descritto con riferimento alla persona rappresenta, invero, un fenomeno ben più generale e per certi aspetti

di origine tecnica, legato direttamente al fatto della nuova "natura" che l'informazione acquisisce nel momento in cui viene digitalizzata e assume un "formato" autonomo (per cui la chiamiamo "dato"), per diventare un elemento suscettibile di essere trasportato, fatto oggetto di circolazione contestuale sulle vie telematiche ed anche rielaborato. Ciò posto, altro problema è quello comunemente noto come relativo alla "natura giuridica" del dato o dell'informazione, in astratto governabile attraverso il riferimento alla categoria proprietaria/dominicale. E tuttavia, a ben riflettere e a dispetto dell'evidente (fenomenica) autonomizzazione del dato rispetto alla fonte che lo ha prodotto, il paradigma proprietario rivela tutta la sua insufficienza nella misura in cui alla disponibilità del dato in rete

nell'identità personale reale: i caratteri tendenziali della ubiquità e della perennità, unitamente a quelli della visibilità (più o meno diffusa) e appropriabilità (ancorché non esclusiva e a consumo non rivale), nonché della manipolabilità da parte di terzi. Anche quando abbiamo cancellato da una piattaforma le nostre foto o i nostri “mi piace”, non possiamo mai essere sicuri che quel dato non sia stato appreso conservato e archiviato da altri e che sia perciò definitivamente uscito dal nostro controllo, per essere elaborato e comunque pronto a durare “per sempre” e “ovunque”. Insomma, pezzi di noi stessi si disperdono nella rete e rendono talvolta debole la tecnica del loro recupero e impotente il diritto che vorrebbe favorirla per tutelarli.

Ed è così e per questa via che anche rispetto alla persona e alla sua identità il digitale riesce ad istituire una sorta di relazione soggetto — oggetto prima impensabile, e che comunque non appartiene alla logica propria delle manifestazioni della personalità. Ciò comporta inevitabilmente un affievolimento del principio di autodeterminazione in ordine (al diritto) alla costruzione della propria sfera privata, paradossalmente nello stesso istante in cui

mancherebbe la caratteristica necessaria della *esclusività*, atteso che lo stesso si offre come elemento a consumo “*non rivale*”, cioè fruibile contestualmente da un numero indefinito di soggetti, ivi incluso il produttore del dato, il quale pur separandosi dallo stesso, può tuttavia continuare ugualmente a fruirne. Il che di *regola* impedirebbe anche la possibilità di considerare l'informazione come risorsa suscettibile di acquisire valore economico di scambio. Su questa complessa e interessante problematica si veda R. PARDOLESI, C. MOTTI, *L'informazione come bene*, in *Dalle res alle new properties*, a cura di G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visentini, Milano, 1991, p. 37, che si confrontano in chiave di analisi economica con le problematiche poste dalla circolazione di risorse scarse o meno, o preziose in determinati contesti di mercato; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998, p. 339, secondo il quale la dilatazione cui si sottoporrebbe la categoria proprietaria applicata all'informazione, ne determinerebbe uno svuotamento tale da privare la categoria di qualunque significazione comunicativa (p. 342). Secondo l'A., la domanda “è l'informazione un bene giuridico?” è domanda priva di senso, attesa la necessità metodologica di differenziare i problemi giuridici posti dalla società informatica con una metodologia che rilegga la prassi con le lenti del sistema e queste ultime attraverso

le innovazioni della prassi (pp. 344-345). L'A. riporta infine le varie problematiche generate dalla circolazione dei dati al profilo ordinante della tutela della privacy. Questa impostazione è da condividere per molteplici aspetti. Già ad una osservazione empirica meno fugace, infatti, ci si avvede che il vero problema posto dalla circolazione dei dati (specie quelli personali) non è tanto quello di stabilire “di chi” sono, se del titolare che li gestisce o della persona cui si riferiscono, quanto quello di definirne le *condizioni* e i *limiti* di circolazione, cioè di individuare i contenuti dei diritti di controllo delle informazioni di ciascuno dei soggetti interessati. Un paradigma, questo, che consente di formulare risposte differenziate e appropriate alle singole questioni volta per volta poste dal “mercato” delle informazioni, e che, a ben riflettere, è proprio quello adottato dalla moderna disciplina della tutela dei dati personali. Sul tema si veda infine l'interessante contributo di A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, p. 185, in particolare p. 214 ss., ove l'A. ragiona sulla difficoltà di considerare le informazioni come beni giuridici, e ciononostante sulla possibilità che le stesse possano costituire oggetto di trasmissione ereditaria. Un cenno in tal senso anche in G. CORAPI, *La trasmissione ereditaria delle cosiddette “nuove proprietà”*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, p. 383.

la libera e spontanea creazione del dato ne costituisce una moderna espressione, che enfatizza come non mai la *freedom of speech*. Anzi è proprio questo irriducibile spazio di libertà creato dal diritto ai fini della libera costruzione della propria personalità che rende possibile — nel contesto digitale — farne uso e al tempo stesso perderne il controllo. Tale costitutiva doppiezza dell'atto che produce il 'dato' personale nella indicata sfera di relazioni sociali è alla base della problematica che andremo ad analizzare tra poco.

Questo processo sembra molto simile, ma non lo è, a quello che rende possibile trasformare i beni materiali in beni digitali. Infatti, il passaggio dal libro di carta all'*e-book*, o dal quaderno di appunti al *file*, o ancora dalla lezione orale alla *slide* o all'*e-learning*, ecc., non ha lo stesso significato della indicata creazione dell'identità digitale, perché è processo che si limita a conferire allo stesso bene un'altra forma o supporto (più durevole, più accessibile, più trasferibile, ubiqua), conservando in linea di massima, senza del tutto modificarla, la preesistente relazione soggetto-oggetto ¹⁴.

Andrebbe poi chiarito che l'identità della quale stiamo parlando, quella generata dalla formalizzazione in digitale delle proprie esperienze di vita, costruite in rete in autonomia e talvolta anche in anonimato ¹⁵, va tenuta distinta da quella identità digitale che risulta invece dalla proiezione in rete dei dati identificativi di una persona e delle situazioni specifiche che lo riguardano (ad es. l'identità digitale di un professore quale risulta dalla sua pagina web, dalla piattaforma dove carica i suoi prodotti scientifici, dalla pagina nella quale vengono registrati gli esami, e così via. Ovvero l'identità di un consumatore quale risulta dai dati di utilizzo della sua carta di credito o da quelli del suo conto *on line*, o dai siti commerciali dove si è registrato). Spesso questi dati sono elaborati nel rispetto di regole e principi esterni, sono affidati alla gestione di un terzo e sono nella sua disponibilità; ed inoltre vi si accede mediante PIN o chiavi di identificazione protette, talvolta rilasciate dallo stesso gestore, e talvolta in esecuzione di vincoli di legge. Alla stessa maniera, entrambe queste identità vanno tenute distinte da quella che, anche accidentalmente, può essere generata dall'insieme delle notizie che riguardano una persona diffuse

¹⁴ Ciò è meno vero nel caso del passaggio dalla lezione orale all'*e-learning*, costituendo quest'ultimo un processo complesso che coinvolge una pluralità di soggetti e dà luogo ad un prodotto finale sul quale convergono una pluralità di diritti.

¹⁵ Il nome torna a presentarsi come una "istituzione sociale che si modella secondo necessità esistenziali", scrive S. Ro-

DOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 78, perde la sua esclusiva capacità identificativa della persona, lasciando spazio all'anonimato e perciò all'assunzione di diverse identità, mutevoli e fittizie, a seconda delle necessità. Sul tema, efficacemente, G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in questa *Rivista*, 2014, p. 171.

da un terzo (dai media ed esempio) e che rendono possibile una percezione “travisata” della biografia della medesima, non corrispondente al “vero” patrimonio intellettuale, professionale, sociale della persona in questione ¹⁶.

In altre parole, e per provare a costruire una prima riflessione sintetica, la creazione delle identità personali digitali sembra riconducibile in prima battuta a due processi fondamentali, contestualmente attivi in rete e spesso inscindibili. Quelli attivati dai grandi gestori di *Big data* che professionalmente intercettano informazioni per rielaborarle ai più disparati fini (di profilazione o altro); e quelli attivati spontaneamente da ciascuno attraverso le attività di cogestione e condivisione tipiche dei *social networks* e di tutte le altre bacheche virtuali che rendono possibile esprimere la propria personalità. Ma tale distinzione è apparente, o meramente classificatoria, nel senso che, indipendentemente dalla riconducibilità dell'atto di immissione del dato in rete alla libera iniziativa del soggetto, piuttosto che ad una decisione necessitata dal tipo di relazione sociale di cui si è parte, la cosiddetta *datafication* investe *tutte* le informazioni intercettabili, elaborandole e riordinandole secondo logiche spesso estranee agli obiettivi personali dei singoli cui i dati — in teoria — appartengono e spesso agli stessi ignote ¹⁷. I problemi di disciplina giuridica generati dalla *datafication* sono noti, e la dottrina ne ha elaborato una specifica consapevolezza, sia quando ha recuperato il tema

¹⁶ È il noto concetto della *digital person*, o della persona liquida, che risulta dalla composizione volta per volta realizzata dei dati che ciascuno di noi ha generato nei singoli processi sociali che si svolgono in rete. Sul punto, sinteticamente G. ALPA, *L'identità digitale*, cit., p. 725; G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in questa *Rivista*, 2007, p. 511, che ritiene essere l'identità non più un dato preesistente, ma per l'appunto un *processo costantemente in atto*, e aperto ad una pluralità di esiti, oltre che costantemente esposto ad una serie di interferenze, spesso capillari e pervasive da parte dei poteri sociali, che mutano il ruolo che l'ordinamento deve assumere verso la 'persona' (p. 524). Da altro, connesso, punto di vista, ciò evoca il tema della tutela dell'identità con riferimento alla veridicità delle informazioni diffuse, o meglio alla loro contestualizzazione e all'aggiornamento (tema distinto dal vicino argomento del diritto all'oblio); sul punto, G. FINOCCHIARO, *Identità personale su Internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione*, in questa *Rivista*, 2012, p. 383; G. RESTA, *Identità personale*, cit., p. 513; T.E. FROSINI, *Il diritto all'oblio e la*

libertà informatica, Nota a Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, in questa *Rivista*, 2012, p. 911.

¹⁷ Osservazioni recenti in V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datafication e la sua giuridificazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 641, la quale sottolinea sia la necessità di una disciplina integrata, fra pubblico e privato, del fenomeno in oggetto (quale invero riscontrabile nel Regolamento UE prima citato in nota 11); sia la necessità di promuovere un metodo aperto di coordinamento fra tutti i soggetti collettivi coinvolti nella *governance* dei big data, dall'UE al Consiglio d'Europa, alle organizzazioni di interessi, ritenuto essere il più adeguato all'attuale 'abitare sulle nuvole'. Sui big data, si veda per tutti il numero speciale della rivista *Concorrenza e mercato*, 23/2016, dedicato a *Big data e concorrenza*, a cura di F. Di Porto, in particolare i contributi di F. Di Porto, *La rivoluzione big data. Un'introduzione*, p. 5 e V. ZENOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the "big data revolution"*, p. 29; nonché A. MANTELEO, *Big Data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in questa *Rivista*, 2012, 135.

della necessaria integrazione tra profili privatistici e pubblicistici della tutela, nonché tra tutela successiva (in termini di responsabilità per danni) e tutela preventiva attraverso la *regolazione* delle attività di intercettazione e gestione da parte delle banche dati; sia quando, in tale ultima prospettiva ha proposto di affiancare alla dimensione della tutela individuale della persona quella della tutela degli “aggregati” anonimi, quali risultanti dalle tecnologie impersonali di elaborazione dei big data adottate in funzione decisionale di specifici tipi di problema (si pensi alle attività di ranking realizzate dalle banche ai fini del merito creditizio, o a quelle istituzionali realizzate ai fini dello svolgimento di incarichi pubblici)¹⁸.

2. IL PROBLEMA DELL'EREDITÀ DIGITALE.

La precedente riflessione era necessaria per tentare di definire il contesto problematico della eredità digitale, espressione con la quale ci si intende riferire al fenomeno della successione nelle attività e nelle posizioni del *de cuius* collegate alla produzione e al controllo dei suoi dati personali e delle sue risorse, quando gli uni e le altre si presentano in formato digitale e/o collegati ad un rapporto giuridico con un fornitore di servizi ascrivibile alla categoria degli Internet Service Providers.

Così intesa, la questione della eredità digitale non si identifica affatto con quella della eredità tradizionale, e fuoriesce concettualmente, non solo quantitativamente, dai confini di quest'ultima. Ed infatti, se — almeno in teoria — nessuna differenza dovrebbe esserci nel disporre *mortis causa* di, o comunque nell'ereditare, *files*, *e-documents*, *e-books* o quant'altro esista in formato digitale ma sia stato conservato in un supporto materiale appropriabile (una chiavetta, un dischetto, ecc.) di cui il *de cuius* aveva la piena disponibilità; altro discorso è quello che concerne la sorte dei dati personali generati dall'attività *on line* del *de cuius*, e più in particolare dal processo di esplicazione della personalità e conseguente moltiplicazione delle identità che sopra si è indicato, e che trova le sue sedi di svolgimento principalmente nei *social networks*, nella posta elettronica e in tutte le altre piattaforme virtuali alle quali la persona aveva accesso.

Da altro punto di vista, l'eredità di cui parliamo si compone di diversi *assets*. Quelli aventi carattere e valore patrimoniale. E quelli che — nella loro genesi — non hanno valore patrimoniale,

¹⁸ Sul punto, F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in Nuove leggi civ. comm., 2017, pp. 369, 378 ss.. Non occorre da parte di chi scrive ricordare ai lettori le “metodologie” varate da AN-

VUR ai fini della gestione dei procedimenti di ASN o di accreditamento dei prodotti formativi, affidati ad algoritmi oscuri che riducono a “dati” conteggiabili l'attività di produzione intellettuale.

ma strettamente personale, in quanto dati che sono proiezione di una (seconda, terza e comunque ulteriore) identità personale, seppur una volta immessi in rete e collocati in un certo ambito di relazioni, diverso da quella con il titolare dei dati, possono acquisire valore patrimoniale. Tutto ciò indipendentemente dal fatto che questi dati siano assunti ad oggetto di rapporti contrattuali che ne permettono di definirne l'esistenza: i rapporti con i providers che offrono servizi tramite i quali i dati escono dalla sfera del titolare e diventano "social", e acquisiscono di conseguenza quei caratteri di tendenziali ubiquità e perennità di cui prima si diceva.

Ed ecco dunque quell'incrocio di questioni al quale si faceva cenno in apertura di queste riflessioni. Innanzitutto la confluenza in rete di questa pluralità di identità personali, reali, professionali, doppie, volute, accidentali, ecc., determina una serie di questioni di tutela civile della persona, alla luce delle disposizioni del codice civile, e di quelle contenute nella disciplina dei dati personali, risolubili individuando correttamente volta per volta il tipo di problema che la immissione o la permanenza in rete di quei dati determina.

In secondo luogo, e per avvicinarci finalmente al tema di questo intervento, la morte fisica della persona non fa sì che i dati che compongono la sua (o le "sue") personalità spariscano con lei nella tomba; ma tutto al contrario essa determina il più delle volte la sopravvivenza delle sue identità digitali custodite o evidenti nei dispositivi di appartenenza o, rispettivamente, nei siti social o nelle piattaforme cui solitamente la persona aveva accesso ¹⁹.

Di qui i problemi della eredità digitale, i quali si pongono al crocevia del diritto delle persone e del diritto successorio, ma anche del diritto dei beni e perciò della sfera di azione dell'autonomia privata, *inter vivos* e *mortis causa*.

Sul piano metodologico, i giuristi hanno finora operato, in assenza di disposizioni ad hoc, attraverso l'applicazione diretta o estensiva delle norme vigenti per gli ordinari rapporti interpersonali anche ai problemi dei rapporti *on line*; e tale via occorre

¹⁹ In tal senso G. RESTA, *La morte digitale*, cit., p. 899 ss., il quale individua le tre questioni principali sollevate dalla morte digitale nelle seguenti: la tutela *post mortem* della personalità; la misura della successione digitale (cosa, come, a chi); la misura dell'autonomia privata del *de cuius*. La prima delle tre questioni non ha natura successoria, come invece le altre due, pur se riguarda la posizione *post mortem* del defunto e (in genere) dei suoi stretti congiunti. Essa è regolata dall'art. 9 del Codice della privacy, il quale ammette che i diritti di

accesso, aggiornamento, rettifica, ecc., dei dati personali di una persona defunta possano essere esercitati "da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione". Si tratta dunque di un diritto attribuito iure proprio, esercitabile anche da soggetti che non sono eredi del defunto, e che tuttavia possono avere accesso ai suoi dati digitali ed esercitarne *di fatto* un controllo (nei termini previsti dalla norma), senza subentrare nella sua posizione contrattuale.

adesso verificare, tenendo conto delle peculiarità del contesto digitale e del fatto che non sempre la norma data riesce ad estendere la sua capacità regolativa ai rapporti virtuali. Il che richiede una capacità di utilizzazione flessibile delle categorie del diritto civile fin qui elaborate ²⁰.

3. CIÒ CHE PUÒ TRASFERIRSI *MORTIS CAUSA* E CIÒ CHE INVECE NON SI PUÒ, IN ASSENZA DI ATTI DI AUTONOMIA DISPOSITIVA DEL *DE CUIUS*.

Conviene cominciare da questo interrogativo preliminare. Come a tutti noto, nella realtà materiale il diritto successorio che ad essa si riferisce dispone che sono oggetto di trasferimento *mortis causa* dal *de cuius* agli eredi l'insieme dei rapporti giuridici che fanno capo al primo, e pertanto tutti i diritti assoluti per i quali non sia predicabile un legame stretto alla personalità del defunto (e perciò la relativa estinzione alla sua morte, come l'usufrutto o l'uso); ed insieme anche i rapporti contrattuali di cui il *de cuius* era parte, dal lato attivo e dal lato passivo, crediti (diritti relativi) e debiti, fatta eccezione anche qui per i rapporti personali e fiduciari, non trasmissibili, come più avanti si dirà.

Ciò posto, la domanda che si pone è quella di stabilire a quali risorse digitali si applichino queste regole generali relative alla trasmissibilità *mortis causa*.

Riprendendo quanto sopra in parte accennato, possiamo innanzitutto operare le seguenti distinzioni.

3.1. *Prima categoria: beni digitali sui quali il de cuius aveva un diritto di esclusiva.*

Consideriamo in tale categoria:

— i dati digitali costituiti da documenti, video, libri, immagini ecc., incorporati in supporti fisici, quali PC, chiavette, CD ecc., che si trovino nella piena disponibilità del *de cuius*. Questi dati sono l'equivalente digitale dei beni materiali appropriabili nel tradizionale formato non digitale, e ne seguono la stessa sorte giuridica anche con riferimento alla suscettibilità di essere oggetto di trasferimento, non solo *inter vivos*, ma anche *mortis causa* ²¹;

²⁰ È piuttosto diffusa, pur nella penuria degli studi in materia, l'idea che sia buona regola quella di disporre in vita del patrimonio digitale, piuttosto che lasciar disperdere nella rete l'insieme dei dati che nel corso della vita si sono disseminati: conseguenza questa che scaturisce dalla difficoltà che spesso gli eredi incontrano nel recuperare le credenziali di accesso usate dal *de cuius* per la gestione dei suoi dati. In tal senso M. CINQUE, *La successione nel patri-*

monio digitale, cit., p. 654; A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Notariato*, 2014, p. 519, 528 ss.; ma anche lo studio condotto nel contesto notarile di U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6-2007/IG, reperibile al link <https://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf>.

²¹ G. RESTA, *La morte digitale*, cit., p. 905; U. BECHINI, *Password, credenziali*, cit., p. 3 ss.

— i dati digitali corrispondenti, al pari dei precedenti, ai beni sui quali è possibile esercitare un diritto di esclusiva, e che non hanno un formato materiale incorporabile in un supporto fisico. Tra queste risorse possono rientrare i siti web personali, i video o i nomi di dominio e tutto quanto suscettibile di essere qualificato e tutelato ai sensi del codice della proprietà intellettuale o industriale ²².

Rispetto a questi dati può ancora riscontrarsi la tradizionale relazione soggetto-oggetto, connotata da quell'elemento di esclusività capace di generare anche una correlativa idoneità alla circolazione. Essi sono l'equivalente digitale del patrimonio materiale o immateriale di un soggetto e dispongono perciò della medesima tutela.

3.2. Seconda categoria: dati digitali generati dai rapporti *on line*.

Diverso ordine di riflessioni va fatto invece per altri dati digitali, esattamente quelli che si formano e si elaborano per il tramite di un contratto di servizio con i vari Internet service providers. Anche qui, semplificando, possono farsi delle distinzioni, con riguardo alle seguenti categorie di rapporti:

a) rapporti tipicamente contrattuali finalizzati all'acquisto di beni o servizi economici e commerciali presso piattaforme come *e-Bay*, *Amazon* o simili. Questi rapporti, legati allo svolgimento di operazioni di commercio elettronico, assumono rilievo specifico dal punto di vista qui trattato quando superano il carattere istantaneo tipico dell'acquisto *on line* (in cui il momento della conclusione e quello della esecuzione tendono a coincidere quasi completamente), e consistono ad esempio nella messa a disposizione di un sistema di pagamento (con relativa indicazione di una carta di credito o di debito, o un numero di c/c quale provvista), che assume carattere duraturo e si attiva su input dell'utente del sito ²³. Il contenuto patrimoniale del rapporto è in tal senso indubbio e non richiede particolari argomenti giustificativi;

²² Si tratta dunque della successione nei diritti di proprietà intellettuale, nell'ambito dei quali, ad esempio, la giurisprudenza non esita a collocare anche i nomi a dominio registrati. Sul punto, A. PALAZZOLO, *Alcuni spunti in tema di regolamentazione dei nomi di dominio: la pignorabilità, il potere di disposizione del titolare registrante e la disciplina pubblicitica*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2002, pp. 41, 43 ss.; R. MORO VISCONTI, *La valutazione dei nomi a dominio su Internet*, in *Dir. Industriale*, 2015, pp. 35 ss.; A. MAIETTA, *Nomi a domi-*

nio e soluzioni giurisprudenziali. Cronaca di un finale annunciato, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 790, a commento di Trib. Bergamo, 3 marzo 2003, *ivi*, p. 786.

²³ Rientrano in questa tipologia anche i rapporti che rendono possibile l'utilizzo di moneta virtuale, o criptovaluta o bitcoin. Sul tema, si veda R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e discipline tra prospettive economiche e giuridiche*, in questa *Rivista* 2017, p. 27.

b) rapporti che si formano nei social networks, o comunque attraverso relazioni (contrattuali di servizio) tra il singolo utente e la piattaforma, che non hanno contenuto patrimoniale immediatamente apparente, nel senso che formalmente non si presentano funzionali ad uno scambio oneroso di beni o servizi, non prevedono il pagamento di un corrispettivo, e sono piuttosto legati alla formazione/esplicazione di una propria identità personale (il profilo Facebook ad esempio) e alle manifestazioni della personalità individuale, attraverso l'esercizio della libertà di espressione (Second life, Twitter, Instagram, messengerie, ecc.)²⁴;

c) rapporti diretti alla fruizione di servizi di posta elettronica, i quali si connotano per la funzione strettamente comunicativa (scambio di messaggi), ma anche per la capacità di trasportare files e documenti in formato separato rispetto al messaggio²⁵.

In tutti questi casi, l'utente accede al sito del prestatore del

²⁴ Come si avrà modo di precisare, la natura e la qualificazione dei rapporti di social network sono invece molto controverse, oscurete fondamentalmente dal fatto che si tratta di rapporti "gratuiti" (per i quali cioè l'utente non provvede ad alcuna controprestazione in denaro per il servizio ricevuto); dal fatto che il servizio è il più delle volte fornito "as is", così com'è, senza che il provider assuma obbligazioni o garanzia alcuna in ordine al funzionamento, la continuità o l'efficienza del servizio; ed ancora dal fatto per cui le condizioni generali di contratto esibiscono vistose clausole di esonero da responsabilità per tutti i tipi di danno che il funzionamento del sistema può causare agli utenti (sul punto, S. SICA, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il "labirinto" delle responsabilità*, in *Giur. Merito*, 2012, p. 2714 ss.; G. SARTOR, *Social network e responsabilità del provider*, in *AIDA*, 2011, p. 39). Una lettura superficiale del rapporto incentrata su questi elementi rischia di occultare l'elemento fondamentale che connota il rapporto, e che gli stessi providers tendono a tenere tutt'altro che in evidenza. E cioè il fatto che l'utente "cede" sistematicamente dati personali che lo riguardano, e che tale cessione avviene anche nei confronti di soggetti terzi, che non sono parte del rapporto, ma ugualmente vengono a conoscenza di quei dati: e cioè i soggetti che acquistano nei social spazi per marketing e pubblicità, e per i quali quei dati sono elementi essenziali ai fini della "profilazione" e della configurazione dei messaggi pubblicitari (sulla qualificazione dei contratti social, per una sintesi dei vari orientamenti, si veda C. PERLINGIERI, *Profili civiltari dei social networks*, Napoli, 2014, in particolare pp. 33, 66 ss.). D'altra parte,

anche l'utente a sua volta "elabora" dati, anzi proprio questa sarebbe l'essenza del web 2.0, cioè del web creativo e di partecipazione, ove ciascuno non si limita ad accedere, ma elabora contenuti e li condivide con terzi (A.R. Popoli, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili: luci ed ombre di una difficile convivenza*, in questa *Rivista* 2014, p. 981; e soprattutto S. SICA, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites*, cit., passim). Quanto più la lista dei contatti (detti "amici" o "followers") di ciascun utente è ampia, tanto più ciascuno di essi condivide e viene a conoscenza di dati personali anche particolarmente sensibili, oltre che di file e documenti digitali di vario tipo. Ed ancora, quanto più si attivano tasti di apprezzamento o condivisione, tanto più si diffondono ulteriori informazioni sui propri gusti, orientamenti o convinzioni personali, o politiche ecc. Ciononostante, e indipendentemente da questi intrecci di interessi, si ritiene che la funzione fondamentale dei social — assumendo Facebook come modello di maggior diffusione — sia quella di permettere la costruzione del proprio profilo, cioè di manifestare e comunicare in tal modo una o più identità personali, e perciò anche di esercitare la libertà di manifestazione del proprio pensiero.

²⁵ Quanto sopra per mettere in evidenza come il servizio di posta elettronica presenti una doppia problematica, non indifferente per il tema trattato in questo lavoro. Ed infatti, per un verso esso si presenta come un contratto di servizio a titolo oneroso, mediante il quale il provider fornisce, insieme con l'accesso alle reti di comunicazione, anche un codice di identificazione (*login*) e una parola chiave (*password*) personali che il cliente si impegna

servizio attraverso un account personale (spesso) rilasciato dal prestatore medesimo, sicché l'unico modo attraverso il quale la successione può essere effettiva consiste nel materiale trasferimento o comunque nella apprensione dell'account.

Ora, ai fini di una corretta impostazione del non semplice problema sembra doversi tener conto dei fattori di seguito elencati.

In primo luogo, *in linea generale di principio*, non dovrebbero esservi molti dubbi nel ritenere che anche le posizioni contrattuali prima illustrate di cui il *de cuius* era titolare si trasmettono agli eredi — come tutte le altre —, e che pertanto in conseguenza della successione costoro si trovino nelle condizioni di poter controllare i dati personali del *de cuius* oggetto dei contratti di servizio di cui sopra in quanto parti del medesimo contratto ²⁶.

Questo il principio.

E tuttavia, non si può escludere che detto principio non operi, ovvero non operi esattamente in questi termini, atteso che diversi interessi possono prevalere in talune circostanze su quello alla continuità nei rapporti contrattuali e alla tutela dei terzi contraenti, interesse che sostiene anche il principio generale di tutela dei traffici. In tali casi, il rapporto contrattuale si può sciogliere nel momento della morte del *de cuius*: ciò può avvenire a tutela di interessi generali (come nel caso del rapporto di lavoro o del contratto d'opera); ovvero a tutela di interessi particolari di una delle due parti. Laddove ciò non risulti dalla legge (come nel caso dei rapporti fiduciari e/o associativi), la dottrina ritiene che sia

conservare e custodire con la massima diligenza; per altro verso, esso permette il trasporto di documenti e in genere dati anche personali, o anche appartenenti a terzi, il cui regime di uso e circolazione va ricondotto alla disciplina in materia di protezione dei dati personali. Sicché, come si vedrà più avanti, l'accesso alla casella di posta di un soggetto scomparso può contemporaneamente presentarsi come effetto normale della successione nella posizione contrattuale del defunto (ove ciò non sia escluso dal contratto), e come atto illegittimo (e perciò da non consentire, almeno in linea di principio) in quanto posto in violazione dei diritti alla privacy dello stesso *de cuius* e dei terzi che erano in contatto con lui, in relazione alla corrispondenza e ai documenti contenuti. Per questa problematica, vedi G. RESTA, *La 'morte' digitale*, cit., p. 910 ss. Se poi si trattasse di account cosiddetto aziendale, consegnato cioè sulla base di un rapporto di lavoro o professionale, la cessazione per morte del suddetto rapporto non può produrre l'effetto della trasmissione dell'account agli eredi, salvo l'eventuale diritto

di questi ultimi a richiedere la consegna di contenuti personali, non professionali, appartenenti al *de cuius*. Interessante in argomento, e per una pluralità di aspetti, la ordinanza del Tribunale di Verona 29 dicembre 2015, in *Corriere giuridico*, 2017, p. 491, con nota di C. DEL FEDERICO, *La titolarità dell'account di posta elettronica aziendale ed il suo utilizzo non sono tutelabili con l'azione possessoria*, p. 492, che pure opportunamente distingue tra titolarità dell'account nel rapporto con il fornitore del servizio e titolarità della corrispondenza e dei relativi contenuti.

²⁶ Per l'esplicazione del relativo principio successorio, per tutti, F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali, nel Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, a cura di G. Bonilini, Milano 2009, vol. I, p. 525 ss., ed ivi altra bibliografia, secondo il quale il principio della successione dell'erede nelle posizioni contrattuali del *de cuius* è un principio generale "immanente al sistema", pur se non si presenta come una regola monolitica. In argomento si veda anche G. RESTA, *La 'morte' digitale*, cit., p. 907 ss.

comunque il carattere personale del rapporto (la *rilevanza della persona*) l'elemento che giustifica lo scioglimento e la mancata prosecuzione del rapporto contrattuale, non senza tuttavia una previa valutazione degli interessi in gioco in funzione di bilanciamento ²⁷.

Ciononostante, la questione non si esaurisce in questi termini. Ed infatti, se è vero che l'erede subentra o meno nella posizione *del cuius* in relazione agli interessi che si oppongono a quello generale alla continuità dei rapporti giuridici; è anche vero, per altro verso, che alle parti del contratto non può essere vietato, in virtù del principio dell'autonomia privata, di concordare clausole di intrasmissibilità del rapporto alla morte di una di esse, configurando il contratto come indissolubilmente legato alla rilevanza della persona di uno dei due contraenti, o di entrambi ²⁸. Pertanto, se i contratti di servizio in discorso — che sono, si può dire al 100%, contratti standard — non prevedono o escludono nelle condizioni generali di contratto la possibilità di subentro, perché qualificati fiduciari o *intuitu personae* oppure, a maggior ragione, per il necessario rispetto del diritto personalissimo alla privacy del defunto o dei terzi con i quali egli era in contatto mediante quel servizio, allora gli eredi si troveranno nelle condizioni di non poter controllare i dati personali del *de cuius* oggetto di quei contratti ²⁹. E questi dati diventano perciò indisponibili e intrasmissibili.

Questa situazione tuttavia sembrerebbe doversi escludere per i contratti di servizio di cui al punto a), cioè per quelli onerosi aventi contenuto patrimoniale/commerciale, contenenti perciò dati legati all'attività contrattuale del *de cuius* generati per il tramite di quel servizio. In tali casi, è davvero difficile pensare che non possa *de plano* verificarsi il subentro, e che le operazioni contrattuali idonee a generare diritti e obblighi reciproci non si trasferiscano agli eredi. Questi ultimi perciò hanno il diritto ad ottenere dal *provider* le credenziali di accesso alla piattaforma e riassumere il controllo dei dati personali del *de cuius*. Senza contare che potrebbe essere interesse del *provider*, eventualmente creditore

²⁷ Scrive ancora F. PADOVINI, *op. cit.*, p. 532, e p. 536 ss., che lo scioglimento del contratto sarà giustificato soltanto ove emergesse in capo ad una delle parti un interesse assimilabile a quello che l'ordinamento in altri casi "ha ritenuto idoneo a giustificare lo scioglimento del rapporto".

²⁸ F. PADOVINI, *op. cit.*, p. 537, il quale tuttavia ricorda che questo potere dei privati di configurare i rapporti come *intuitu personae* non può, a sua volta, non incontrare limiti nella tutela legale di certi interessi (p. 538 ss.).

²⁹ Nei casi in cui i contenuti inclusi nella piattaforma riguardino dati personali riservati del *de cuius* o di terzi, la intrasmissibilità dell'account dovrebbe ritenersi "legale", giustificata se non imposta dal principio di tutela della privacy; salva anche qui la considerazione di interessi meritevoli di protezione degli eredi e dei congiunti, che vanno necessariamente bilanciati, come si vedrà, con quelli relativi alla tutela dei dati del defunto e dei terzi. Vedi più avanti nel testo.

del *de cuius*, poter esercitare la sua pretesa verso gli eredi (si pensi ai contratti di accesso alle reti).

Se questo è vero, allora il problema della trasmissibilità dei dati personali, e delle relative chiavi elettroniche di accesso, si può porre soltanto per i contratti di servizio di cui ai punti b) e c), con riferimento dunque ai dati espressione dell'identità personale del *de cuius*, di regola qualificabili come dati non patrimoniali, ed in relazione alle clausole contrattuali che eventualmente disponessero l'intrasferibilità dell'account e del rapporto agli eredi, ovvero la chiusura dell'uno e dell'altro alla morte del *de cuius* titolare; ovvero ancora altre soluzioni che comunque limitassero la gestione dei dati da parte degli eredi. I contratti in discorso includono quelli che forniscono servizi di posta elettronica o servizi in senso ampio di social network ³⁰.

Ciò posto, in assenza di valide disposizioni testamentarie o *mortis causa* da parte del *de cuius*, la sorte dei suoi dati depositati in queste piattaforme è affidata alle clausole del contratto in precedenza sottoscritto. Agli eredi che volessero entrare in possesso di questi dati, e che si vedessero opposto un rifiuto da parte del provider, non resterebbe che un'azione giudiziaria, condotta secondo la legge regolatrice del rapporto, diretta non al subentro nel contratto, ma semmai all'accesso, al recupero e/o alla distruzione di questi dati, nell'esercizio di un interesse o di un diritto proprio alla conoscenza dei dati, ovvero a tutela della reputazione del defunto se ne ricorrono le condizioni. L'esercizio di questo diritto andrebbe ovviamente bilanciato con il diritto alla riservatezza dei terzi i cui dati si trovassero nella piattaforma in ragione di un rapporto personale intrattenuto con il *de cuius*.

Per quanto riguarda il diritto italiano, va ricordato che l'art. 9 del Codice prot. dati personali stabilisce che "*I diritti di cui*

³⁰ Come giustamente afferma G. RESTA, *La 'morte' digitale*, cit., p. 907 ss., la gran parte dei dati personali digitali di cui parliamo risiede, non tanto nella sfera degli utenti, quanto piuttosto nella sfera dei providers intermediari e fornitori del servizio di social o di posta elettronica. Essi sono generati in virtù del contratto di servizio, e pertanto la loro (in)trasmissibilità si può originare dalle clausole contrattuali previste dal provider. Come è pure noto, si tratta di clausole di contratti standard unilateralmente predisposte, spesso di diritto statunitense, e comunque generalmente orientate alla intrasferibilità dell'account ed anche dei contenuti, nel nome della tutela della privacy, e talvolta con taluni correttivi. Ad esempio, il più celebre social network del mondo, Facebook, seppur preveda l'intrasferibilità dell'account a terzi senza il con-

senso espresso del provider, tuttavia prevede che il profilo di una persona scomparsa possa trasformarsi in "commemorativo", ovvero, a richiesta dei parenti, essere cancellato. Nel primo caso, si procede ad una sorta di cristallizzazione del profilo, dove gli "amici" possono ricordare il defunto. Altri providers prevedono la disattivazione dell'account; ovvero un sistema più sofisticato di gestione dell'account inattivo, accompagnato o meno dalla possibilità di designare una persona di fiducia per la gestione *post mortem* dei dati. Per queste informazioni e per la descrizione delle varie policies adottate dai diversi providers, si veda G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti*, p. 53 ss.; A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, cit., p. 523 ss.; M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale"*, cit., pp. 647, 650 ss.; G. RESTA, *La 'morte' digitale*, cit., pp. 896, 907 ss.

all'articolo 7 riferiti a dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione. Per contro, il Regolamento UE 2016/679 stabilisce che lo stesso “non si applica ai dati personali delle persone decedute. Gli Stati membri possono prevedere norme riguardanti il trattamento dei dati personali delle persone decedute” (considerando 27).

Questa norma suggerisce importanti considerazioni. In primo luogo, essa consente di tutelare gli interessi del defunto, da parte dei parenti stretti ad esempio, tutte le volte in cui la dignità o la reputazione dello stesso dovessero essere compromesse. È vero che in tali casi non è semplice negare che, chi chiedesse l'accesso o la rettifica o la cancellazione di dati concernenti una persona defunta, a tutela del nome o della reputazione di quest'ultimo, in realtà agirebbe anche a tutela di un interesse proprio ed attuale, collegato alla propria reputazione o attività, in quanto coinvolte e condizionate da un precedente rapporto (familiare o di altro tipo) con la persona del defunto. E tuttavia, la dottrina suole parlare di tutela postuma della privacy, e più in generale dei diritti personali di un defunto, quantomeno nelle ipotesi in cui gli attributi della personalità del defunto abbiano acquisito in vita e mantengano dopo la morte un certo valore patrimoniale, che gli eredi hanno interesse a salvaguardare³¹. La formulazione testuale dell'art. 9 prima citato non aiuta a sciogliere il presente dubbio, ma in ogni caso assicura l'accesso ai dati personali del defunto — non il subentro nei suoi contratti — quando è possibile far valere un interesse individuale o familiare meritevole di protezione, il che è già una soluzione rimediale legale ai problemi pratici generati dall'intrasmissibilità delle posizioni contrattuali del *de cuius* eventualmente prevista dai contratti dallo stesso sottoscritti.

Da altro punto di vista, l'art. 9 permette di dire che, nonostante la sua primaria collocazione nella scala dei diritti fondamentali, il diritto all'autodeterminazione e al controllo dei propri dati personali non può non essere considerato anche in relazione all'eventuale contenuto dei dati di cui trattasi, nonché nell'ottica di un necessario bilanciamento con altri interessi o diritti di pari rango, o comunque meritevoli di protezione, nel rispetto di una opportuna metodologia di accesso. Ed infatti, ed anche con maggiore evidenza dopo la morte di una persona, alcuni dei suoi dati potrebbero strutturalmente presentarsi come dati “condivisi”, a contenuto o struttura relazionale, con riferimento cioè ad una informazione che “appartiene” a più di una persona e che per-

³¹ G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in questa Rivista 2007, p. 1043 ss. Qualche indicazione in

A.M. TONI, *Il right of publicity nell'esperienza nordamericana*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 82.

tanto si dispone ad una titolarità condivisa. Ciò vale ad esempio per i dati genetici o per quelli comunque relativi alla salute di un individuo, allorquando la conoscenza di essi è strumentale alla soddisfazione di un interesse protetto di pari rango (dei familiari, ad esempio); e comunque per tutti i dati contenenti informazioni relative ad un terzo che non ha altri mezzi per procurarsele ai fini della tutela di un suo diritto. In tal caso si parla di “comunione dei dati personali” e perciò di contitolarità di tutti i diritti che ne permettono il controllo³². Sarebbe questa allora la ratio della norma in discorso, laddove apre anche a *chi ha un interesse proprio*, senza ulteriori specificazioni, la possibilità di esercitare i diritti di cui all’art. 7 sui dati personali di una persona defunta, se quell’interesse appare meritevole di protezione.

4. IL RUOLO DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA GESTIONE POST MORTEM DEI DATI DIGITALI.

Quanto fin qui osservato è servito a comprendere quali dati digitali possono — in astratto — essere oggetto di successione ereditaria, e soprattutto a comprendere che la successione vera e propria può includere i dati digitali del defunto nella misura in cui il contratto sia trasmissibile *mortis causa*; ed ancora che non può in alcun senso parlarsi di successione tutte le volte in cui — escluso il subentro in ragione delle clausole contrattuali che lo vietano — *gli eredi o i congiunti, o gli interessati, possono solo esercitare un diritto di accesso ai dati già presenti nelle piattaforme con il consenso del provider e nel rispetto delle condizioni indicate sopra*.

Ciò di cui adesso occorre occuparsi concerne i poteri di una persona di disporre *in vita* per dopo la propria morte delle posizioni e dei dati digitali che possono validamente trasmettersi, cioè l'autonomia del privato in merito alla eredità digitale.

Riproponiamo per comodità la distinzione tra rapporti a carattere patrimoniale e rapporti a carattere non patrimoniale. Non senza aver prima precisato un aspetto tecnicamente pregiudiziale,

³² In tal senso V. ZENO ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, nota a TAR Sardegna, 18 febbraio 2013, in *Riv. giur. sarda*, pp. 443, 448 ss., che auspica l'elaborazione di una adeguata teoria della “comunione dei dati personali”. Il caso concerneva proprio la richiesta di una donna di accedere alla cartella clinica del defunto marito divorziato, allo scopo di ottenere importanti informazioni rilevanti ai fini della tutela del suo diritto alla pensione. In argomento anche G. RESTA, *La 'morte' digitale*, cit., pp. 903, 914 ss., che

richiama al proposito anche la disciplina in materia di diritto d'autore, come pure la giurisprudenza in materia di accesso ai dati bancari. Con riferimento ai dati personali del defunto, peraltro, Zeno Zencovich si chiede anche se il principio dell'autodeterminazione informativa possa valere anche per il defunto, che non può esercitarla, e per tutti i suoi dati, che potrebbero non essere più considerati come “personali” (*op. cit.*, p. 451). In quest'ottica, certamente condivisibile, le medesime considerazioni potrebbero valere anche per i contenuti delle caselle di posta elettronica.

al quale si è spesso fatto riferimento, ma sul quale si è fin qui sorvolato. Si tratta del problema noto come trasferimento o legato di *password*, assumendo di designare con tale termine le credenziali elettroniche riservate (in genere combinazioni alfanumeriche) che rendono possibile l'accesso ad una piattaforma on line che contiene i dati digitali di una persona ³³.

È abbastanza evidente infatti che il trasferimento volontario della posizione contrattuale implica il trasferimento delle credenziali di accesso, sicché non è inutile chiarire la valenza giuridica di tale risorsa e il tipo di problema che può generarsi quando le credenziali sono fatte oggetto di una disposizione *mortis causa*.

Al proposito, conviene subito sgombrare il campo dall'idea che le credenziali costituiscano un bene giuridico liberamente trasmissibile dal titolare nell'esercizio di un potere proprio di disposizione. La prospettiva dominicale, infatti, mal si concilia con la funzione delle credenziali e con il loro essere semplicemente una modalità di esercizio di prerogative contrattuali, atteso che esse non hanno alcuna autonomia al di fuori di questa prospettiva, né in quanto tali alcun valore economico. Intanto le credenziali sono uniche ed esclusive per ciascuno dei rapporti cui si riferiscono, e vengono create al momento nel quale il contratto tra utente e provider si perfeziona; ancora, hanno la funzione di identificare l'utente del servizio contrattualmente stabilito, nonché di consentirgli l'accesso effettivo ai servizi e attribuirgli (la titolarità de)gli atti e le operazioni compiuti nella piattaforma, con tutte le relative conseguenze giuridiche in punto di diritti, obblighi e responsabilità. Esse dunque sono assoggettate alla "legge" del contratto cui si riferiscono e ne seguono la sorte, ed il loro valore è definibile soltanto per *relationem*, con riferimento cioè ai contenuti che "aprono". Quando si parla di trasferimento di *password* relative a risorse *on line*, pertanto, si usa un'espressione sintetica per riferirsi ad operazioni che, comunque e a vario titolo, riguardano i dati e i rapporti alla gestione dei quali quelle *password* danno accesso. Non è del resto un caso che la più parte delle condizioni generali di contratto e/o di rilascio di credenziali ne prevedano l'intrasferibilità a terzi, accompagnata da obblighi di custodia e responsabilità per uso improprio ³⁴.

³³ Non ci si occupa in questo contesto delle *password* create direttamente da un soggetto per accedere ai dati digitali conservati in un personal computer o in altri supporti fisici di "proprietà" dello stesso. Sebbene anche in questo caso le *password* altro non siano che le chiavi di accesso al contenuto del supporto, non si tratta di chiavi di identificazione del titolare di una prestazione di servizio erogata da un professioni-

sta sulla base di un contratto, bensì il più delle volte di strumenti (facoltativi) per assicurare la riservatezza dei propri documenti. Il cessionario o l'erede di quei supporti avrà dunque tutto il diritto di accedere ai contenuti con qualunque tecnica (U. BECHINI, *Password, credenziali*, cit., p. 3).

³⁴ U. BECHINI, *Password, credenziali*, cit., si chiede se le *password* possano assimilarsi ad una firma elettronica ai sensi

Chiarito questo aspetto, torniamo ad occuparci dei possibili atti di disposizione *mortis causa* dei rapporti *on line* secondo la distinzione indicata.

4.1. *Atti di disposizione in materia di rapporti patrimoniali per testamento o mediante altri atti.*

Per questi rapporti, trattandosi in linea di principio di posizioni trasmissibili al pari di quelle *off line*, non si vedono problemi di sorta nel poterne disporre in sede testamentaria, e nemmeno nel regolare la trasmissione dell'eventuale *password* necessaria ad accedere al sito. Nel senso che, la *password* può essere trasmessa al designato già attraverso il testamento³⁵; ovvero, ove il contratto di servizio ne prevedesse l'intrasferibilità, o questa fosse oggettivamente intrasferibile in quanto, ad esempio biometrica, l'erede o legatario designato avrebbe certamente il diritto ad ottenerne un'altra per l'effettivo subentro nella posizione³⁶. Non è poi da escludere che il *de cuius* possa nominare un esecutore testamentario per la gestione di questi rapporti secondo le istruzioni contenute nel testamento³⁷.

Per altro verso, è forse il caso di precisare che, ad ammettere la piena appartenenza di questi rapporti all'asse ereditario, qualora

della disciplina di cui al Codice per l'amministrazione digitale, per concludere in senso negativo (a causa della mancanza dei dati tecnici ulteriori richiesti per la ricorrenza di una firma digitale), e proporre piuttosto un'analogia — che sembrerebbe appropriata — con i documenti di legittimazione di cui all'art. 2002 del codice civile. Altre indicazioni nel senso ipotizzato nel testo, si trovano in L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, pp. 144, 146 ss., il quale opportunamente differenzia e analizza le diverse ipotesi di disposizione *mortis causa* di una *password* in relazione ai possibili intenti del *de cuius* e al carattere patrimoniale o meno della singola disposizione. In argomento si veda anche la rassegna contenuta nello Studio 6-2007/IG della Commissione Studi di Informatica Giuridica del CNN, *Password, credenziali e successioni mortis causa*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, p. 633.

³⁵ Sebbene ciò non venga consigliato per via della inevitabile perdita della segretezza che la pubblicazione del testamento comporterebbe: per tutti, G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., p. 916; U. BECHINI, *op. cit.*, passim, secondo il quale la soluzione migliore in questi casi sarebbe quella di designare in mandatario *post-mortem*, incaricato di far pervenire le credenziali al

designato o di chiederle al provider per poi consegnarle al designato.

³⁶ Scrive L. DI LORENZO, *Il legato di password*, cit., p. 145 ss., che la cessione delle credenziali deve ritenersi in linea di principio libera, salvi eventuali divieti contrattuali, e che la stessa, quando avvenga a mezzo di disposizione testamentaria, si configura per l'appunto come legato a contenuto atipico, del quale bisogna altresì interpretare esattamente l'intento. E precisamente, se il testatore abbia inteso semplicemente consentire l'accesso per lo svolgimento di attività gestoria, oppure se abbia inteso attribuire la titolarità dei diritti cui la *password* dà accesso. Solo quest'ultimo caso sarebbe qualificabile come legato di relatio (pp. 149, 150 ss.). Le ipotesi prospettate dall'A. sono quelle del legato di *password* che danno accesso ad un conto corrente *on line*; oppure ad un server *on line* che custodisce files o altri dati digitali di "proprietà" del *de cuius* (non quelli che il *de cuius* utilizzava in virtù di una licenza), inclusi *know how* o altre informazioni riservate; oppure ancora ad un server che custodisce opere inedite del *de cuius*, nel qual caso sarà applicabile l'apposita disciplina di cui alle legge sul diritto d'autore.

³⁷ A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, cit., pp. 529, 531 ss.

il *de cuius* ne disponesse *mortis causa* o ne avesse già disposto in vita nei confronti di uno degli eredi o di un terzo (ove possibile in base al contratto), in relazione alla struttura dell'atto e alle circostanze della successione si renderebbe applicabile quella o l'altra disciplina del diritto successorio: dalla collazione per lesione di legittima, alla nullità *ex art. 458* se il patto fosse qualificabile come successorio.

Ciò in linea di principio. Più nel dettaglio, la prassi sviluppata nel mondo digitale, anche per l'avvento di providers professionali dedicati a tale tipo di servizio, conosce l'utilizzo di varie figure ricondotte al modello del mandato *post mortem*, per il tramite delle quali il *de cuius* provvede in vita (cioè con un negozio *inter vivos*) ad incaricare un terzo affinché — dopo la sua morte — costui compia per suo conto atti giuridici determinati. Per tale ragione il contratto e il mandato sono definiti *post mortem* ³⁸.

La questione non è semplice. Abbandoniamo per un istante il veloce e flessibile mondo digitale e immergiamoci in quello un po' più rigido del diritto civile tradizionale.

Le questioni sollecitate dalla figura del mandato *post mortem* in punto di legittimità sono sostanzialmente due. La prima viene dal fatto per il quale il mandato è contratto tipicamente fiduciario, e perciò ai sensi dell'art. 1722, n. 4, si estingue di regola alla morte del mandante. La seconda viene dalla compatibilità di tale atto con il diritto successorio e specificamente con il divieto dei patti successori ³⁹.

Cominciando dalla prima, precisato che la figura di cui parliamo è un "normale" contratto di mandato che si perfeziona *inter vivos*, quando il mandante è ancora in vita, prevedendo tuttavia che l'incarico debba svolgersi dopo la morte del mandante ⁴⁰, non occorre soffermarsi più di tanto per riferire che la dottrina ha

³⁸ Il fenomeno è quello per il quale gli stessi providers gestori della piattaforma (da Google a Facebook) predispongono servizi ad hoc mediante i quali gli utenti sono invitati ad indicare in vita il nominativo della persona alla quale trasmettere le credenziali per l'accesso dopo la morte, al fine di svolgere le attività indicate dall'utente. Torneremo su queste figure, che riguardano prevalentemente i rapporti digitali personali. Altri servizi sono quelli offerti da providers specializzati nel conservare credenziali di qualsiasi tipo e poi trasferirle alla persona indicata dal depositante, dopo la sua morte. Per informazioni sul punto si vedano G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., p. 917; M. CINQUE, *op. cit.*, p. 652.

³⁹ Sulla figura del mandato *post mortem* si veda F. PENE VIDARI, voce *Contratti post mortem*, in *Digesto disc. Privatistiche*, sez. Civile, Torino, 2003, p. 4 16; V. PU-

TORTI, *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 737, ed ivi altre indicazioni bibliografiche; F.A. MONCALVO, *I negozi "connessi alla morte"*. Il mandato *post mortem*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 225 ss.; M. IEVA, *La successione testamentaria*, in *Le successioni e le donazioni*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, vol. II, I, p. 154; A. CIATTI CAIMI, *Mandato e regolamentazione di interessi post mortem*, in *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2015, p. 594; e già F. GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 827.

⁴⁰ Distinguendosi in ciò dal mandato contenuto nel testamento, il quale è un atto unilaterale che dovrà essere accettato dal

ritenuto superabile questo (presunto) effetto del carattere fiduciario del rapporto, sia per le eccezioni che lo stesso codice prevede alla estinzione del rapporto per morte del mandante; sia perché la ratio della norma in questione non sembra impedire una deroga pattizia alla estinzione in caso di morte del *de cuius*, nella quale ipotesi peraltro gli eredi che subentrano non potrebbero che rispettare tale volontà ⁴¹. In quanto tale, dunque, il carattere fiduciario del mandato non osta a che lo strumento possa essere utilizzato allo scopo di incaricare un terzo della custodia delle credenziali utili per accedere ad una piattaforma grazie alla quale il *de cuius* svolgeva operazioni economiche.

La seconda questione è invece molto più spinosa e complessa, perché l'eventuale ricorso al mandato *post mortem* quale contratto funzionale al fine della "consegna" delle credenziali che danno accesso ai vari dati digitali, realizza certamente l'interesse del *de cuius* ad una maggiore riservatezza; e però pone il problema di stabilire con certezza che il contratto non si ponga in contrasto con il principio generale e imperativo per cui la ricchezza si trasferisce *mortis causa* esclusivamente per testamento o per legge (art. 457, c. 1); e che lo stesso non realizzi contestualmente un negozio in frode al divieto di patti successori, e perciò radicalmente nullo (art. 458).

A tale scopo, diventa perciò cruciale verificare il contenuto esatto dell'incarico conferito al mandatario in merito all'utilizzo delle credenziali e dei contenuti cui esse danno accesso.

Ora, ricordando che si sta in questa sede analizzando il problema con riferimento ai rapporti on line a carattere patrimoniale, al fine di evitare la nullità del mandato *post mortem*, la verifica postulata deve escludere che lo stesso sia stato utilizzato dal *de cuius* per realizzare scopi prettamente dispositivi e attributivi di diritti sui dati contenuti nella piattaforma (informazioni riservate, come beni digitali in senso stretto) e/o sui beni cui il servizio erogato dal provider a sua volta dà accesso (ad esempio, i fondi di un conto corrente bancario), cioè — in altre parole — per far pervenire a terzi non contemplati in un testamento beni dell'asse ereditario, ciò che infatti avverrebbe semplicemente mediante il trasferimento delle credenziali da parte del mandatario successivamente alla morte del mandante. In tal caso, il terzo "erediterebbe" gli asset digitali per effetto di un atto tra vivi intercorso tra il *de cuius* in veste di mandante e il mandatario, e non per effetto di un negozio testamentario, così violandosi l'art. 457 cod. civ. Analogamente, dovrebbe reputarsi nullo l'accordo fra il *de cuius* e il terzo beneficiario, che preveda l'acquisto

mandatario, una volta pubblicato il testamento.

⁴¹ F.A. MONCALVO, *op. cit.*, pp. 232, 233 ss.

dell'asset digitale al momento della morte e per il tramite di un altro precedente contratto tra lo stesso *de cuius* e un mandatario, avente ad oggetto la consegna delle credenziali al terzo parte del primo accordo, la cui nullità renderebbe il mandato *post mortem* quantomeno privo di effetti ⁴².

Alla stregua di tali limiti che gli artt. 457 e 458 cod. civ. pongono all'autonomia negoziale del *de cuius*, il mandato *post mortem* potrebbe allora essere validamente utilizzato soltanto per attività meramente esecutive di accordi *dispositivi già conclusi e perfezionati in vita* dal mandante/*de cuius*, oppure di disposizioni testamentarie particolari, le quali richiedessero meri atti materiali di esecuzione dopo la morte, ad esempio la mera consegna delle credenziali al soggetto che ha già acquistato validamente (inter vivos o *mortis causa*), per potere entrare in possesso dei dati cui le credenziali danno accesso ⁴³. La ragione pratica di ricorrere ad un simile strumento sarebbe — come già detto — quella della riservatezza e della maggior custodia delle credenziali, effetti che potrebbero non essere assicurati dalla indicazione delle credenziali nel testamento e/o dalla mera conservazione delle stesse da parte del *de cuius* in un luogo non protetto.

4.2. La gestione post mortem dei rapporti non patrimoniali.

Affrontando questa tematica ci riavviciniamo alle considerazioni offerte in apertura di questo intervento. Ci occupiamo infatti dei dati digitali che vengono ad esistenza prevalentemente nei social networks, o comunque attraverso piattaforme che consentono di instaurare comunicazioni o relazioni *on line* che non hanno contenuto patrimoniale, che rimangono tuttavia nella gestione e disponibilità del provider, ma che sono legati alla libera formazione ed esplicazione anche in rete di una propria identità personale, nominata o anonima che sia; e che possono infine anche riguardare terze persone.

Prima di stabilire se e con quali mezzi negoziali il titolare dei dati possa lasciare istruzioni in merito alla loro sorte per dopo la

⁴² G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., p. 918; F.A. MONCALVO, *Negozi connessi alla morte*, cit., p. 236; A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, cit., p. 531; L. DI LORENZO, *Il legato di password*, cit., p. 147, nota 14; U. BENCHINI, *Password, credenziali*, cit., *passim*; M. CINQUE, *La successione nel patrimonio digitale*, cit., p. 654.

⁴³ La conclusione è condivisa dagli autori citati in nota precedente. Chiarisce V. PUTORTI, *Mandato post mortem*, cit., p. 743, che il tratto distintivo tra negozi *mortis causa* e negozi *post mortem* sta nella funzione svolta dall'elemento "morte", a se-

conda che lo stesso si ponga come causa dell'attribuzione o come termine di differimento dell'effetto del negozio; in questo secondo caso, è ben possibile ritenere valido il mandato *post mortem*. Aggiunge F.A. MONCALVO, *Negozi connessi alla morte*, cit., p. 238 ss., che il mandato *post mortem*, confinato entro i limiti suddetti, non sarebbe nemmeno revocabile da parte degli eredi, pur subentrati nella posizione *de cuius*, perché l'incarico atterrebbe a operazioni patrimoniali già perfezionate in capo a terzi soggetti, i cui diritti non potrebbero essere vanificati da un atto degli eredi.

propria morte, occorre mettere in evidenza taluni elementi il cui peso dovrà essere considerato anche ai fini di un eventuale bilanciamento.

In primo luogo, occorre per un momento ritornare sulla “natura” giuridica dei contratti mediante i quali i rapporti e i dati di cui parliamo vengono a costituirsi. Si è già messo in evidenza quanto controversa sia la qualificazione degli stessi⁴⁴, già in punto di teoria generale del contratto, e senza che si debba far ricorso ad una qualificazione in senso tipologico. Occorre adesso riprendere quelle considerazioni al fine di chiedersi “se” e “di cosa” esattamente l’utente possa eventualmente disporre *mortis causa*, cioè in autonomia, in relazione a siffatti contratti.

Si è già ricordato che a fronte della prestazione dei servizi offerti dal provider (servizi da iscriversi comunque a quelli della “società dell’informazione” come qualificati dalla Direttiva 2000/31CE) non c’è di solito alcuna controprestazione in denaro richiesta all’utente, che pertanto ne fruisce gratuitamente. Questa apparente asimmetria è compensata in primo luogo dal fatto che i providers mettono a disposizione il servizio “as is”, senza assumere obbligazioni inerenti al funzionamento del sistema, e poi dalla conseguente diffusa “irresponsabilità” che — in ragione di ciò — essi si assicurano su tutti i piani attraverso le condizioni di contratto⁴⁵.

Ma in verità, come prima si accennava, quella or ora riportata è una rappresentazione imperfetta, e non solo sul piano della qualificazione, del rapporto tra utente e provider, tanto è vero che, ad un’analisi un po’ meno superficiale, essa si infrange proprio su di uno scoglio fondamentale, quello dell’elemento causale del contratto. Per superare anche questo scoglio, occorre

⁴⁴ *Supra*, nota 24.

⁴⁵ In argomento, ancora S. Sica, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites*, cit., passim, ma anche R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 93 ss., il quale analizza le più diffuse condizioni generali di contratto praticate dai “prototipi” di social network, per mettere in evidenza il profilo della irresponsabilità del provider a fronte della gratuità del servizio, fino al punto di chiedersi se davvero un contratto così povero di obblighi sia ancora un “contratto”; F. ASTONE, *Il rapporto fra gestore e singolo utente: questioni generali*, *ibidem*, p. 102 ss., il quale invece, alla ricerca di un profilo causale del rapporto che ritiene non possa esaurirsi nella dimensione meramente bilaterale, per la sua insufficienza rispetto al modo in cui il sistema dei social funziona nella realtà, apre a considerazioni che portano rilevanza al fatto per cui è la moltitu-

dine dei rapporti orizzontali fra gli utenti l’elemento che rende possibile una comprensione e poi forse una qualificazione giuridica sistematica di questi rapporti, alla stregua di un’ottica (in qualche modo) associativa e “di rete”. Solo in questa dimensione, infatti, assumerebbe rilevanza giuridica anche la posizione del “terzo invitato” in ragione dei cui interessi l’intero sistema funziona: l’inserzionista pubblicitario, quello che — a pagamento, questa volta — acquista gli spazi della piattaforma e studia e cattura per i suoi scopi tutti i comportamenti degli utenti. Ma sul punto, oltre che S.A. CERRATO, *I rapporti contrattuali (anche associativi) tra i soggetti del social network*, *ibidem*, pp. 168, 182 ss., vedi immediatamente oltre nel testo. Per una analitica descrizione delle clausole dei social più diffusi vedi anche A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili*, op. cit., p. 8 ss.

fare un passo ulteriore, ed ammettere che il consenso — se tale può davvero chiamarsi — dato dall'utente al momento della sua registrazione nel sito concerne la possibilità che, per il tramite del provider, *la sua stessa persona sia fatta oggetto dello scambio*. Lo scambio assai singolare tra lo spazio e i servizi di comunicazione offerti dal provider per interagire e comunicare liberamente e continuamente con un numero indefinito di utenti amici, e il disvelamento della propria personalità, in tal modo “messa a disposizione” dei sistemi di profilazione che costantemente tracciano e rielaborano i comportamenti sviluppati nei social.

In tal senso, è vero quanto si diceva in apertura di questo lavoro in ordine al fatto che la digitalizzazione “separa” l'individuo dai suoi dati personali, nella misura in cui conferisce a questi ultimi una “forma” che li rende suscettibili di essere trasportati e utilizzati in quanto tali; ma è anche vero che, in base a quanto adesso osservato, gli stessi dati vengono poi riuniti nel “profilo”, e generano una persona elettronica, o più persone elettroniche, che rimangono nella disponibilità del provider, o meglio dell'inserzionista, per la soddisfazione dei suoi scopi commerciali. Ciò è quanto taluno definisce il lato più “oscuro” e preoccupante” del sistema dei social: quello della patrimonializzazione dell'individuo, che diviene egli stesso “moneta di scambio”, soggetto e oggetto del contratto, all'interno di una logica che dietro la falsa gratuità del servizio fornito cela un autentico spirito di profitto, ampiamente testimoniato dal volume d'affari messo in moto dai social ⁴⁶.

In questa chiave, d'altra parte, si spiegano alcune clausole ricorrenti nelle condizioni generali dei social. Innanzitutto quelle che — in un certo senso — *obbligano* l'utente a creare il profilo (e a decidere il livello di privacy da adottare) e poi ad implementarlo con un numero sempre maggiore di informazioni; unitamente a quelle che riservano *anche* al provider (oltre che all'utente) il diritto di recedere, quello di disattivare l'account non utilizzato o sospendere i servizi *ad nutum* e senza motivazione, ed ancora il diritto di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali; ed infine le clausole che lo lasciano sostanzialmente arbitro anche di trattenere nella piattaforma i dati che l'utente ha cancellato o che vuole trasportare su altra piattaforma ⁴⁷. Tutte condizioni che, a dispetto dello spirito di leale collaborazione evocato, consegnano esclusivamente al provider e alla sua logica prettamente economica (si ricordi che lo stesso — a fronte dell'assenza di corrispettivo pecuniario — non assume praticamente alcun obbligo) il potere di governare i flussi di dati personali in

⁴⁶ S. SICA, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites*, cit., passim.

⁴⁷ Per la descrizione delle clausole in-

dicare e di altre più frequentemente utilizzate, si vedano i contributi citati nella nota 44.

navigazione nella piattaforma anche attraverso l'esclusione degli utenti "inutili" perché inattivi, o poco attivi sul fronte della implementazione del profilo: inutili dunque perché non funzionali al sistema di raccolta ed elaborazione continue dei comportamenti sul quale i social si fondano e prosperano.

Quanto osservato non vuole essere una critica di principio al sistema dei social networks, quanto semplicemente un'analisi intesa ad evidenziare la stretta afferenza di questi rapporti al profilo della personalità del soggetto utente, anzi ad un suo diritto fondamentale, quello all'esplicazione libera della propria personalità in qualunque sede e contesto, e massimamente in INTERNET. Al di là della valutazione che possa darsi, sul piano etico, dei sistemi di social così strutturati⁴⁸, e al di là del fatto — certamente da correggere senza indugio — che i relativi contratti sembrano muoversi in una sorta di limbo giuridico difficilmente raggiungibile da regole di protezione effettiva degli utenti⁴⁹, resta primaria la considerazione per la quale essi sono e restano strumenti di esplicazione della personalità individuale e della libertà di pensiero⁵⁰, secondo quello che è il contenuto dei vari *bill of rights* di matrice interna e internazionale, specie di soft law⁵¹, fin qui disponibili.

Questa considerazione serve ad istituire una tendenziale gerarchia fra gli interessi dell'utente "titolare" dei dati ad un loro controllo *anche dopo la sua morte*, e quelli dei providers, che agiscono in virtù di una logica commerciale e di mercato, seppur — come e nel senso illustrato — a titolo gratuito. Ai primi dovrebbe riconoscersi una posizione di primazia sui secondi, una primazia che — in linea di principio — non potrebbe non essere tenuta in considerazione nella gestione dei rapporti *post mortem* fra i providers e gli eredi o parenti dell'utente defunto.

⁴⁸ Non è su questo aspetto che si intende condurre il ragionamento. La configurazione dei contratti di social andrebbe corretta sul piano di un riequilibrio giuridico dei diritti e degli obblighi delle parti, e più ancora sul piano della manifestazione del consenso e della (ir)responsabilità dei providers.

⁴⁹ Ciò in particolare per effetto delle clausole di scelta della legge applicabile e di giurisdizione, imposte dal provider con riferimento alla legge del suo territorio (spesso stati degli USA). Sul punto, ampiamente, F. ASTONE, *Il rapporto fra gestore e singolo utente*, cit., p. 119 ss.

⁵⁰ A.R. POPOLI, *Social network e concreta protezione dei dati sensibili*, cit., p. 6 ss.; S. LANDINI, *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2017, p. 180.

⁵¹ Fra tutti, la Dichiarazione dei Diritti in INTERNET, testo elaborato dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad INTERNET, presso la Camera dei Deputati, nel 2015, con gli auspici di Stefano Rodotà, visibile nel sito http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf (ultimo accesso 10 dicembre 2017). Nell'art. 1 si legge che "Sono garantiti in Internet i diritti fondamentali di ogni persona riconosciuti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dalle costituzioni nazionali e dalle dichiarazioni internazionali in materia". Per la posizione dell'UE, si vedano le indicazioni riferite da P. GALDIERI, *Il trattamento illecito del dato nei social network*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2697.

Dunque la risposta al quesito dal quale siamo partiti in questa ultima fase di riflessione, “se” e “di cosa” esattamente l’utente possa eventualmente disporre *mortis causa*, è impostata: l’utente ha certamente il diritto di disporre in ordine ai dati della sua personalità generati attraverso l’uso del social, nelle forme e secondo le modalità che ritiene di dover scegliere.

Sull’esercizio di questo primario diritto, non ha incidenza la circostanza per la quale — giuridicamente — non sia predicabile con certezza la qualificazione di questi dati personali come beni giuridici⁵² oggetto della titolarità piena del soggetto privato che li genera secondo suoi precisi atti di volontà. Come già accennato, è controversa la questione se le informazioni e i dati digitali siano beni giuridici a tutti gli effetti. Mancherebbe infatti la piena esclusività del titolare, essendo i dati sostanzialmente nella disponibilità (anche) del provider, secondo clausole standard accettate dall’utente, sicché gli stessi si presentano come risorse a consumo non rivale e non esclusivo. E tuttavia, si ribadisce, ciò non ha alcuna influenza sulla eventuale trasmissibilità non tanto dei dati digitali in se stessi⁵³, quanto del diritto di conservare il controllo del loro uso e della loro circolazione dopo la morte: in questo caso, della loro permanenza come elementi del profilo nel web, o della loro cancellazione, ovvero dell’acquisizione nella disponibilità da parte degli eredi che ne avessero un interesse qualificato; uniche circostanze queste che possono verificarsi alla morte dell’utente e che possono al tempo stesso coinvolgere o interessare il provider.

In conclusione, le precedenti precisazioni servono ad argomentare come, seppur i dati digitali a carattere personale (e non patrimoniale) siano oggetto di un contratto di natura fiduciaria, intrasmissibile e perciò non disponibile *mortis causa* dall’utente che ne è parte; e sebbene tali dati non abbiano la natura certa di beni giuridici di proprietà dell’utente defunto, ciononostante non può negarsi la capacità dell’utente di disporre in vita della sorte di questi dati, e il diritto perciò di dare istruzioni ad un fiduciario o agli eredi sugli atti da compiere dopo la sua morte per amministrare la sua identità quale formatasi in rete.

In altre parole, pur se il contratto si chiude, e in relazione alle modalità con le quali le relative clausole prevedono la chiusura del rapporto, si può e si deve tener conto della volontà del *de cuius* eventualmente espressa prima della morte in ordine alla sorte dei dati personali immessi nella piattaforma.

⁵² Ci si è occupati del tema, indietro nel testo par. 1 in fine e specificamente nota 13.

⁵³ Cosa a dire il vero difficilmente immaginabile, essendo l’insieme dei dati un

tutt’uno inscindibile dal contesto del profilo e delle comunicazioni e condivisioni realizzate dall’utente con gli “amici” o “followers”.

Ciò in ordine al “se” dell’esercizio dell’autonomia *mortis causa*.

Quanto al “come”, l’utente può lasciare istruzioni (conformi al contratto) su come gestire il profilo e i relativi dati che lo compongono: cancellarli in tutto o in parte, consegnarli ai parenti stretti o ad alcuni eredi, lasciarli in rete accettando una certa modalità di permanenza come il profilo commemorativo di Facebook, chiudere l’account, ecc.

Non è difficile nemmeno individuare, almeno nel diritto italiano, le forme che tali disposizioni di ultima volontà possono assumere. In primo luogo il testamento, rispettandone le forme e nominando o meno un esecutore testamentario ad hoc ⁵⁴; in tal caso potendosi avvalere della facoltà garantita nel 2° comma dell’art. 587 ⁵⁵.

In secondo luogo, attraverso il mandato *post mortem exequendum*, per l’uso del quale questa volta, trattandosi di dati personali e non di risorse patrimoniali, non dovrebbero porsi problemi di sorta, né dal punto di vista della disciplina del mandato, né da quello del diritto successorio ⁵⁶. Ciò potrebbe avvenire anche al momento della conclusione del contratto di servizio, qualora il provider avesse previsto una clausola che permette all’utente di

⁵⁴ In argomento, M. CINQUE, *La successione nel “patrimonio digitale”*, cit., p. 654; V. ZENO ZENCOVICH, *La successione nei dati personali*, cit., p. 451; A. MAGNANI, *L’eredità digitale*, cit., p. 529 ss.; L. DI LORENZO, *Il legato di password*, cit., p. 147.

⁵⁵ Si parla in tal caso di contenuto atipico del testamento, per indicare le disposizioni di natura non patrimoniale che il *de cuius* può inserire nell’atto testamentario o in un altro atto di ultima volontà non contenente disposizioni patrimoniali. Uno studio recente ha proposto con persuasive argomentazioni l’idea per la quale il testamento non costituisce l’unico atto di ultima volontà ammesso dal nostro ordinamento, ma soltanto l’unico atto attraverso il quale si può esercitare la funzione di istituzione di erede o di legato, mentre tutti gli altri profili successori della persona, personali e non incidenti sulla delazione ereditaria, possono essere regolati con altri atti diversi dal testamento, la cui forma andrebbe volta per volta stabilita, ove la legge non abbia disposto il proposito. In tal senso V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 319, e poi p. 334, in particolare nota 37. Successivamente l’Autore fa esplicito riferimento a Facebook e alla policy *post mortem* offerta dal più noto dei social in ordine alla scelta della sorte del proprio account dopo la propria morte e alla possibilità di nominare un “contatto erede” (p. 341 ss.), per concludere che trattasi di atti di ultima

volontà sulle sorti del proprio patrimonio digitale, e che in ogni caso le questioni inerenti i dati di Facebook, come quelli di qualunque altro social, non possono essere affrontate in un’ottica proprietaria, ma secondo “una prospettiva e una logica tipicamente personalistica”. Di qui, infine, la positiva valutazione delle clausole e delle modalità consentite attraverso la scelta del “contatto erede”. Dello stesso autore si veda anche il contributo *Atti di disposizione e pianificazione ereditaria*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2017, p. 399. Sul tema si vedano infine, più in generale, G. MUSOLINO, *Il testamento e le disposizioni non patrimoniali. Profili di interpretazione alla luce della dialettica fra tipicità e atipicità*, in *Riv. Notariato*, 2017, p. 5 ss.; N. DI MAURO, *Contenuto e funzione del testamento*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, p. 354.

⁵⁶ In tal senso, senza dubbi, F.A. MONCALVO, *Negozi connessi alla morte*, cit., p. 237 ss., che indica i casi del mandato diretto a regolare le modalità della sepoltura (sulla quale ipotesi vedi Cass., 23 maggio 2006, n. 12143, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2007, p. 496, con nota di A. ANSALDO, *In tema di mandato post mortem*, p. 497; e già Tribunale di Palermo sez. I 16 marzo 2000, in *I contratti*, 2000, p. 1101, con nota di G. Bonilini) o della cremazione del mandante; U. BECHINI, *op. cit.*, p. 6; V. PUTORTI, *Mandato post mortem*, cit. p. 743; G. RESTA, *La “morte” digitale*, cit., p. 918 ss.; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Famiglia, persone e successioni*,

indicare un fiduciario o di stabilire la sorte dei dati per dopo la propria morte, incaricando di ciò una persona determinata. In tal caso, anche il provider potrebbe svolgere le funzioni di mandatario *post mortem*.

In ogni caso, in ragione di tutto quanto fin qui argomentato con riferimento alla stretta attinenza dei dati creati nelle piattaforme alla personalità del *de cuius*, la sua volontà sulla sorte dei dati dovrebbe prevalere su quella eventualmente manifestata dai parenti o eredi, ad esempio attraverso l'esercizio delle facoltà di cui all'art. 9 del Codice della privacy, a meno che il contrario interesse da questi opposto non imponga un diverso bilanciamento (es. interesse alla loro reputazione)⁵⁷.

Abstract

The paper aims to analyze some aspects of the relation between social networks (or other digital platforms) and the personal identity manifestations. The expression “digital inheritance” describes a new phenomenon, the possibility for heirs or other interested parties to have access to the deceased person’s individual data. In this framework, the paper examines the rules applicable to digital personal data after the death in either case the “owner” has decided (e.g. by the will or the so called mandatus post mortem) the fate of them during his/her life or in the case there is no specific provision.

2011, p. 685 e poi p. 693 e tutti gli autori già citati nella precedente nota 53.

⁵⁷ Si veda al proposito la decisione del

tribunale di Palermo, citata nella nota precedente, sebbene in materia di disposizioni sulla propria sepoltura.