

GIORGIO RESTA

LA 'MORTE' DIGITALE

SOMMARIO: 1. Dal diritto all'oblio all'oblio eterno: il problema della 'morte' digitale. — 2. Le controversie portate all'attenzione della giurisprudenza. — 3. La tutela postmortale della personalità in rete e la questione della *privacy* postuma. — 4. La successione nei beni e nei rapporti digitali. — 4.1. I dati incorporati in un supporto fisico. — 4.2. I diritti di proprietà intellettuale. — 4.3. Le posizioni contrattuali. — 4.4. Un problema aperto: gli *account* di posta elettronica. — 5. I limiti dell'autonomia privata e il mandato *post mortem* digitale.

1. DAL DIRITTO ALL'OBLIO ALL'OBLIO ETERNO: IL PROBLEMA DELLA 'MORTE' DIGITALE.

“Internauti, pentitevi: la fine della *privacy* è prossima”¹. Con questa frase si apre uno degli articoli più recenti dedicati al tema della tutela della *privacy*. Il tono è quello apocalittico, che si ritrova in molti altri contributi in materia² e che, a ben vedere, si giustifica più con l'intento di attirare l'attenzione del lettore tramite una frase ad effetto che non con quello di esprimere un giudizio definitivo su un fenomeno oggettivamente complesso e che resiste alle semplificazioni. Tuttavia è indubbio che ci troviamo oramai in presenza di una profonda trasformazione del contesto sociale e tecnologico presupposto dalle regole giuridiche e che la disciplina in materia di protezione dei dati personali è chiamata a interagire con un ambiente sensibilmente mutato, tanto da dar vita a tensioni e conflitti crescenti³. Molteplici sono i fattori alla base di tale cambiamento. Se ne possono indicare alcuni a titolo meramente semplificativo: il passaggio al *Web 2.0*, che rende oltremodo labili i confini tra lo *status* di ‘titolare’ e di ‘interessato’

* Il presente scritto è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente il Comitato Scientifico dei Referenti della Rivista secondo le correnti prassi nella comunità dei giuristi.

¹ B. BOYDEN, *Regulating at the End of Privacy*, in 2013 U. Chi. L. Forum 173 (2013).

² Ad es. G. GRAHAM SCOTT, *The Death of Privacy. The Battle for Personal Privacy in the Courts, Media, and Society*,

Bloomington (In), 2008; R. WHITAKER, *The End of Privacy: How Total Surveillance Is Becoming a Reality*, New York, 1999.

³ In luogo di molti v. l'esauritivo panorama offerto da G. SPINDLER, *Persönlichkeitsschutz im Internet — Anforderungen und Grenzen einer Regulierung*, in *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Band I, München, 2012, Gutachten F, 1 ss., 29 ss.

al trattamento (tanto da far rievocare anche in questa materia la formula del “prosumerismo”)⁴; il fenomeno dell’accesso sistematico da parte dei poteri pubblici ai dati relativi a terzi detenuti da soggetti privati⁵; la diffusione di nuove e sempre più invasive tecnologie della sorveglianza⁶. Fra di essi, però, vi è un elemento particolarmente rilevante, che non sempre viene sufficientemente considerato, o che viene analizzato soltanto da angolazioni parziali. Si allude al problema della tendenziale *perennità* dei dati e delle informazioni immessi nelle reti telematiche⁷.

Se un tempo era difficile ricordare — si sente spesso ripetere — oggi è arduo dimenticare. La ragione di ciò non sta tanto nella natura del messaggio, o in un particolare sviluppo delle capacità mnemoniche dei c. d. nativi digitali, quanto nelle caratteristiche intrinseche del mezzo tecnologico. Le modalità organizzative delle reti telematiche e in particolare dei motori di ricerca, assieme alle enormi capacità di calcolo dei moderni elaboratori elettronici, fanno sì che un dato immesso in un qualsiasi punto della rete, per quanto periferico, sia suscettibile di rimanere nella disponibilità degli utenti per un periodo di tempo indefinito⁸. Ciò rappresenta evidentemente un *vulnus* per la sfera della persona, poiché il flusso di informazioni che la riguardano si trova non soltanto disperso in una molteplicità di banche di dati, ma si proietta anche su uno spazio temporale notevolmente ampio. Di riflesso, si produce una condizione di dissociazione tra la persona ‘reale’ e il suo doppio ‘virtuale’. Sul piano sincronico i dati personali risultano accumulati in una pluralità di archivi, con la conseguenza che il soggetto che voglia ricostruire una immagine fedele del proprio io dovrà cercare di ricucire insieme — con l’ausilio indispensabile, ma spesso insufficiente del diritto — pezzi parziali di identità elettronica, nell’intento di dar vita ad una ‘rappresentazione telematica’ il più possibile coerente ed unitaria⁹. Sul piano diacronico la persona è, invece, destinata a confrontarsi

⁴ G. MARINI, *Diritto alla privacy*, in A. BARBA - S. PAGLIANTINI, *Delle persone*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, 199 ss., 250; G. SPINDLER, *Persönlichkeitsschutz im Internet — Anforderungen und Grenzen einer Regulierung*, cit., 11 ss.; v. anche L. ANDREWS, *I Know Who You Are and I Saw What You Did: Social Networks and the Death of Privacy*, New York, 2012; J.D. LIPTON, *Mapping Online Privacy*, in 104 *Northwestern U. L. Rev.* 477 (2010).

⁵ F.H. CATE - J. DEMISEY - I. RUBINSTEIN, *Systematic government access to private - sector data*, in 2 *Int’l Data Privacy L. Rev.* 195 (2012).

⁶ N.M. RICHARDS, *The Dangers of Surveillance*, in 126 *Harvard L. Rev.* 1934

(2013); D.J. SOLOVE, *Understanding Privacy*, Cambridge - London, 2008, 106 ss.

⁷ G. SPINDLER, *Persönlichkeitsschutz im Internet — Anforderungen und Grenzen einer Regulierung*, cit., 15; V. MAYER - SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton, 2011.

⁸ G. SPINDLER, *Persönlichkeitsschutz im Internet — Anforderungen und Grenzen einer Regulierung*, cit., 35.

⁹ Sul punto sono fondamentali le pagine di S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, II ed., Roma - Bari, 2004, 139 ss.; Id., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 ss.

con un'immagine di sé imperfetta, o paradossalmente troppo perfetta, perché inestricabilmente legata alle vicende del passato. Se la pluralità degli archivi informativi restituisce in un determinato momento storico un'immagine della persona altamente frammentata (comparendo costui, nelle varie banche dati, con il profilo di consumatore, risparmiatore, utente di servizi informativi, cittadino impegnato, *fan* di un cantante o di un gruppo politico, appartenente ad una confessione religiosa, vegetariano, malato, etc.), la persistenza dei dati immessi in rete implica una costante riproposizione di informazioni spesso obsolete e dunque una pesante compressione dei processi di libera costruzione dell'identità¹⁰. L'identità, infatti, non è un'entità statica, bensì soggetta a incessante mutamento: rientra tra le sue caratteristiche distintive quella di evolvere continuamente e trasformarsi anche in maniera imprevedibile o contraddittoria. Proprio la consapevolezza dei rischi connessi alla perennità dei dati in rete fa da sfondo alla recente emersione e alla diffusione su scala internazionale del dibattito sul diritto all'oblio¹¹. Invero, la giurisprudenza si è confrontata con questo tema già con riferimento ai *media* tradizionali, affrontando casi di ripubblicazione a distanza di tempo di notizie attinenti ad una fase ormai superata dell'esperienza di vita del soggetto e quindi lesive dell'interesse ad una corretta (nel senso di attuale) rappresentazione della sua identità personale¹². Tuttavia le questioni poste dal passaggio alla rete Internet sono diverse e più complicate, se non altro perché il problema della perennità dei dati coinvolge tutti i cittadini, e non soltanto quei pochi che suscitano la curiosità del sistema massmediatico; e inoltre perché comprende tutte le tipologie di informazioni e non soltanto le notizie 'sensazionali'¹³. Non è un caso che il c.d. *right to be forgotten*, il quale sollecita da tempo l'interesse degli studiosi americani ed europei¹⁴, sia prepotentemente emerso all'attenzione della giurisprudenza¹⁵, tanto da costituire

¹⁰ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, cit., 143.

¹¹ G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, 2012, 18.

¹² Per riferimenti v. G. NAPOLITANO, «Diritto all'oblio» e libera manifestazione del pensiero, in questa Rivista, 1997, 342 ss.; G. NAPOLITANO, *Il diritto all'oblio esiste (ma non si dice)*, in questa Rivista, 1996, 427 ss.; G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, cit., 19 - 20.

¹³ In tema v. T.E. FROSINI, *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*, in *Dir. inf.*, 2012, 911 ss.; F. DI CIOMMO - R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in internet alla*

tutela dell'identità dinamica. È la rete, bellezza!, in *Danno e resp.*, 2012, 701.

¹⁴ Cfr. rispettivamente J. ROSEN, *The Right To Be Forgotten*, in 64 *Stan. L. Rev. Online* 88 (2012); K. ELTIS, *Breaking Through the "Tower of Babel": A "Right to be Forgotten" and How Trans - Systemic Thinking Can Help Reconceptualize Privacy Harm in the Age of Analytics*, in 22 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 69 (2011); e G. SPINDLER, *Persönlichkeitsschutz im Internet — Anforderungen und Grenzen einer Regulierung*, cit., 35 - 36.

¹⁵ In particolare della giurisprudenza italiana, v. Cass. Civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525, con nota di F. DI CIOMMO, R. PARDOLESI, *Notizia vera, difetto di attualità*,

l'oggetto di una delle più recenti ed importanti pronunzie in materia di diritti fondamentali della Corte di giustizia dell'Unione Europea, nel caso *Google Spain*¹⁶. La disciplina del 'diritto all'oblio telematico' rappresenta inoltre uno degli aspetti qualificanti della Proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio concernente la tutela dei dati personali¹⁷, anche alla luce della profonda diversità di vedute sussistente in merito tra Europa e Stati Uniti¹⁸.

La questione della perennità dei dati non tocca unicamente il profilo del diritto all'oblio e quindi il sistema di tutela dell'identità personale. Esso ha notevoli implicazioni anche rispetto ad altre tematiche e quindi ad altri compendi normativi. Il tema che sta oggi prepotentemente emergendo all'attenzione del giurista è quello della sorte dei dati, e più in generale dei beni digitali, dopo la morte del soggetto. Esso si colloca, evidentemente, sulla frontiera tra il diritto delle successioni a causa di morte e i diritti della personalità, ed è sollecitato da un dato fenomenologico di immediata evidenza: la dissociazione tra l'esistenza biologica di un individuo e la sua 'persona elettronica'. Questa non si dissolve con la morte, ma permane in rete, dispersa in una molteplicità di banche dati o custodita in diversi luoghi virtuali (si dirà più avanti del profilo *Facebook* 'commemorativo'), per un lasso temporale indefinito¹⁹. Di qui una serie di problemi di immediata rilevanza pratica — basti notare che, secondo alcune stime, ogni minuto muoiono in media tre utenti *Facebook* e che il 5% di tutti gli account *Facebook* attivi rappresentano degli "zombie digitali"²⁰ —, i quali attengono in primo luogo alla tutela postmortale della dignità e dell'identità del defunto²¹. Ma le questioni sottese al sintagma "morte digitale" trascendono l'intuitiva questione

diritto all'oblio, in *Danno e resp.*, 2012, 7, 747. Cass. Civ., sez. III, 26 giugno 2013, n. 16111, V. CARBONE, *Rapporto tra diritto di cronaca e diritto all'oblio*, in *Corr. Giur.*, 2013, 9, 1170.

¹⁶ Corte di giustizia dell'Unione Europea, grande camera, 13 maggio 2014, C - 131/12, *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, su cui v. A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, Nuovi Quaderni del Foro Italiano, Quaderno n. 1 (27 maggio 2014).

¹⁷ Cfr. Art. 17, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data (General Data Protection Regulation)*, COM (2012) 11 final (25 - 1 - 2012).

Sul punto v. A. MANTELERO, *The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the 'right to be forgotten'*, in 29 *Computer L. & Sec. Rev.* 229 (2013).

¹⁸ P. SCHWARTZ, *The EU - U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, in 126 *Harv. L. Rev.* 1966, 1995 (2013).

¹⁹ M. MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, in *JZ*, 2012, 1145 ss.

²⁰ F. DEUTSCH, *Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, 2014, 1 ss., 2.

²¹ Cfr. L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, in 32 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 83 (2013).

della tutela *post mortem* e investono profili ulteriori, afferenti soprattutto al diritto delle successioni per causa di morte: quale è la sorte della corrispondenza elettronica del defunto, ospitata su *server* remoti? Cosa ne è dell'ampia messe di dati — file di testo, immagini, video, file musicali, etc. — custoditi nel *cloud*²², o della moneta virtuale accumulata nei vari siti di giochi *online*? Chi e a quali condizioni può accedere agli *account* aperti dal *de cuius* nell'ambito delle reti sociali o nei siti di *e-commerce*²³?

Se in molti di questi casi (ma non in tutti) è possibile ipotizzare una vicenda successoria, non è semplice capire cosa esattamente si trasmetta, a chi, e secondo quali regole. Del pari, non è agevole tracciare i confini all'interno dei quali l'autonomia privata può legittimamente esplicarsi senza contravvenire ai principi ordinanti del diritto delle successioni. Qual è il valore delle dichiarazioni, elettroniche finalizzate a individuare i soggetti ai quali dovranno essere comunicati, al momento del decesso, messaggi personali, credenziali di accesso agli *account* e relativi? E quali sono i limiti di validità delle clausole, inserite nelle condizioni generali di contratto predisposte dagli operatori, atte ad interferire variamente con la vicenda successoria, per quanto concerne ad esempio la determinazione dell'oggetto della successione o la definizione dell'ordine dei successibili?

2. LE CONTROVERSIE PORTATE ALL'ATTENZIONE DELLA GIURISPRUDENZA.

Per illustrare con maggiore chiarezza il tipo di problemi coinvolti in un discorso sulla morte digitale, appare utile prendere le mosse dall'esperienza concreta, illustrando alcuni casi, portati di recente all'attenzione delle corti giudiziarie, o pubblicizzati dagli organi di informazione.

a) Il primo concerne un'ipotesi di conflitto in ordine all'accessibilità ai dati compresi nell'*account Facebook* del defunto. Dopo la morte improvvisa della modella Sahar Daftary, precipitata dall'appartamento del marito al 12° piano di un palazzo di Manchester, i genitori della donna inoltrano alla società *Facebook* una richiesta di accedere ai contenuti dell'*account* relativi ai 20 giorni anteriori all'evento. L'intento, chiaramente, era quello di approfondire le ragioni della morte, non essendo essi convinti delle conclusioni alle quali erano giunte le autorità inquirenti inglesi, che avevano derubricato la morte a un mero incidente ed

²² J.P. HOPKINS, *Afterlife in the Cloud: Managing a Digital Estate*, in 5 *Hastings Sci. & Tech. L.J.* 209 (2013).

²³ Su questi profili v. sin d'ora V. ZENO - ZENGOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, in *Riv. Giur.*

Sarda, 2013, 448 ss.; F. DEUTSCH, *Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, cit.; S. HERZOG, *Der digitale Nachlass — ein bisher kaum gesehenes und häufig missverständliches Problem*, in *NJW*, 2013, 3745 ss.

esclusa qualsiasi ipotesi di reato²⁴. La società americana rigetta la richiesta di accesso, invocando le norme federali poste a presidio della confidenzialità delle comunicazioni elettroniche (*Stored Communications Act*) e le proprie *policies* a tutela della *privacy*. In particolare, *Facebook* sostiene che la divulgazione dei contenuti protetti sarebbe possibile con il consenso della persona interessata, mentre il consenso dell'*administrator* dell'*estate* del *de cuius* non sarebbe a ciò sufficiente, in quanto *Facebook* non avrebbe la possibilità di accertare la legittimazione dell'istante in base a ciascuno dei diritti successori nazionali²⁵. In ogni caso, anche qualora il consenso dell'*administrator* dovesse ritenersi sufficiente, la divulgazione dovrebbe avvenire su base volontaria e non coattiva. Notificato alla società americana un *subpoena* e insorta controversia circa la sua legittimità, la Corte federale per il Northern District della California raggiunge una decisione compromissoria²⁶. In via principale si esclude la possibilità di ordinare la *disclosure* coattiva dei dati presenti nell'*account* personale, in quanto tale provvedimento risulterebbe inevitabilmente in conflitto con il precetto di tutela della confidenzialità delle comunicazioni elettroniche desumibile dallo *Stored Communications Act*²⁷. In un significativo *obiter dictum*, però, si riconosce la possibilità di una divulgazione su base volontaria, senza indagarne oltre presupposti e limiti²⁸.

b) Il secondo caso coinvolge nuovamente la società *Facebook*. Non si tratta, però, di una controversia concernente l'accesso all'*account* del defunto, bensì il regime postumo del profilo *Facebook*. Com'è noto, in caso di decesso del titolare, *Facebook* permette di rendere il profilo "commemorativo"²⁹. Ciò significa che non è possibile chiedere o accettare nuove 'amicizie' o compiere ulteriori attività, ma soltanto mantenere visibile il profilo

²⁴ Per maggiori dettagli si v. il sito <http://www.sahardaftary.org/>.

²⁵ Per un approfondimento sul modello del *probate*, proprio dei sistemi di *common law* v. A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 2002, 32 ss.

²⁶ *In re Request for Order Requiring Facebook, Inc. To Produce Documents and Things*, Case N. C 12 - 80171 LHK (PSG) (N.D. California, 20 - 9 - 2012).

²⁷ *In re Request for Order Requiring Facebook, Inc. To Produce Documents and Things*, cit., 2, ove si osserva che: "The case law confirms that civil subpoenas may not compel production of records from providers like Facebook. To rule otherwise would run afoul of the "specific [privacy] interests that the [SCA] seeks to protect."

²⁸ *In re Request for Order Requiring Facebook, Inc. To Produce Documents and Things*, cit., 3: "Having agreed with Facebook that the Section 1782 subpoena should be quashed, the court lacks jurisdiction to address whether the Applicants may offer consent on Sahar's behalf so that Facebook may disclose the records voluntarily. Any such ruling would amount to nothing less than an impermissible advisory opinion. Of course, nothing prevents Facebook from concluding on its own that Applicants have standing to consent on Sahar's behalf and providing the requested materials voluntarily".

²⁹ Sul punto, ampiamente, J. MAZZONE, *Facebook's Afterlife*, in 90 *North. Carolina L. Rev.* 1644, 1661 (2012); e soprattutto D. McCALLIC, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, in *Int'l J. L. & Tech.* 1, 8 (2013).

dello scomparso — sottoposto così ad una sorta di 'ibernazione' virtuale — per ricevere, nell'apposito diario, messaggi celebrativi e ricordi da parte degli amici confermati ³⁰. Nel caso in esame, la trasformazione del profilo da attivo in commemorativo era stata disposta unilateralmente dall'operatore, in contrasto con le indicazioni della madre della defunta, la quale aveva chiesto il suo oscuramento. La donna aveva invano fatto presente alla società statunitense che il profilo *Facebook* della figlia, una giovane e carismatica giornalista morta prematuramente, si era trasformato in un vero e proprio 'muro del pianto' (con innumerevoli messaggi di cordoglio, ricordi personali e commenti incessantemente inseriti dagli altri utenti). Ciò era fonte di gravi sofferenze per una madre che aveva appena perso in circostanze drammatiche l'unica figlia. Promossa azione in giudizio, la corte di prima istanza di Campo Grande (Mato Grosso del Sud) emette un provvedimento d'urgenza, con il quale ordina a *Facebook* di rimuovere il profilo in questione, in ragione della sua attitudine lesiva dei diritti della personalità ³¹. In particolare, afferma la corte, il mantenimento del sito in funzione commemorativa arrecherebbe una violazione grave alla dignità umana della madre, oltre a determinare il rischio di propagazione di messaggi lesivi della stessa personalità del defunto ³².

c) Il terzo caso concerne una fattispecie in tema di accesso alla corrispondenza elettronica del defunto. La controversia fu occasionata, ancora una volta, da una vicenda drammatica: la morte

³⁰ Questa, per la precisione, è la descrizione del regime dell'*account* commemorativo offerta da *Facebook*: "Facebook non consente a nessuno di accedere a un *account* commemorativo. Non è possibile apportare modifiche agli *account* commemorativi, ovvero non è possibile aggiungere o rimuovere amici, modificare le foto o eliminare qualsiasi contenuto pubblicato dal titolare dell'*account*. A seconda delle impostazioni sulla privacy dell'*account* della persona deceduta, gli amici possono condividere ricordi sul diario commemorativo. Chiunque può inviare messaggi privati alla persona deceduta. I contenuti condivisi della persona deceduta (ad es. foto e post) continuano a essere su Facebook e sono visibili al pubblico con cui sono stati condivisi. I diari commemorativi non vengono visualizzati in spazi pubblici come i suggerimenti delle Persone che potresti conoscere e i promemoria dei compleanni. I gruppi che appartengono solo a un *account* commemorativo potranno selezionare nuovi amministratori, mentre le Pagine verranno rimosse da Facebook" (<https://it-it.facebook.com/help/103897939701143>).

³¹ Trib. Campo Grande (Juiz. Esp. Cent., 1 vara), 2 marzo 2013, *Dolores Pereira Ribeiro Coutinho c. Facebook*, accessibile all'indirizzo www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130424-12.pdf.

³² Trib. Campo Grande (Juiz. Esp. Cent., 1 vara), 2 marzo 2013, cit.: "O perigo na demora está consubstanciado no direito da personalidade, tanto da pessoa morta quanto da mãe (art. 12, parágrafo nico, do CC), sanando o sofrimento decorrente da transformação do perfil em "muro de lamentações", o que ataca diretamente o direito à dignidade da pessoa humana da genitora, que além do enorme sofrimento decorrente da perda prematura de sua nica filha, ainda tem que conviver com pessoas que cultivam a morte e o sofrimento. Se não bastasse, os comentários poderão até se transformarem em ofensas à personalidade da pessoa já falecida, pois estão disponíveis livremente aos usuários do Facebook" (p. 1). Per un'introduzione al sistema brasiliano di tutela della personalità v. P. MOTA PINTO, *Direitos de personalidade no código civil português e no novo código civil brasileiro*, in A. CALDERALE, a cura di, *Il nuovo codice civile brasiliano*, Milano, 2003, 17.

a seguito di attacco terroristico di un *marine* americano impegnato nelle operazioni militari a Falluja, in Iraq³³. I genitori intendevano accedere alla casella di posta elettronica del proprio figlio per prendere visione degli ultimi messaggi spediti e ricevuti prima di morire e quindi preservarne la memoria. Il *provider* Yahoo! oppose però un fermo diniego, argomentando dalle proprie condizioni generali di contratto. In esse era contenuta la seguente clausola: “L’account Yahoo dell’Utente non è trasferibile e qualsiasi diritto relativo all’ID Yahoo dell’Utente o ai contenuti dell’Utente all’interno dell’account verrà meno in seguito al decesso dell’Utente. Qualora Yahoo riceva una copia di un certificato di morte, l’account relativo potrà essere cancellato e tutto il suo contenuto potrà essere eliminato definitivamente”³⁴. I genitori adirono a questo punto la Probate Court della Contea di Oakland (Michigan), sostenendo che la casella di posta elettronica avrebbe dovuto essere equiparata ad una cassetta di sicurezza, i cui contenuti erano suscettibili di cadere in successione al momento della morte. La corte tenne ferma la tesi dell’intrasferibilità dell’*account* e dell’inidoneità a cadere in successione del relativo rapporto contrattuale, conformemente ai *terms of service* del *provider*³⁵. Di conseguenza, fu rigettata la richiesta di trasmissione ai genitori delle credenziali di accesso. Tuttavia, fu adottata una soluzione di compromesso, ingiungendosi al *provider* di riversare i messaggi di posta elettronica ricevuti (ma non quelli spediti) dal defunto su un supporto informatico e metterli a disposizione dei ricorrenti.

d) Il quarto caso non ha avuto uno sbocco giudiziario ma è stato ampiamente discusso nelle riviste specializzate. Nel settembre 2012 diversi organi di stampa riportarono la notizia secondo cui Bruce Willis era in procinto di promuovere un’azione giudiziaria nei confronti della società Apple per fare accertare il suo diritto di trasmettere per causa di morte la propria ‘libreria musicale’ conservata su *iTunes*³⁶. La notizia si è infine rivelata infondata, ma la questione sottostante ha una propria rilevanza. In un contesto di crescente ‘dematerializzazione’, nel quale viene progressivamente meno il valore del supporto fisico e acquista importanza decisiva l’accesso, nel quale quindi il tipo negoziale della compravendita perde rilievo a vantaggio di quello della licenza (si

³³ Per un’attenta disamina del caso v. J. DARROW - G. FERRERA, *Who Owns a Decedent’s E - Mails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network?*, in 10 *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol’y* 281 (2006).

³⁴ Si tratta dell’art. 25, c. 10, delle Condizioni generali di contratto, reperibili all’indirizzo <https://info.yahoo.com/legal/eu/yahoo/utoslit-it/>.

³⁵ In re Ellsworth, No. 2005 - 296, 651 - DE (Mich. Prob. Ct. 2005).

³⁶ C. WONG, *Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children?: Inheritability of Digital Media in the Face of EULAs*, 29 *Santa Clara High Tech. L.J.* 703 (2012).

pensi a *Spotify* o a *iTunes* nel campo musicale), diviene indispensabile capire in che modo la regola contrattuale disciplini la vicenda successoria. In particolare, è interessante porsi il quesito se le condizioni generali di contratto alle quali è necessario aderire ai fini all'attivazione del servizio permettano o escludano il subentro degli eredi nella posizione contrattuale o quanto meno legittimino — nell'ipotesi dell'intrasferibilità del rapporto negoziale — l'acquisto e la trasmissione dei beni che ne costituiscono l'oggetto ³⁷.

I quattro casi appena ricordati esemplificano in maniera molto chiara le tre questioni teoriche fondamentali sottese ad un discorso sulla morte digitale e sulle quali ci si soffermerà in questo lavoro.

La prima questione è quella della tutela postmortale della personalità in Internet: chi e a quali condizioni può agire a protezione degli interessi della personalità (ivi compreso il controllo sui dati personali) del defunto? (par. 3)

La seconda questione è quella della successione nel patrimonio digitale: cosa si trasmette, secondo quali regole, e a vantaggio di quali soggetti? (par. 4)

La terza questione investe il profilo dei limiti dell'autonomia privata: a quali condizioni e con l'osservanza di quali forme è possibile disporre del proprio patrimonio digitale? (par. 5)

3. LA TUTELA POSTMORTALE DELLA PERSONALITÀ IN RETE E LA QUESTIONE DELLA PRIVACY POSTUMA.

Non esiste un approccio uniforme al problema della protezione *post mortem* degli interessi della personalità. Alcuni ordinamenti giuridici negano qualsiasi forma di tutela postmortale degli interessi non patrimoniali del defunto; altri, invece, ammettono la legittimazione degli eredi o dei prossimi congiunti a esperire i rimedi inibitori e risarcitori per i casi più gravi di violazione della personalità dello scomparso.

Il primo modello è emblematicamente rappresentato dagli ordinamenti di *common law* ed in particolare dal diritto statunitense. La regola tradizionale *actio personalis moritur cum persona* ³⁸ è ritenuta applicabile non soltanto alle azioni in materia di diffamazione, ma all'intero apparato rimediale posto a presidio della

³⁷ Per un'attenta analisi delle clausole relative alla *termination* del contratto di licenza presenti nelle condizioni generali di contratto di *Apple*, *Amazon*, *Barnes & Nobles* e *Google*, v. C. WONG, *Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children?: Inheritability of Digital Media in the Face of EULAs*, cit., 718 - 734.

³⁸ Circa la quale, anche per un'intro-

duzione storica, v. F.F. CAMERON, *Defamation Survivability and the Demise of the Antiquated 'Actio Personalis' Doctrine*, in 85 *Colum. L. Rev.* 1833 (1985); F. POLLOCK, *Law of Torts. A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law*, 15^a ed., a cura di P.A. Landon, London, 1951, 52 ss.

*privacy*³⁹. Il principio in oggetto, ribadito da una copiosa e risalente giurisprudenza, è compendiato nella formula del § 652I del *Restatement of Torts 2nd* (1977), ove si stabilisce che “except for the appropriation of one’s name or likeness, an action for invasion of privacy can be maintained only by a living individual whose privacy is invaded”⁴⁰. La reputazione e il rispetto della dignità personale sono quindi ritenuti, in linea di principio⁴¹, beni giuridici che non sopravvivono alla morte dell’individuo⁴². L’unico fenomeno di trasmissione riconosciuto dal sistema attiene ai profili patrimoniali della personalità: le azioni concesse nelle ipotesi di *appropriation of name and likeness for commercial purposes*, e a maggior ragione di violazione del *right of publicity*, sono considerate in molte giurisdizioni trasmissibili agli eredi⁴³. Date queste premesse, è giocoforza concludere che, nelle ipotesi di lesioni della personalità in Internet prive di immediata connotazione patrimoniale (ad esempio nei casi di messaggi diffamatori divulgati su siti e *social networks*), i familiari del defunto siano privi di strumenti di tutela esperibili *erga omnes*. Ciò implica, tra l’altro, che le regole contrattuali che disciplinano la prestazione dei servizi offerti da *social networks* e altri operatori acquistano un rilievo operativo centrale⁴⁴. Difatti, in assenza di un meccanismo imperativo di protezione, la possibilità di accedere, modificare, o rimuovere i contenuti dei vari *account* utilizzati dalla persona in vita è sostanzialmente rimessa alla presenza di specifiche clausole abilitative nelle condizioni generali di contratto predisposte dal *provider*. Così, ad esempio, il sistema elaborato da Facebook per rimuovere o rendere commemorativo l’*account*

³⁹ Per riferimenti v. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 218; H. RÜSLE, *Dignitarian Posthumous Personality Rights — An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, in 26 *Berkeley J. Int. L.* 153, 162 (2008).

⁴⁰ Sul punto J.A. PAGE, *American tort law and the right to privacy*, in G. BRÜGGE-MEIER - A. COLOMBI CIACCHI - P. O’CALLAGHAN, a cura di, *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge, 2010, 53. Cfr. anche, in materia di *defamation*, il § 560 del medesimo *Restatement*.

⁴¹ Vanno fatte salve le singole leggi statali che configurano ipotesi di tutela postmortale della reputazione: per riferimenti dettagliati v. L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, cit., 126.

⁴² Come scrive H. BEVERLEY - SMITH,

The Commercial Appropriation of Personality, Cambridge, 2002, 124, “[i]n English law an action for defamation, the only significant English dignitary tort, is a purely personal tort action which, unlike most other causes of action, dies with the person; reputation and injured dignity are generally of no concern to a deceased person. Similarly, in the United States, where the issue has received the most detailed consideration, an action for invasion of privacy generally dies with the person”; v. anche J. MAZZONE, *Facebook’s Afterlife*, cit., 1655.

⁴³ Cfr. L. HENDERSON, *Protecting a Celebrity’s Legacy: Living in California or New York Becomes the Deciding Factor*, in 3 *J. Bus. Entrepren. & Law*, 166, 174 - 177 (2009); A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., 247.

⁴⁴ L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, cit., 95 ss.

di un defunto rivestirà un ruolo determinante nell'individuazione del regime applicabile all'identità virtuale del *de cuius* ⁴⁵.

Il secondo modello è proprio della tradizione di *civil law* ed è connotato da un approccio maggiormente liberale ⁴⁶. La regola *actio personalis moritur cum persona* — come si è già avuto modo di ricordare in altra sede ⁴⁷ — è stata, in questo settore, ampiamente erosa nella sua portata applicativa. Sia nei sistemi di area germanica, sia in quelli di derivazione francese, la tutela postmortale della dignità e della reputazione del defunto costituisce un dato ormai acquisito. Regole legislative assoggettano a sanzione penale la lesione della memoria del defunto (art. 597 del c.p. italiano; § 189 del codice penale tedesco), o disciplinano l'esercizio *post mortem* delle azioni previste a tutela del nome, dell'immagine, della corrispondenza epistolare e delle prerogative morali dell'autore (art. 10 c.c. ; artt. 24, 93 e 97 l. d.a. ; art. 8, comma 1, d. lgs. 30/2005) ⁴⁸; regole giurisprudenziali ammettono la perpetuazione oltre la morte della pretesa al rispetto dei valori di dignità e identità della persona, riconoscendo ai prossimi congiunti una legittimazione *iure proprio* (modello francese) o a carattere fiduciario (modello tedesco) ⁴⁹. Indipendentemente dalle specifiche varianti di disciplina e di configurazione dogmatica ⁵⁰, il dato rilevante sul piano operativo consiste nella persistenza di forme di tutela civile a carattere inibitorio e risarcitorio oltre il momento della morte ⁵¹. Ciò implica che, anche nelle ipotesi di violazione della personalità *online*, una determinata cerchia di persone sia titolare di una serie di prerogative a carattere interdittivo o sanzionatorio, le quali sono destinate a integrare o, a seconda dei casi, a modificare i meccanismi di gestione dell'identità virtuale stabiliti in via contrattuale. Una chiara esemplificazione di tale fenomeno è offerta dal caso brasiliano descritto *sub b*): proprio grazie all'apparato rimediale posto a presidio della dignità del defunto è stato possibile ottenere un provvedimento d'urgenza finalizzato a ottenere la rimozione del profilo *Facebook*, reso 'commemorativo' per scelta discrezionale del *provi-*

⁴⁵ In generale v. D. McCALLIC, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, cit.

⁴⁶ H. RÖSLER, *Dignitarian Posthumous Personality Rights — An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, cit., 174 ss.; L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, cit., 103 ss.

⁴⁷ G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, 125 ss.

⁴⁸ In tema v. V. ZENO - ZENGOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., XIII, Torino, 1995,

430 ss., 438; per una rassegna di norme e orientamenti dottrinali v. anche A. LASSO, *La legittimazione dei congiunti ad agire per la tutela della personalità del defunto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 688 ss., 699.

⁴⁹ H. RÖSLER, *Dignitarian Posthumous Personality Rights — An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, cit., 175 ss.

⁵⁰ Per i necessari approfondimenti v. G. RESTA, *op. ult. cit.*, 128 ss.

⁵¹ L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, cit., 103 ss.

der⁵². In maniera analoga potrebbe risolversi il caso, recentemente portato all'attenzione dei *media* e su cui il Garante per la protezione dei dati personali ha aperto un'indagine conoscitiva, dell'utilizzazione non consentita del patronimico dei defunti torinesi per costituire un cimitero virtuale www.inmiamemoria.com, con servizi accessori a pagamento quali lumini, dediche e ricordi⁵³.

Infine vi è un terzo modello, che si integra strettamente con il secondo, pur assumendo una maggiore specificità concettuale ed operativa. Esso è costituito dal sistema, di origine europea ma ormai dotato di una crescente rilevanza transnazionale, della protezione dei dati personali. Il problema della tutela della personalità in Internet si presenta, fondamentalmente, come problema del controllo 'postumo' sui dati personali, dispersi in una molteplicità di luoghi virtuali⁵⁴. Se la disciplina dettata dalla direttiva 95/46/CE e dalle normative costruite su tale archetipo fosse applicabile anche ai dati del defunto, molti dei problemi applicativi sin qui rimessi alla cognizione delle corti troverebbero un'agevole, o quanto meno ordinata, composizione. Tuttavia sul punto permangono notevoli incertezze, tanto che alla domanda circa la sussistenza di un diritto all'autodeterminazione informativa *post mortem*, gli interpreti offrono risposte radicalmente divergenti⁵⁵. La direttiva 95/46/CE non prende espressamente in considerazione la posizione del defunto, occupandosi unicamente dai dati personali relativi a "natural persons"⁵⁶. Lo stesso è a dirsi per la Proposta di regolamento in materia di protezione dei dati, che peraltro in un testo preliminare del giugno 2012 — poi superato — escludeva espressamente l'estensibilità della disciplina ai dati relativi a defunti⁵⁷. Una siffatta opzione restrittiva è replicata a livello nazionale in alcuni stati membri, come la

⁵² Cfr. *supra*, par. 2.

⁵³ Per i dettagli v. <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2013/03/10/sito-dei-defunti-interviene-il-garante-della.html>

⁵⁴ M. MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, cit., 1146.

⁵⁵ Si confrontino, rispettivamente, M. MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, cit., 1148 ss., il quale ammette la persistenza del diritto al controllo sui dati personali nella fase postmortale, e H. ZUCK - T. MAYEN, in *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass*, n. 34/2013, Berlin, 2013, 90

- 91, accessibile all'indirizzo <http://anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-DAV34-13.pdf>, fautori della tesi negativa.

⁵⁶ Si confronti il Parere 4/2007 del Gruppo Art. 29, *on the Concept of Personal Data*, p. 22, ove si osserva che „information relating to dead individuals is [...] in principle, not to be considered as personal data, subject to the rules of the Directive“; sul problema dell'applicabilità del sistema comunitario di tutela dei dati personali v. E. HARBINJA, *Does the EU Data Protection Regime Protect Post - Mortem Privacy and What Could Be Potential Alternatives?*, in 10 *SCRIPTED* 19 (April 2013); D. MCCALLIG, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, cit., 19.

⁵⁷ L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, cit., 115.

Svezia ⁵⁸ o il Regno Unito ⁵⁹. Esistono però anche esempi di segno opposto, come quello estone o quello italiano ⁶⁰. Nella normativa estone si prevede che gli effetti del consenso al trattamento perdurano sino a 30 anni dalla morte del defunto e che i prossimi congiunti possono prestare un nuovo consenso ⁶¹. Nel Codice in materia di protezione dei dati personali (d. lgs. 196/2003) si stabilisce invece una regola più ampia. Secondo l'art. 9, comma 3, "I diritti di cui 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". Tale norma è significativa, non soltanto perché sancisce la persistenza della tutela nella fase postmortale, ma anche perché delinea un'ampia sfera soggettiva di legittimazione all'esercizio dei diritti di cui all'art. 7, riprendendo e assorbendo le disposizioni previste in materia di corrispondenza epistolare, ritratto e diritto morale d'autore ⁶². Da un lato si contemplano i soggetti che hanno un interesse proprio (ad es. un legittimario pretermesso, il quale intenda esperire l'azione di riduzione); dall'altro coloro i quali operano come 'fiduciari' del defunto, ad esempio in funzione protettiva della dignità violata, o che agiscono a tutela degli interessi dell'intero nucleo familiare (si pensi, tipicamente, alla pubblicazione nell'ambito di *social network* di notizie riservate che investano la sfera familiare del *de cuius*). La possibilità di esercitare i diritti contemplati dall'art. 7 (accesso, aggiornamento, rettifica, integrazione, cancellazione dei dati, etc.) acquista una grande rilevanza nel campo dei rapporti telematici. In particolare, le controversie concernenti l'accesso agli *account* personali del defunto, portate all'attenzione delle corti statunitensi, potrebbero trovare una piana soluzione nel contesto normativo italiano. Si pensi, ad esempio, alla richiesta avanzata dai genitori di Sarah Daftary di prendere visione delle

⁵⁸ Personal Data Protection Act, § 3.

⁵⁹ Data Protection Act 1998, c. 29, Part I § (1) (e).

⁶⁰ Secondo i dati illustrati da D. McCALLIG, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, cit., 19, sono 12 i paesi che in sede di trasposizione della direttiva 95/46/CE hanno introdotto qualche forma di tutela della *privacy* del defunto.

⁶¹ Personal Data Protection Act, 1 ottobre 2003, pubblicato in *RT* (Gazzetta Ufficiale), I 2003, 26, 158, § 12, c.3: „The consent of a data subject shall be valid during the life of the data subject and thirty years after the death of the data subject, unless the data subject has decided otherwise”; § 13, c. 1: “After the death of a data

subject, processing of personal data relating to the data subject is permitted only with the written consent of the spouse, a parent, grandparent, child, grandchild, brother or sister of the data subject, except if consent is not required for processing of the personal data or if thirty years have passed from the death of the data subject”.

⁶² In tema v. A. NERVI, *I diritti dell'interessato*, in V. CUFFARO - R. D'ORAZIO - V. RICCIUTO, a cura di, *Il codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, 61 ss., 73; e già in relazione alla disciplina dettata dall'art. 13, c. 3, l. 675/1996, S. PARDINI, *sub art. 13*, II, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI, a cura di, *Tutela della privacy. Commentario alla l. 31 dicembre 1996*, n. 675, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 417 - 420.

comunicazioni in entrata e in uscita dall'*account Facebook* della figlia⁶³: se la questione si ponesse in Italia, sarebbe agevole invocare il disposto dell'art. 9, c. 3. Si dovrebbe, dunque, riconoscere ai parenti stretti il diritto di accedere ai dati personali del defunto, al fine di soddisfare l'interesse della famiglia ad acquisire informazioni utili ad acclarare le ragioni del decesso.

4. LA SUCCESSIONE NEI BENI E NEI RAPPORTI DIGITALI.

La questione della tutela postmortale della personalità è tangente, ma non perfettamente sovrapponibile a quella della successione nel "patrimonio digitale"⁶⁴. Si è notato, infatti, come l'azionabilità dei rimedi a tutela della dignità del defunto possa essere argomentata dogmaticamente anche qualora non si postulasse la sussistenza di un fenomeno successorio. È questo il caso, tipicamente, della legittimazione riconosciuta ai congiunti nei sistemi dell'Europa continentale, ove la tesi tradizionale dell'intrasmissibilità dei diritti della personalità viene tenuta ferma, configurandosi semplicemente un acquisto *iure proprio* di un nuovo potere di azione o una legittimazione fiduciaria dei prossimi congiunti⁶⁵. Analogamente, le prerogative attribuite ai terzi ai sensi dell'art. 9, c. 3, del Codice in materia di protezione dei dati personali non presuppongono necessariamente una vicenda di natura successoria (il terzo che intenda accedere ai dati del defunto può ben essere estraneo alla cerchia degli eredi e invocare la sussistenza di un semplice "interesse proprio")⁶⁶. Tuttavia è ben evidente, da un lato, come l'iniziativa della tutela giudiziaria sia assunta, il più delle volte, da parte dei congiunti che risultano essere al contempo eredi; e, dall'altro, come il fenomeno della trasmissione del patrimonio digitale possa interessare posizioni giuridiche di natura schiettamente patrimoniale e che trascendono la sfera dei diritti della personalità. Pertanto, è bene porsi apertamente il quesito di chi e secondo quali regole sia chiamato a succedere nei beni digitali del defunto.

L'interrogativo non è privo di difficoltà, se soltanto si considera che i suddetti beni hanno natura eterogenea — un primo inven-

⁶³ Cfr. *supra*, par. 2.

⁶⁴ Cfr. M. CINQUE, *La successione nel 'patrimonio digitale': prime considerazioni*, in *Nuovagiur. civ. comm.*, 2012, II, 645. Una formula analoga e sovente utilizzata dalla dottrina tedesca è quella di "digitaler Nachlass", così definita dall'Associazione rappresentativa dell'Avvocatura tedesca (DAV): "die Gesamtheit des digitalen Vermögens, also Urheberrechte, Rechte an Webseiten, Domains, sowie sämtliche Vertragsbeziehungen zwischen Providern und dem

Erblasser hinsichtlich der Nutzung des Internet selbst, aber auch hinsichtlich diverser Internetangebote (...) und damit auch die Gesamtheit aller Accounts und Daten des Erblassers im Internet" (*Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass*, cit., 93).

⁶⁵ Cfr. *supra*, par. 3.

⁶⁶ V. ZENO - ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, cit., 452.

tario dovrebbe annoverare almeno i profili dei *social network*, le *email*, i *tweet*, le banche di dati, i *file* di testo, immagini, musica e audio, gli *account* aperti sui siti commerciali come *eBay* e *Amazon*, le poste conseguite nell'ambito dei giochi virtuali, immagini ed icone personali utilizzate nell'ambito di piattaforme come *Second Life*⁶⁷ — e possono costituire il termine di riferimento di una pluralità di situazioni giuridiche⁶⁸. Converrà quindi comporre una prima tassonomia.

4.1. I dati incorporati in un supporto fisico.

L'ipotesi di più immediata soluzione è quella dei dati incorporati in un supporto fisico — come un disco rigido, un CD, un DVD, una chiavetta *USB* —, il quale sia nella disponibilità del *de cuius*⁶⁹. Assumendo sussistente un diritto reale su tale supporto, ne consegue che esso, congiuntamente al suo contenuto (*file* di testo, *file* musicali, immagini, video, etc.) cadrà in successione secondo le regole ordinarie⁷⁰. Questioni delicate possono sorgere qualora tali contenuti abbiano natura strettamente personale, come nel caso dei ricordi di famiglia (es. video di riunioni familiari, vecchie fotografie degli ascendenti scomparsi) o della corrispondenza elettronica a carattere intimo già pervenuta nel terminale dell'utente⁷¹. Conformemente a quanto ipotizzato nel contesto dei rapporti *offline*⁷², è da escludersi che tali beni si

⁶⁷ L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, cit., 87; S. HERZOG, *Der digitale Nachlass — ein bisher kaum gesehenes und häufig missverständenes Problem*, in *NJW*, 2013, 3745 ss.

⁶⁸ La riflessione sui beni digitali si svolge evidentemente su una duplice frontiera: quella della teoria dei beni (A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 173 ss.) e quella della teoria della successione *mortis causa* [A. ZOPPINI, *Le 'nuove proprietà' nella trasmissione ereditaria della ricchezza* (note a margine della teoria dei beni), in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 185 ss.].

⁶⁹ T. HOEREN, *Der Tod und das Internet — Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW - Accounts nach dem Tode des Inhabers*, in *NJW*, 2005, 2113 ss., 2114; S. Herzog, *Der digitale Nachlass — ein bisher kaum gesehenes und häufig missverständenes Problem*, cit., 3746 - 3747.

⁷⁰ M. MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortaler Persönlichkeitsschutzes im Internet*, cit., 1147.

⁷¹ L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, cit., 89.

⁷² Circa il regime dei ricordi di famiglia, v. M.D. BEMBO, *Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, in G. BONILINI, a cura di, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 779 ss., 782-783; A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988, 46, 236 - 239. Mette conto notare che secondo l'ordinamento tedesco i ricordi di famiglia rientrano nel relitto ereditario, come si desume a contrario dal disposto del § 2373 c. 2 BGB, il quale prevede che, nella fattispecie di vendita dell'eredità, le "carte e i ritratti familiari" (*Familienpapiere und Familienbilder*) si presumono nel dubbio esclusi dalla compravendita (cfr. H.J. MUSIELAK, sub § 2373, in *Münchener Kommentar zum*

devolvano agli eredi ⁷³. Più persuasiva, invece, appare la tesi per cui la natura degli interessi coinvolti (come la preservazione della memoria familiare, o la protezione del riserbo) impone l'applicazione di un meccanismo di vocazione anomala a favore dei prossimi congiunti ⁷⁴, indipendentemente dalla loro posizione di eredi, secondo il modello compendiato, in materia di corrispondenza epistolare, nell'art. 93 della legge sul diritto d'autore ⁷⁵.

4.2. I diritti di proprietà intellettuale.

Del pari, non pone particolari problemi l'ipotesi dei beni sui quali insistano diritti di privativa. È questo, ad esempio, il caso del sito *web* originale e frutto di un'attività intellettuale a carattere creativo, il quale meriti il riconoscimento di un diritto d'autore ⁷⁶; dei video o delle fotografie digitali proteggibili ai sensi dell'art. 1 l. d.a. e resi disponibili attraverso la rete Internet (ad es. tramite *YouTube*, *FlickR* o *Instagram*) ⁷⁷; o persino dei nomi a dominio, che alcune tesi — supportate ora dal dato normativo rappresentato dal codice della proprietà industriale (art. 2 c.p. i.) — ascrivono alla categoria dei beni immateriali, riconoscendone ad esempio la destinazione a garanzia reale e l'espropriabilità ⁷⁸. Là dove possa predicarsi la sussistenza di un diritto patrimoniale su bene immateriale, si dovrà logicamente concludere nel senso della caduta in successione e in particolare della trasmissibilità agli eredi o ai legatari, secondo le regole previste per ciascuno dei suddetti diritti di privativa (facendo salve, quindi, le previsioni 'derogatorie' in materia di prerogative morali dell'autore) ⁷⁹.

BGB, Band 9, *Erbrecht*, §§ 1922-2385, III ed., München, 1997, 2209; S. Herzog, *Der digitale Nachlass — ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem*, cit., 3747).

⁷³ In tal senso T. HOEREN, *Der Tod und das Internet — Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail - und WWW - Accounts nach dem Tode des Inhabers*, cit., 2114; diversa è la soluzione prospettata dagli autori statunitensi, i quali optano per la successione da parte degli eredi: J.J. DARROW - G. FERRERA, *Who Owns a Decedent's E-Mails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network?*, cit., 299.

⁷⁴ T. HOEREN, *Der Tod und das Internet — Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail - und WWW - Accounts nach dem Tode des Inhabers*, cit., 2114.

⁷⁵ In proposito v. F. MORRI, *Il diritto d'autore. Le lettere missive ricevute dal de cuius*, in G. BONILINI, a cura di, *Trattato di*

diritto delle successioni e donazioni, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 687 ss., 698-703.

⁷⁶ T. HOEREN, *Der Tod und das Internet — Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail - und WWW - Accounts nach dem Tode des Inhabers*, cit., 2116.

⁷⁷ M. MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, cit., 1147.

⁷⁸ In tema C.M. CASCIONE, *Garanzie e « nuovi beni » — Sulla collateralization di nomi di dominio, pagine web, banche dati*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 69 ss.; Id., *I nomi a dominio aziendali*, in G. RESTA, a cura di, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, 400 ss.; S. QUINTINI, voce *Domain name*, in *Il diritto. Enc. giur.*, Milano, 2007, 570 ss., 571.

⁷⁹ F. MORRI, *Il diritto d'autore. Le lettere missive ricevute dal de cuius*, cit., 690.

4.3. Le posizioni contrattuali.

Tuttavia, nel mondo digitale, la gran parte dei 'beni' assumono giuridica consistenza in quanto inseriti in una specifica rete di rapporti contrattuali. È il contratto che determina solitamente l'insorgenza di nuovi beni 'virtuali' e ne governa il regime d'appartenenza e circolazione. Si pensi, ad esempio, agli *avatar* utilizzati su *Second life*, a un profilo *Facebook*, o agli stessi file musicali 'scaricati' da *ITunes* in base a un comune contratto di licenza d'uso⁸⁰. È unicamente un'esigenza di semplificazione linguistica che porta a ragionare in termini di autonomi beni giuridici, oggetto di diritti soggettivi; in realtà la loro fruizione e a maggior ragione il loro trasferimento sono possibili soltanto nei limiti in cui ciò sia consentito dalla disciplina negoziale⁸¹. Ciò significa anche che la disponibilità delle suddette risorse risiede, di fatto e diritto, non tanto nella sfera degli utenti, quanto in quella degli *intermediari digitali*, quali *Google*, *Facebook*, *eBay*, *Twitter*, *Vimeo* o *Hotmail*⁸². Ciò accade anche nel mondo reale — si pensi soltanto all'esempio delle banche — ma nel mondo virtuale ciò è la regola. Pertanto, quando si ponga il problema della successione nei suddetti beni digitali, si dovrà essenzialmente rispondere al quesito circa la trasmissibilità della posizione contrattuale coinvolta. Ora, è ben noto che, secondo un principio coerente con l'idea dell'universalità della successione e accolto nel nostro, come in altri ordinamenti giuridici, la successione per causa di morte determina di regola il trasferimento delle posizioni contrattuali del defunto agli eredi⁸³. Tale principio soffre però di diverse deroghe, vuoi perché il sistema conosce numerose ipotesi di vocazioni anomale legali (emblematico è il caso della successione nel rapporto locatizio), vuoi perché la natura del rapporto o l'assetto di interessi definito dalle parti nell'esercizio dei propri poteri di autonomia portano talora ad escludere la prosecuzione del rapporto dopo la morte.

Nel campo della successione digitale risultano confermati sia il principio, sia le sue deroghe. Come regola generale può tenersi fermo l'assunto in base al quale gli eredi succedono in tutti i rapporti negoziali in atto, assumendo i medesimi diritti e i medesimi obblighi che sussistevano in capo al *de cuius*⁸⁴. Così, ad

⁸⁰ Cfr. in tema C. WONG, *Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children?: Inheritability of Digital Media in the Face of EULAs*, cit.

⁸¹ L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, cit., 90.

⁸² L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering*

the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World, cit., 90.

⁸³ F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in G. BONILINI, a cura di, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 525.

⁸⁴ T. HOEREN, *Der Tod und das Internet — Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail - und WWW - Accounts nach dem Tode des Inhabers*, cit., 2113.

esempio, posso ritenersi pacificamente trasmissibili tanto la posizione di parte un contratto di accesso ad Internet stipulato con un operatore di telecomunicazioni, quanto quella relativa a un contratto di licenza d'uso relativo ad una banca dati *online* (come *Beckonline*)⁸⁵. Del pari, le condizioni generali di contratto adottate da *Second Life* ribadiscono espressamente l'ammissibilità di una disposizione testamentaria avente ad oggetto la posizione di parte contrattuale e stabiliscono un complesso meccanismo finalizzato al trasferimento dell'*account* all'erede o al legatario⁸⁶. In tutti questi casi, il subentro degli eredi nella posizione contrattuale del *de cuius* implica non soltanto la trasmissione delle pretese relative all'adempimento degli obblighi principali, come la fruizione dei servizi di *hosting*⁸⁷, ma anche quelle relative agli obblighi di natura accessoria, come la comunicazione delle credenziali di accesso o la duplicazione dei contenuti presenti nell'*account*⁸⁸. Si consideri, peraltro, che la possibilità di accedere ai contenuti immessi in rete dal *de cuius* e liberamente visibili, al fine di rimuoverli o modificarli, rappresenta talora una via obbligata per gli eredi, i quali intendano sottrarsi al rischio di essere chiamati a rispondere per i suddetti contenuti, nel caso in cui questi presentino profili di illiceità⁸⁹.

Tuttavia, la pratica negoziale fa registrare numerose e importanti deviazioni dal principio della trasmissibilità⁹⁰. In molti casi, infatti, le condizioni generali di contratto sottoscritte dall'utente

⁸⁵ V. ad es. *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass*, cit., 51.

⁸⁶ Queste le indicazioni presenti sul sito di *Second Life* in merito alle modalità di trasferimento *mortis causa* della posizione contrattuale: "In your will, you must include the legal (real-life) name of the person who you want to inherit your Second Life account and assets, in the event of your death. This is referenced in Section 3.1 of our Terms of Service (updated 2010-10-06), specifically: You must establish an Account with Linden Lab to use the Service, except for those portions of the Websites which Linden Lab allows users to access without registration. You may establish one or more additional Accounts, provided that your existing Account is in good standing and you are otherwise in full compliance with this Agreement. You may not transfer or assign your Account and its contractual rights, licenses and obligations, to any third party without the prior written consent of Linden Lab. The Second Life support team requires the death certificate and, may require

other additional testamentary letters or orders, where required by law. Additional verification of any party's identity, including the deceased, may also be required" (http://wiki.secondlife.com/wiki/Linden_Lab_Official:Death_and_other_worries_outside_Second_Life#How_do_I_bequeath_my_Second_Life_account_and_its_assets_if_I_die_in_real_life.3F).

⁸⁷ In tema v. ad es. P. SAMMARCO, *La concessione di spazio digitale*, in V. CUFFARO, a cura di, *I contratti di utilizzazione dei beni*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, IX, Torino, 2008, 486; M. GAMBINI, *Colpa e responsabilità nella fornitura di servizi Internet*, in R. CLARIZIA, a cura di, *I contratti informatici*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, VI, Torino, 2007, 571.

⁸⁸ S. HERZOG, *Der digitale Nachlass — ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem*, cit., 3749.

⁸⁹ F. DEUTSCH, *Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, cit., 7.

⁹⁰ Per un panorama sulla prassi v. J. MAZZONE, *Facebook's Afterlife*, cit., 1663 ss.; D. MCCALLIG, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, cit. 7.

stabiliscono univocamente che, in caso di decesso della parte aderente, il rapporto verrà a estinzione e non sarà possibile trasmettere a terzi — la previsione è simmetrica alla regola dell'intrasferibilità *inter vivos* — la posizione contrattuale. È questo il caso, ad esempio, del *provider Yahoo!*, che, come già rilevato, impone l'accettazione di una clausola secondo cui l'*account* non è trasmissibile e i diritti sul suo contenuto si estinguono alla morte del titolare ⁹¹. Analogamente, gli operatori *GMX* e *Web.de* prevedono la cancellazione dei contenuti dell'*account* dopo il protrarsi di un periodo di inattività di 6 mesi ⁹². *Facebook*, a sua volta, sottolinea a chiare lettere l'impossibilità di trasferire l'*account* a terzi, ivi compresa ogni pagina o applicazione amministrata dal soggetto, senza il preventivo consenso del *provider*, disponendo inoltre un'espressa proibizione della cessione delle *password* e dell'accesso all'*account* personale da parte di terzi, sia pure con il consenso dell'utente ⁹³. Le sue condizioni generali di contratto non contemplano l'ipotesi dell'automatica cancellazione dei contenuti dopo un periodo d'inattività (diversamente da quanto stabilito da *Yahoo!*), ma dettano un'apposita procedura — già descritta nel par. 2 — al fine di rendere il profilo "commemorativo" ⁹⁴.

In linea di principio la validità delle clausole concernenti la durata e la sorte del rapporto non dovrebbe essere revocata in dubbio, in quanto è generalmente riconosciuta alle parti contrattuali la libertà di modificare il regime legale, configurando un determinato rapporto come stipulato *intuitu personae* e in quanto tale destinato a sciogliersi a seguito del decesso di uno dei contraenti ⁹⁵. Tuttavia, è stato opportunamente osservato come, nei singoli casi, potrebbero darsi problemi di compatibilità con la normativa consumeristica, in quanto la cessazione unilaterale del rapporto, con contestuale cancellazione dei dati, potrebbe determinare un 'significativo squilibrio' delle posizioni contrattuali, con conseguente giudizio di abusività della clausola ⁹⁶. In ogni caso meriterebbe di essere attentamente approfondito il profilo della legge applicabile, atteso che la gran parte degli intermediari digitali è costituita da società statunitensi, le quali impongono l'elezione di una legge straniera (sovente la legge della California),

⁹¹ Cfr. *supra*, par. 2.

⁹² F. DEUTSCH, *Digitale Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, cit., 3.

⁹³ Cfr. art. 4, n. 8 e n. 9; art. 19, n. 6 della Dichiarazione dei diritti e delle responsabilità, accessibile all'indirizzo https://it-it.facebook.com/legal/terms?locale=it_IT.

⁹⁴ Per i dettagli v. D. MCCALLIG, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, cit., 11.

⁹⁵ F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, cit., 537.

⁹⁶ H. REDECKER, *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Provider auf dem Prüfstand — Regelungen für den Tod des Kunden*, in *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass*, cit., 59 ss., 62.

il cui sistema di tutela del consumatore raramente equivale a quello europeo ⁹⁷. Ovviamente, la stessa clausola di scelta della legge applicabile, oltre che la deroga alla giurisdizione, potrebbe nel singolo caso rivelarsi in contrasto con le norme imperative del diritto interno ⁹⁸.

Qualora il problema della sorte del rapporto a seguito della morte del *de cuius* non sia espressamente affrontato dalla regolamentazione pattizia, dovrà farsi ricorso ai principi precedentemente illustrati. La regola di riferimento dovrebbe dunque essere quella della successione degli eredi nella posizione contrattuale del *de cuius*. Tale regola potrebbe ritenersi coerente con la natura degli interessi coinvolti nella gran parte dei rapporti negoziali stipulati attraverso il mezzo telematico, specie là dove questi abbiano una marcata curvatura patrimoniale (si pensi, ad esempio, all'*account* aperto su *eBay* da un imprenditore per promuovere e commercializzare i propri beni) ⁹⁹. Tuttavia vi sono fattispecie di incerta qualificazione e rispetto alle quali sussiste una notevole diversità di vedute.

4.4. *Un problema aperto: gli account di posta elettronica.*

Paradigmatico è il caso degli *account* di posta elettronica.

Questi hanno assunto nella realtà contemporanea una diffusione e un'importanza pratica assolutamente centrali, ben maggiori forse della stessa posta cartacea di un tempo. Ben si comprende, quindi, che, quando si affronti il problema della successione nel patrimonio digitale, la vicenda della posta elettronica (si intende: la posta non ancora pervenuta nei terminali del defunto e ospitata su un *server* remoto, altrimenti si ricadrebbe nell'ipotesi già affrontata in precedenza) sia spesso assunta come termine di riferimento privilegiato del discorso ¹⁰⁰.

Una premessa indispensabile del discorso — ma non sempre tenuta in adeguata considerazione dalla dottrina che si è occupata dell'argomento — consiste nella necessità di tenere *nettamente distinte* le questioni relative al regime dell'*account* (in quanto rapporto contrattuale) e al regime dei suoi contenuti (in quanto informazioni e dati personali). Le regole applicabili alle due fattispecie non sono necessariamente coincidenti, poiché la que-

⁹⁷ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Social Networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues*, in *AIDA*, 2011, 3 ss.

⁹⁸ Sul punto cfr. le puntuali riflessioni di F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, 102 ss., spec. 120.

⁹⁹ Traggo l'esempio di *eBay* da L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Pri-*

vacuity Interests of the Deceased in a Digital World, cit., 88.

¹⁰⁰ J. DARROW - G. FERRERA, *Who Owns a Decedent's E-Mails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network?*, cit., 281 ss.; J. ATWATER, *Who Owns Email? Do You Have the Right to Decide the Disposition of Your Private Digital Life?*, in 2006 *Utah L. Rev.* 397 (2006).

stione dell'accesso — come meglio si dirà in seguito — può essere risolta in maniera lineare facendo ricorso alla normativa in materia di protezione dei dati personali, oppure, nei sistemi che non ammettono la proiezione *post mortem* di tale sistema rimediabile, alla disciplina in tema di diritti della personalità. Al contrario, la questione della titolarità del rapporto contrattuale non può che essere affrontata applicando principi ed istituti del diritto successorio.

Ciò detto, tre sono le tesi principali sin qui elaborate dalla dottrina.

i) Secondo una prima tesi, cronologicamente anteriore rispetto alle altre, dovrebbe farsi luogo a regole di devoluzione differenti a seconda della natura dell'*account* in questione ¹⁰¹. Ove si tratti di posta elettronica avente carattere professionale e patrimoniale, chiamati a succedere nel rapporto sarebbero gli eredi; ove si tratti, invece, di posta elettronica avente contenuto personale, la legittimazione si concentrerebbe in capo ai prossimi congiunti, analogamente a quanto previsto in materia di pubblicazione *post mortem* del ritratto o della corrispondenza epistolare. Tale tesi è senza dubbio concettualmente elegante, ma si scontra con un preciso dato fenomenologico, e cioè che, secondo il normale corso degli eventi, l'aspetto ideale/personale e l'aspetto patrimoniale/professionale della corrispondenza sono intimamente correlati e inestricabilmente connessi ¹⁰². Spesso il soggetto invia e riceve messaggi di posta elettronica dall'indirizzo professionale e viceversa, sicché non si vede come distinguere nettamente tra i due profili. Si capisce, dunque, perché una siffatta ricostruzione non abbia incontrato un immediato favore in dottrina e abbiano riscosso maggior credito prospettazioni alternative.

ii) Secondo una seconda tesi, che appare al momento maggioritaria, gli *account* di posta elettronica sarebbero soggetti a un regime analogo a quello dei rapporti negoziali ordinari ¹⁰³. La supposta natura personale dell'*account* sarebbe, infatti, smentita dalla circostanza per cui chiunque può ottenere l'attivazione di un servizio di posta elettronica 'commerciale', anche fornendo credenziali false o *alias* immaginari (mentre per quanto concerne i servizi di posta elettronica istituzionali, come quelli offerti dal datore di lavoro, o a maggior ragione la posta elettronica certificata, la natura 'professionale' e non personale dell'*account* do-

¹⁰¹ In questo senso T. HOEREN, *Der Tod und das Internet — Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail - und WWW - Accounts nach dem Tode des Inhabers*, cit., 2114 ss.

¹⁰² P. BRÄUTIGAM, *Der digitale Nachlass - empirischer Befund und Fragestellung*, in *Stellungnahme des Deutschen An-*

waltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, cit., 16 ss., 24.

¹⁰³ In questa prospettiva S. HERZOG, *Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem*, cit., 3749.

vrebbe ritenersi fuori discussione). L'*account* di posta elettronica, con tutto il suo contenuto, rientrerebbe dunque all'interno del relitto ereditario, con conseguente subingresso degli eredi legittimi o testamentari nella posizione di parte contrattuale ¹⁰⁴.

Tale tesi ha il pregio della linearità e della coerenza con diversi indici sistematici, come la norma che attribuisce agli eredi, nei confronti del gestore del servizio postale, il diritto di ricevere la corrispondenza diretta al defunto (art. 34, lett. c), r. d. 18 aprile 1940, n. 689) ¹⁰⁵. Tuttavia, essa non può risultare del tutto soddisfacente, ove si consideri che la mole delle informazioni personali acquisibili attraverso il controllo della corrispondenza elettronica di un individuo non è per nulla comparabile alla ben limitata invasività della posta cartacea. La posta elettronica svolge oggi una funzione per molti aspetti assimilabile quella del telefono, permettendo un rapido e continuo scambio di opinioni tra molteplici interlocutori e dando vita, quindi, a un fitto flusso di informazioni in entrata e in uscita. Tali informazioni possono essere pertinenti alla sfera professionale, ma possono anche toccare gli aspetti più intimi della personalità, rivelando profili dell'identità o della vita relazionale che l'individuo vorrebbe mantenere celati, anche e in taluni casi soprattutto nei confronti dei propri eredi ¹⁰⁶. Inoltre si pone un evidente problema di tutela della confidenzialità dei messaggi di natura personale ricevuti dai terzi, i quali verrebbero necessariamente esposti allo sguardo indagatore dei successibili. La corrispondenza elettronica, al pari di molti altri beni digitali, ed in primo luogo l'insieme delle comunicazioni scambiate su *social network*, ha la caratteristica di contenere una mole innumerevole di dati 'condivisi', i quali pertengono simultaneamente alla sfera giuridica di due o più soggetti (mittente e destinatari) ¹⁰⁷. Di conseguenza, legittimando un'automatica ostensione agli eredi dei messaggi spediti e ricevuti dal *de cuius*, si rischierebbe di ledere l'interesse al riserbo di terze persone (in Germania si è persino paventato il pericolo, per il *provider* che divulghi a terzi il contenuto dei messaggi di posta elettronica, di incorrere nelle sanzioni previste dalla normativa

¹⁰⁴ S. HERZOG, *Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem*, cit., 3747; in questa prospettiva sembrano orientate le considerazioni di U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6 - 2007/IG del Consiglio Nazionale del Notariato, accessibile all'indirizzo <https://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf>, p. 7 ss.

¹⁰⁵ U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, cit., 7; analogamente, per il diritto tedesco v. S. HERZOG,

Der digitale Nachlass — ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem, cit., 3749.

¹⁰⁶ L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, cit., 92.

¹⁰⁷ Sul punto è fondamentale il contributo di V. ZENO - ZENCOVICH, *La 'comunicazione' dei dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2009, 5.

penalistica che protegge la confidenzialità delle comunicazioni elettroniche, con previsioni simili a quelle del nostro art. 616 c.p.)¹⁰⁸. Sicché, presupporre l'attrazione dell'intero sistema della posta elettronica nella massa ereditaria pone un evidente problema di rispetto della personalità del defunto, oltre che dei suoi molteplici interlocutori.

iii) Muovendo da tali considerazioni, un autore tedesco ha prospettato una diversa ed ultima soluzione, ossia la radicale esclusione dalla successione degli *account* di posta elettronica (ma non degli *account* relativi a *social network*, i quali vivono per propria natura nella dimensione della trasparenza e della pubblicità)¹⁰⁹. Si è osservato, in particolare, che un'insufficiente protezione del riserbo della corrispondenza elettronica finirebbe per disincentivare il ricorso a tale strumento, per timore di una violazione postuma della propria personalità¹¹⁰. La situazione, è bene ribadirlo, non è assimilabile a quella della vecchia corrispondenza cartacea. Questa aveva una consistenza limitata sul piano quantitativo ed era più semplice da distruggere o occultare rispetto agli attuali messaggi di posta elettronica, i quali sono non soltanto più numerosi, ma anche maggiormente durevoli, oltre che facilmente riproducibili¹¹¹. Pertanto, non sembra potersi far luogo all'applicazione in via analogica di norme, come il già richiamato art. 34 del r.d. 689/1940, pensate in relazione ad un ambiente profondamente diverso da quello digitale.

Le difficoltà e i conflitti emersi in relazione al regime della posta elettronica del defunto hanno sospinto i legislatori di diversi stati della federazione USA a dettare una disciplina espressa della fattispecie, prevedendo ad esempio la possibilità per l'*executor* o l'*administrator* della successione di ottenere copia dei messaggi inviati e ricevuti dal *de cuius*¹¹². Negli ordinamenti europei non risultano, per il momento, interventi analoghi. Le questioni che emergono devono, pertanto, essere risolte in via interpretativa.

La distinzione sopra richiamata tra il regime dell'*account* e il regime dei *contenuti* può contribuire a ridurre il divario tra le opinioni sin qui riferite. Infatti, anche a voler ritenere, confor-

¹⁰⁸ T. MAYEN - H. ZUCK, *Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, in Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass*, cit., 66 ss.; M. MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, cit., 1149-1150; F. DEUTSCH, *Digitales Sterben*, cit., 5.

¹⁰⁹ M. MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen*

Persönlichkeitsschutzes im Internet, cit., 1147 ss.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ L. EDWARDS - E. HARBINJA, *Protecting Post - Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, cit., 118.

¹¹² Così dispone, ad esempio, la normativa adottata dal Connecticut: cfr. per riferimenti J.J. DARROW - G. FERRERA, *Who Owns a Decedent's E-Mails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network?*, cit., 294.

memente all'ultima delle tesi espresse, che il rapporto contrattuale con l'operatore del servizio di posta elettronica si estingue al momento della morte, in virtù della sua natura fiduciaria, non ne consegue necessariamente l'assoluta impossibilità per i familiari — indipendentemente dalla loro posizione di eredi — di avere accesso ai messaggi inviati e ricevuti dal *de cuius* ¹¹³. Da un lato si potrebbe ipotizzare un obbligo di custodia e restituzione gravante sull'operatore, quale specifico obbligo post-contrattuale fondato sul dovere di correttezza (art. 1375 c.c.) e non derogabile dall'autonomia privata ¹¹⁴. Dall'altro si deve notare che la fattispecie risulta comunque governata dalla previsione dell'art. 9, c. 3, del Codice in materia di protezione dei dati personali. Pertanto, chiunque dimostri un interesse proprio, agisca a tutela del defunto o per ragioni familiari meritevoli di protezione, può esercitare i diritti garantiti dall'art. 7 del Codice, tra i quali rientra evidentemente anche il diritto di accedere ai dati personali del defunto (e tali sono le *email*) custoditi presso i *server* dell'operatore. A tal riguardo, si potrebbe proficuamente attingere alla copiosa giurisprudenza in materia di accesso alla cartella clinica ¹¹⁵ e ai dati bancari del defunto ¹¹⁶, dalla quale si desume che le stesse garanzie di confidenzialità debbono ritenersi subordinate alle esigenze di accesso, supportate da idonea causa giustificativa. Ovviamente la natura delle situazioni coinvolte, che toccano il

¹¹³ Mi parrebbe preferibile far capo, anche in questa ipotesi, al modello della successione anomala delineato dalla legge sul diritto d'autore in relazione all'acquisto del diritto morale d'autore (art. 24) e della corrispondenza epistolare (art. 93). Nella medesima prospettiva cfr. le ricostruzioni di A. ZOPPINI, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, cit., 216 ss.; A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione*, cit., *passim*.

¹¹⁴ Cfr., in materia di comunicazione della documentazione bancaria, Cass., 27 settembre 2001, n. 12093, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2322; Cass., 12 maggio 2006, n. 11004, in *Obb. e contr.*, 2006, 580. In generale, sulla categoria degli obblighi post-contrattuali, v. J.H. BINDER, *Nachsorgende Vertragspflichten? Begründung und Reichweite fortdauernder Schutzpflichten nach Leistungsaustausch in Schuldverhältnissen*, in *AcP*, vol. 211, 2011, 587 ss.; T. BODEWIG, *Vertragliche Pflichten 'post contractum finitum'*, in *JURA*, 2005, 505.

¹¹⁵ In materia di accesso alla cartella clinica v. Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2866, in *Ragiusan*, 2009, fasc. 301, 24, ove si stabilisce che "l'erede legittimo ha diritto ad accedere ai dati contenuti nella

cartella clinica del *de cuius* per intraprendere e condurre iniziative giudiziarie connesse alla morte del congiunto, in quanto tale diritto si connota come proiezione post mortem della situazione giuridica della quale era titolare il defunto"; T.a.r. Sardegna, sez. II, 18 febbraio 2013, in *Riv. giur. sarda*, 2013, 443, con nota di V. ZENO - ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, che afferma la prevalenza del diritto di accesso dell'ex moglie alla cartella clinica dell'ex coniuge defunto (al fine di intraprendere azioni giudiziarie) rispetto alle esigenze di tutela della riservatezza opposte dalla p.a.; T.a.r. Sicilia, sez. Catania, sez. IV, 17 novembre 2007, n. 1877, in *Giur. merito*, 2008, 1421, così massimata: "In tema di accesso alla cartella clinica di una parente defunta (domanda avanzata solo da alcuni eredi), ai sensi dell'art. 22, 1° comma, l. 7 agosto 1990 n. 241 nel testo introdotto dall'art. 15 l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dell'art. 9, 3° comma, d.leg. 30 giugno 2003 n. 196, risulta illegittima la richiesta dell'amministrazione del consenso di tutti i coeredi dal momento che gli eredi sono titolari di situazioni giuridicamente tutelate e collegate ai documenti"; Garante prot. dati, 17 settembre 2009, doc. web n. 1656642, che afferma, sulla base

nocciolo duro della vita privata, implica un sindacato molto attento circa l'effettiva meritevolezza dell'interesse vantato dal soggetto agente, in particolare ove questo sia un individuo estraneo alla cerchia dei familiari, che intenda agire in base a un "interesse proprio" (si pensi, ad esempio, a un creditore che abbia accidentalmente cancellato la propria corrispondenza e intenda accedere alla posta del defunto per acquisire prova del titolo e tutelare i propri interessi in giudizio). Del pari, l'esigenza di tutelare la riservatezza dei terzi può indurre ad adottare specifici strumenti di salvaguardia, come l'oscuramento dei dati personali del mittente o destinatario di *email* a carattere privato, analogamente a quanto stabilito dal Garante per l'ipotesi dell'accesso ai dati bancari del defunto, il quale implichi l'ostensione di dati personali di altri soggetti¹¹⁷. Resta ferma, ovviamente, la competenza del Garante per la protezione dei dati o dei tribunali ordinari in merito ai conflitti che possano insorgere tra il titolare

dell'art. 9 c. 3 del Codice in materia di protezione dei dati, il diritto di un soggetto di accedere alla cartella clinica del convivente defunto al fine di disporre delle informazioni necessarie ad intraprendere le azioni giudiziarie più opportune ai fini della verifica di eventuali inadempienze nelle prestazioni sanitarie rese dalla controparte; Garante prot. dati, 25 settembre 2008, doc. web n. 1555676. Per i necessari approfondimenti v. A. ZOPPINI, *Le 'nuove proprietà' nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, cit., 218; E. BARILLÀ - C. CAPUTO, *Problemi applicativi della legge sulla privacy: il caso delle cartelle cliniche*, in *Pol. dir.*, 1998, 275 ss., 286 ss.; M.G. CAVO, *Cartella clinica: sul diritto di accesso e sul diritto di riservatezza ai dati in essa contenuti*, in *Ragiusan*, 2011, fasc. 327, 12.

¹¹⁶ In tema di accesso ai dati bancari del defunto v. ad es. Garante prot. dati, 31 gennaio 2013, doc. web n. 2355125, che ammette il diritto della vedova di ottenere informazioni circa operazioni bancarie suscettibili di produrre riflessi sul patrimonio del defunto e su quello degli eredi; Garante prot. dati, 12 novembre, 2009, doc. web n. 1688199, Garante prot. dati 17 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2009, 631, con nota di R. FRAU, *Note in tema di accesso al trattamento dei dati personali e richiesta di documentazione bancaria*. Inoltre cfr. la Deliberazione 25 ottobre 2007, n. 53 del Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di trattamento dei dati personali della clientela in ambito bancario*, e in particolare l'art. 5.3., 1° e 2° co.: "La disciplina in materia di protezione dei dati personali prevede che il diritto di

accesso ai dati riferiti a persone decedute possa essere esercitato "da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interesse o per ragioni familiari meritevoli di protezione" (art. 9, comma 3, del Codice) legittimando i soggetti che si trovino in tali condizioni ad esercitare tale diritto in rapporto a dati personali (inclusi rapporti bancari e finanziari) riferibili al defunto. L'istituto di credito è quindi tenuto a comunicare ai soggetti indicati al menzionato art. 9, comma 3, in modo chiaro e comprensibile informazioni riguardanti la consistenza patrimoniale del defunto, le movimentazioni bancarie, i saldi riferiti ai depositi "al portatore", anche se estinti da terzi successivamente al decesso, nonché la data in cui è stata disposta l'estinzione del conto o il trasferimento del saldo ad altro conto".

¹¹⁷ Cfr. l'art. 53, 3° co., delle già citate *Linee guida in materia di trattamento dei dati personali della clientela in ambito bancario*: "Non possono, invece, formare oggetto di comunicazione ai sensi degli artt. 7 e 9, comma 3, del Codice informazioni che siano dati personali riferibili non all'interessato, ma a terzi. Ad esempio, non è conoscibile in base alle norme appena richiamate il nominativo del percettore del saldo di deposito, pur intestato al *de cuius*, in quanto tale informazione riguarda non il cliente deceduto, ma un terzo; ciò, salvo che ricorra un'ipotesi di cointestazione con il defunto. In base, poi, a tale disciplina non può essere accolta la differente richiesta di accesso a dati personali trattati da una banca e riferiti ad una persona deceduta, se volta a conoscere specificamente e direttamente l'identità della persona delegata dal defunto ad effettuare determinate opera-

del trattamento e i controinteressati. In tal modo sembra possibile conseguire soluzioni equilibrate, in grado di bilanciare l'esigenza di consentire l'accesso e la fruizione dei dati del defunto con quella di assicurare la protezione della dignità dello scomparso.

5. I LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA E IL MANDATO *POST MORTEM* DIGITALE.

Le numerose incertezze che tuttora circondano il regime della successione nei beni e nei rapporti digitali rendono quanto mai auspicabile il ricorso agli strumenti dell'autonomia privata. In particolare, soprattutto nelle ipotesi in cui i diritti in oggetto abbiano una connotazione 'personalistica' (come nel caso dell'*account* di posta elettronica, appena discusso), una chiara manifestazione di volontà del *de cuius* potrebbe contribuire ad appianare molte difficoltà e, soprattutto, a risolvere il problema del conflitto tra la posizione degli eredi e quella dei prossimi congiunti. La soluzione astrattamente più lineare sarebbe quella di utilizzare il negozio testamentario, assumendo che le disposizioni relative all'amministrazione della propria identità digitale — come il desiderio di cancellare tutti i contenuti liberamente visibili da terzi o al contrario di procedere alla trasformazione in forma 'commemorativa' del proprio profilo *Facebook* — possano rientrare all'interno del c.d. contenuto atipico del testamento ai sensi dell'art. 587, c. 2, c.c.¹¹⁸. Il ricorso al negozio testamentario sottende, però, molteplici difficoltà operative¹¹⁹, le quali sembrano spingere la pratica verso tecniche più flessibili e sottratte al rigore dell'atto di ultima volontà. Numerosi fornitori di servizi

zioni bancarie". V. altresì i provvedimenti del Garante 27 aprile 2000, doc. web n. 1113611; 3 aprile 2002, doc. web n. 1065256; 8 ottobre 2003, doc. web n. 1053855; 20 maggio 2004, doc. web n. 1098787.

¹¹⁸ In questo senso, con riguardo al diritto tedesco, F. DEUTSCH, *Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, cit., 7. Come è noto, la dottrina prevalente ritiene che all'interno del testamento possano trovare spazio disposizioni di natura non patrimoniale non espressamente contemplate dalla legge: cfr. G. BONILINI, *Le disposizioni non patrimoniali. Introduzione*, in G. BONILINI, a cura di, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 965 ss., 967 - 970; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, art. 587-590, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 115.

¹¹⁹ Cfr. ad es. quanto osservato da N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequen-*

dum, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 685 ss., 694, il quale sottolinea, a proposito della pubblicazione del testamento olografo o segreto, come l'atto debba "essere ricevuto dal pubblico ufficiale alla presenza di un soggetto che, pur non essendo beneficiario di alcuna disposizione patrimoniale, vanti un qualsiasi interesse alla pubblicazione, il quale indebitamente (oltre agli stessi testimoni presenti all'atto) potrebbe utilizzare le informazioni circa il 'profilo' del mandante. Un tale rischio si fa decisamente concreto, in quanto è sufficiente la semplice conoscenza delle stesse, la qual cosa avviene puntualmente (e deve avvenire) in sede di pubblicazione del testamento. È inutile sottolineare che si potrebbe paventare una vera e propria corsa a chi è più lesto a procedere alla pubblicazione del testamento, il quale acquisirà conoscenze riservate, ben prima della sola persona di fiducia del testatore (anche in questo caso potrà trattarsi di un esecutore testamentario *ad hoc*, ovvero degli stessi eredi), indicati all'uopo nell'atto di ultima volontà".

della società dell'informazione hanno, infatti, iniziato a predisporre interfacce informatiche volte a sollecitare una scelta consapevole del soggetto in ordine alla destinazione dei propri dati e beni digitali per il tempo successivo alla morte. L'obiettivo non è soltanto quello di rendere più complete commercialmente appetibili i propri servizi, ma anche quello di sottrarsi all'alea delle liti giudiziarie. Non si può dimenticare, infatti, che, per un operatore che si rivolga all'intero mercato globale, come *Facebook* o *Google*, risulta pressoché impossibile dettare regole o prassi organizzative interne in grado di soddisfare i requisiti posti dal diritto successorio di ciascuna giurisdizione coinvolta. Certamente preferibile è la soluzione di incentivare una decisione meditata da parte dello stesso individuo circa l'identità dei 'fiduciari' e la natura delle prerogative ad essi conferiti.

Due, al momento, sono le risposte principali che stanno emergendo.

La prima consiste nella predisposizione, a cura degli stessi operatori che offrono servizi di posta elettronica, messaggia istantanea, *social networks*, di piattaforme elettroniche a stimolare e registrare la manifestazione di volontà dell'utente. Paradigmatico, a questo proposito, è l'esempio offerto da *Google*, che ha attivato dal 2013 un servizio denominato "Gestione account inattivo"¹²⁰. Esso "consente agli utenti di condividere parti dei dati del loro *account* o di avvisare qualcuno se non sono attivi da un determinato periodo di tempo". Nello specifico, l'utente ha la possibilità di indicare uno o più nominativi di persone di propria fiducia, le quali, in caso di protratta inattività del conto, riceveranno un messaggio di posta elettronica dal *provider* e potranno, se a ciò autorizzate dal *de cuius*, accedere ai contenuti personali del defunto (come quelli presenti su *Gmail*, *Google Drive*, *Picasa*, etc.). Tutto ciò avviene senza costi aggiuntivi e in maniera molto semplice da gestire.

La seconda soluzione è più apertamente informata ad una logica di mercato. Essa consiste nell'utilizzazione di veri e propri *digital estates planning services*, come *Legacy Locker.com*, *Secure Safe* o *Entrusted*, i quali offrono la possibilità di conservare, a pagamento, le credenziali di accesso a tutti gli *account* del soggetto e di trasferire automaticamente queste ultime, in caso di decesso, a terze persone previamente indicate dal *de cuius*¹²¹. Di recente, peraltro, si sono moltiplicati siti che offrono i medesimi servizi, ma a titolo gratuito. Ad esempio, *Ifidie.org* dà la possibilità a qualsiasi utente registrato di comunicare messaggi, fotografie,

¹²⁰ Cfr. F. DEUTSCH, *Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, cit., 3; V. ZENO - ZENGOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, cit., 451.

¹²¹ Cfr. D. MCCALLIG, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, cit., 26.

ricordi personali, o semplicemente trasmettere le credenziali di accesso ai destinatari prescelti al momento dell'attivazione del servizio ¹²².

Il ricorso a strumenti di questo tipo soddisfa le esigenze di semplicità e flessibilità nell'amministrazione del proprio patrimonio digitale. Tuttavia, vi sono alcuni problemi di ordine pratico e giuridico, che non possono essere sottaciuti. Dal primo punto di vista, si è opportunamente richiamata l'attenzione sul fatto che le *password*, per essere sicure, devono essere costantemente aggiornate e ciò implica la necessità di una continua modifica delle informazioni inserite su tali siti (ma tale esigenza si riproduce quale che sia lo strumento di conservazione delle credenziali adottato, in particolar modo ove questo consista nel deposito presso un notaio congiuntamente alla scheda testamentaria) ¹²³. Inoltre, sarebbe poco prudente fare affidamento sull'assoluta attendibilità degli operatori 'depositari', se è vero che la particolare volatilità dell'*e-business* rende il rischio del fallimento e della chiusura del sito (con evidente rischio di perdita dei dati ivi ospitati) un'ipotesi alquanto realistica ¹²⁴. Dal secondo punto di vista deve essere accertata la compatibilità di tali strumenti con il diritto positivo interno. Negli Stati Uniti, ad esempio, il primo problema che è stato sollevato concerne la liceità di un accesso all'*account* da parte di un terzo, che sia in possesso delle credenziali del *de cuius*, nonostante il divieto di cessione contenuto nelle condizioni generali di contratto, potenzialmente rilevante ai fini dell'applicazione delle norme penali che proibiscono l'accesso non autorizzato ai sistemi informatici (negli USA il *Computer Fraud and Abuse Act*) ¹²⁵. Più rilevante, ai nostri fini, è una diversa questione, concernente la compatibilità di tali strumenti con il diritto successorio interno. Si deve ricordare, infatti, che un accordo contrattuale volto a realizzare la disposizione di diritti patrimoniali relativi a successioni future, sarebbe fulminato dalla sanzione della nullità, per contrasto con il divieto dei patti successori (art. 458 c.c.) ¹²⁶. Così, ad esempio, una manifestazione di volontà resa in via elettronica, con la quale il soggetto stabilisca la trasmissione a determinate persone dell'intera 'libreria musicale' o della propria collezione di video d'autore rischierebbe di risultare, per il diritto italiano, affetta da invalidità. L'esito sarebbe diverso, tuttavia, qualora l'incarico non importi la disposizione di beni patrimoniali e si riferisca all'esercizio di

¹²² <https://www.ifidie.org/>.

¹²³ F. DEUTSCH, *Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, cit., 7.

¹²⁴ M. CINQUE, *La successione nel 'patrimonio digitale': prime considerazioni*, cit., 653.

¹²⁵ Sul punto v. D. McCALLIG, *Face-*

book after death: an evolving policy in a social network, cit., 26.

¹²⁶ M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 135; V. PUTORTI, *Mandato post mortem e divieto dei patti successori*, in *Obb. e cont.*, 2012, 737.

diritti, aventi natura prevalentemente personale ¹²⁷. Si pensi, ad esempio, ai diritti aventi ad oggetto la corrispondenza elettronica o l'insieme delle comunicazioni scambiate su una rete sociale, quale *Facebook*. In siffatte ipotesi, la manifestazione di volontà è finalizzata ad assicurare un'amministrazione della propria 'identità' in rete, la quale sia conforme ai desideri e alle esigenze espressi in vita dal defunto, disciplinando ad esempio questioni delicate, come chi o a quali condizioni possa accedere ai *file* o ai messaggi a contenuto riservato o familiare. Accordi di questo tipo non sembrano incorrere nella sanzione dell'invalidità, in quanto sono riconducibili alla categoria del mandato *post mortem exequendum*, il quale per comune opinione è ritenuto valido e vincolante, qualora sia volto a regolamentare il compimento di atti a contenuto non patrimoniale ¹²⁸. Esempi classici di validi mandati *post mortem* sono gli incarichi conferiti dal *de cuius* ad una persona di propria fiducia, affinché provveda alla cremazione delle spoglie mortali del mandante ¹²⁹, alla pubblicazione di un'opera dell'ingegno inedita (art. 24 l. d.a.) ¹³⁰, o alla divulgazione dell'epistolario (art. 93 l. d.a.) ¹³¹. Ad essi possono essere assimilati i casi della determinazione in via contrattuale delle modalità di gestione dei propri dati e beni digitali, stabilendo se questi debbano essere conservati o cancellati; se il profilo *Facebook* debba essere oscurato o reso commemorativo ¹³²; se gli scritti scientifici del defunto debbano essere resi disponibili su archivi ad accesso aperto (come la rete *SSRN*) o rimossi. Ragioni per dubitare della validità di tali dichiarazioni di volontà non se ne vedono, né sotto il profilo formale (essendo esclusa la soggezione di questi negozi a forme vincolate o solenni) ¹³³, né sotto quello sostanziale ¹³⁴. Anzi, è possibile argomentare che un accordo negoziale teso a disciplinare la sorte dei dati dopo la morte dell'interessato risponda pienamente sia alle finalità della norma-

¹²⁷ M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 138.

¹²⁸ G. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in G. BONILINI, a cura di, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, *La successione ereditaria*, cit., 3 ss., 27; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 138; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, cit., 691 ss.

¹²⁹ G. BONILINI, *Iscrizione a "società" di cremazione e mandato post mortem*, in *Fam. pers., succ.*, 2007, 524 ss.

¹³⁰ M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., 140; S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Le disposizioni relative alla pubblicazione di opere. Il divieto di pubblicazione di opere inedite*, in G. Bonilini, a cura di,

Trattato di diritto delle successioni e donazioni, II, *La successione testamentaria*, cit., 791 ss., 800.

¹³¹ M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 140 - 142; A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione*, cit., 197 ss., 273 ss.

¹³² Sul fenomeno della preservazione postuma dell'identità all'epoca di Internet v. P. STOKES, *Ghosts in the Machine: Do the Dead Live on in Facebook?*, in 25 *Phil. & Tech.* 363 (2012).

¹³³ V. ZENO - ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, cit., 452.

¹³⁴ N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, cit., 691 ss.; M. CINQUE, *La successione nel 'patrimonio digitale': prime considerazioni*, cit., 655.

tiva in materia di protezione dei dati personali, rappresentando un autentico atto di esercizio del diritto all'autodeterminazione informativa, sia a quelle del diritto delle successioni. Il ricorso alla tecnologia può, infatti, dare maggiore concretezza al principio dell'autoregolamentazione privata degli interessi¹³⁵, consentendo anche alle fasce più giovani della popolazione — quelle che meno si confrontano con l'idea della mortalità — di usufruire di strumenti tecnologici, che permettano, in una maniera tipicamente *user-friendly*, di governare il destino della propria identità digitale anche per la fase successiva alla morte.

Abstract

What happens to data, files and images related to an individual after her death? What is the legal regime of the Facebook profile or social network accounts? Who is entitled to access the emails of a deceased? This essay reflects on such questions, providing a legal analysis of the issues related to the 'digital death'.

¹³⁵ Cfr. D. McCallig, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, cit., 33.