

Contenzioso ereditario digitale e mezzi di prova (1)

Sommario: 1. *Profili generali. La destrutturazione di linguaggio e realtà* – 2. *Incidenza della digitalizzazione sul contenzioso ereditario* – 3. *Analisi dei profili problematici. La legge applicabile* – 4. *La disciplina delle fonti di prova tra tipicità e atipicità* – 5. *La rilevanza dei beni giuridici dematerializzati come fonte di prova* – 6. *La rivendicazione dei beni giuridici dematerializzati oggetto di contenzioso. Beni “di pertinenza” del de cuius e forma della loro disposizione* – 7. (segue) *La successione ab intestato*. – 8. *L’accesso ai beni giuridici dematerializzati. L’azione cautelare e la tutela d’urgenza*. – 9. *L’azione di merito*.

1. La rivoluzione digitale – l’introduzione e l’uso massivo delle nuove tecnologie che pervadono e governano quasi ogni istante della nostra vita – ha determinato la relativizzazione di concetti che eravamo abituati ad assumere come certi e immutabili. La letteratura, l’arte, la musica, ci hanno insegnato che ogni uomo può vivere molte vite, nel senso che l’esistenza di una persona può essere scandita da più fasi, da più periodi, da diversi ambiti di attività, e tuttavia cronologicamente ordinati, o almeno definibili in base a luoghi ed azioni, ma in ogni caso procedenti, in direzione obbligata, lungo l’arco temporale della medesima vita biologica. Il presupposto era un concetto di realtà tutto sommato condiviso, poiché sino all’età contemporanea anche il pensiero filosofico intorno al concetto di realtà – quand’anche svolto nell’ambito della metafisica o della teologia – ruotava sul nesso tra il fenomeno empirico e l’intelletto umano, nesso dato dalla valutazione del primo ad opera del secondo; tale per cui l’infinita varietà di giudizio e di pensiero ricadeva comunque sulla realtà empirica, cioè sul “*mondo empiricamente osservabile, dato in uno spazio e in un tempo essi pure offerti alla osservazione empirica [...] contrapposto da un lato alla realtà oltremondana e trascendente della religione e dall’altro all’universo ideale della logica e della matematica*” (2). La modernità può invece ben definirsi età della crisi, della critica radicale al metodo e all’esito (quale che sia) dell’indagine intorno alla conoscenza e

¹ Il testo riproduce, riveduta ed ampliata, la relazione svolta al convegno “*Successione nel patrimonio digitale e limiti dell’autonomia privata*”, in Piacenza il 5 novembre 2021.

² A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, V ed., Milano 1996, p. 302 ss.. All’opera del Maestro si rinvia per ulteriori, compiuti approfondimenti circa il rapporto tra realtà e idealità del diritto e, in particolare, per la realtà del fenomeno giuridico e della sua sussunzione normativa; temi che non si osa affrontare in questa sede.

alla conoscibilità del mondo: negazione della validità del ragionamento tradizionale, dei suoi postulati e dei suoi approdi; decostruzione della realtà come fenomeno non oggettivo ma prodotto dall'osservazione o dall'agire umano; destrutturazione del linguaggio, radice del pensiero e convenzionale come questo ⁽³⁾, che si fa distruzione anche del *continuum* spazio-temporale, consegnandoci la virtualità come “*non-luogo*” in cui fondamentalmente tutto è possibile, anche vivere contemporaneamente più vite, ciascun “profilo” o “avatar” essendo solo una delle molteplici, potenzialmente infinite, proiezioni e profilazioni del medesimo individuo: la versione moderna e tecnologicamente avanzata della persona che si fa personaggio. La vita, declinata in digitale, perde dunque senso e contenuto, relativizzandosi; così come, specularmente e in obbligata e quintessenziale corrispondenza, la morte, spogliata del suo significato di

³ Dal nichilismo, che in Nietzsche ha il massimo e più profondo interprete occidentale, muove il pensiero di Heidegger prima e di Habermas poi, sino al decostruzionismo di Derrida e alla “società liquida” di Luhmann, divenuta anche nel linguaggio comune sinonimo e paradigma dell'incertezza. La furia demolitrice di dogmi e concezioni, che nel solido ancoraggio alla tradizione e al senso profondo della cultura umana (v. il costante riferimento al mondo greco) faceva di Nietzsche in realtà l'ultimo grande metafisico (con la morte di Dio e il caos assunti come occasione di rinnovamento e di individuazione di nuovi e più autentici valori), nel pensiero di Heidegger si risolve nella negazione del significato comune dell'esistenza, del progetto di vita del singolo, il cui più vero e autentico senso – il “*Dasein*” (“*esserci*”, cioè esistere nel tempo e nella storia) – non può che rinvenirsi nella morte, come evento supremo che rende impossibile ogni scelta alternativa, che pone l'uomo davanti alla consapevolezza della propria nullità e della “*impossibilità possibile della propria esistenza*” e del fatto che la propria esistenza si giustifica proprio nella morte come momento della storia e come inizio ed apertura della trascendenza, che realizza il vero progetto della vita (l'uomo è in sé un progetto a sua volta progettato) e che ha senso solo in una dimensione diacronica. Il pensiero di Habermas, a sua volta, quando pone a fondamento della relazione umana il discorso e dunque la struttura della comunicazione, articolata in presupposti di validità e verità, può anche leggersi come individuazione del linguaggio non solo come strumento epistemologico ma, al contempo, come fondamento ultimo della percezione del mondo; di guisa che, destrutturando il discorso (es. venendo a cadere uno o più dei suoi principi: correttezza, verità, veridicità, comprensibilità), ne discende l'incomunicabilità, cioè la mancata comprensione tra uomini e del mondo da parte dell'uomo. Non saprei dire con che consapevolezza innumerevoli autori, nella varietà delle espressioni culturali, abbiano perseguito e realizzato tale approccio “decostruttivo” mediante la destrutturazione dei rispettivi linguaggi, intesi come regole della espressione, muovendo proprio dalla considerazione della loro natura convenzionale e polisemica. Picasso scompone la fisionomia e il movimento del soggetto moltiplicando e relativizzando il punto di vista; Dalì traspone su tela il relativismo del tempo teorizzato da Einstein (ma la sua intera produzione artistica è un vortice iconoclasta dei canoni della rappresentazione, fondata sulla distorsione delle immagini e sul *leit-motif* delle illusioni ottiche); in ambito musicale il pensiero corre alla dodecafonia con cui Stockhausen infrange le strutture foniche classiche sostituendo alla variazione melodica l'equivalenza dei toni sul piano formale; e al celebre, filosofico, metodo compositivo di Miles Davis, (“*non suonare le note che sono sullo spartito, suona quelle che non ci sono*”; e “*non temere gli errori, nel jazz non ce ne sono*”).

evento definitivo e universale, perché riferita e riferibile univocamente solo ad una delle possibili proiezioni della persona. Un relativismo che invero non era ignoto, se il nostro ordinamento conosce la morte come evento che non esiste finché non venga dichiarato in quel luogo virtuale per antonomasia che è il processo, ontologicamente dissociato dalla realtà proprio perché in esso questa viene sussunta e qualificata (4). Oggi l'attributo "digitale" destruttura già come costruito semantico vita e morte, stati di una non-materia; "morte digitale" è la cessazione solo di una delle, teoricamente plurime, "identità digitali" riconducibili al medesimo soggetto: è l'evento interruttivo di un rapporto contrattuale di servizio. L'omessa dichiarazione dell'evento prolunga la vita digitale del soggetto, conferendogli potenzialmente l'immortalità (digitale anch'essa), ammesso che sia possibile nascondere l'evento all'occhiuto Grande Fratello telematico.

Dal relativismo e dalla decostruzione del linguaggio il passo per il relativismo e la decostruzione delle regole – fenomeno ontologicamente linguistico – è non solo breve ma naturale. Ed in effetti il diritto fatica ad imporsi su una materia evanescente come lo spazio (virtuale) in cui si svolge. Un luogo che tutti conosciamo come "rete", che però in inglese si dice *web* e designa, più propriamente, la tela del ragno: una tela estesa per tutto il mondo (*world-wide*). Un luogo in cui ci muoviamo *navigando*: e se c'è in natura una forza ineluttabile, inesorabile, irresistibile ed ingovernabile per eccellenza, è appunto il mare, infinito, insondabile, oscuro (5).

2. Come cambiano il contenzioso ereditario le acque di questo mare virtuale, il lessico e le logiche destrutturate e fluide di questo mondo digitalizzato? Il primo interrogativo da porsi riguarda l'elemento soggettivo della fattispecie. La relativizzazione dei concetti di vita e di morte non implica logicamente, né sembra poter conseguentemente

⁴ È il tema della scissione tra verità epistemica e verità processuale, sintetizzabile – ove mai sia possibile tentarne una sintesi – nel noto brocardo "*Quod non est in actis, non est in mundo*": un dato osservabile empiricamente intanto esiste sul piano processuale in quanto nel processo sia ritualmente introdotto, cioè sussunto, divenendo oggetto di valutazione (*ammissibilità, rilevanza, efficacia*).

⁵ Se "*ignoranti quem portum petat nullus suus ventus est*" (Lucio Anneo Seneca, *Lettere a Lucilio*, lettera 71), è pur vero che "*magnus gubernator et scisso navigat velo*" (Id., lettera 30). A nostro avviso, per orientarsi occorre non enfatizzare l'autonomia concettuale della digitalizzazione: ogni fenomeno che in quel mondo si svolge ha pur sempre la sua radice nell'attività umana e costituisce la proiezione di un corrispondente fenomeno, e di una corrispondente fattispecie giuridica, del mondo reale; in cui si risolvono.

fondare, analoga visione relativista del **soggetto di diritto**. L'identità digitale altro non è che la proiezione del soggetto nel mondo virtuale per effetto di una sua iniziativa. È dunque nient'altro che l'effetto di un rapporto giuridico (il contratto di servizio) che ne costituisce il presupposto, e dell'attività – per quanto multiforme ed eterogenea per cause e interessi – posta in essere dal soggetto o caratterizzata da una “spendita del nome” del soggetto. L'identità digitale non ha dunque natura universale, perché non è un fenomeno naturalisticamente dato; è, di contro, una manifestazione dell'attività umana, che concettualmente la delimita. Così, in senso proprio, la “identità digitale” è la proiezione telematica del soggetto rispetto ai rapporti con la Pubblica Amministrazione e con gli enti pubblici aderenti allo “spazio virtuale” (c.d. portale) ove, con l'interlocuzione, diremmo che tale identità trova esplicazione. La pluralità di rapporti e di ambiti in cui il soggetto può scegliere di interagire con altri implica allora la possibile pluralità di “identità digitali”, o più propriamente di “*profili*”. Corrispondono ad altrettante soggettività giuridiche? La risposta deve essere negativa. Il soggetto di diritto, come centro di imputazione di interessi ⁽⁶⁾, postula non solo e non tanto l'idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive, quanto piuttosto la *univocità* della imputazione ad un titolare: la *persona*. Fisica o giuridica che sia, è la *persona* l'unità di misura della soggettività; identificabile in base alla *autonomia logica, ontologica, strutturale* degli interessi e, più esattamente, dell'entità in cui confluiscono e che con la loro convergenza *individuano*. Il principio non è scalfito, bensì confermato, anche da istituti a prima vista difformi, quali i patrimoni separati e le società unipersonali ⁽⁷⁾, che si risolvono in una diversa regolamentazione della responsabilità patrimoniale del medesimo soggetto titolare, rispettivamente in una forma “chiusa” (incompatibile con la presenza di altri titolari) e in una aperta al massimo grado perché determinante la creazione di una persona giuridica (autonomia patrimoniale perfetta). Tali caratteri non si rinvergono, con tutta evidenza, nel caso di plurime identità digitali o *profili*: sia perché la responsabilità patrimoniale configurabile in relazione al loro utilizzo attinge il patrimonio di uno ed un solo soggetto “reale” (*rectius*, “finale”) ed in favore dei suoi creditori; sia perché – quanto agli interessi non economicamente rilevanti – essi sono imputabili, cioè riferibili, sempre a

⁶ A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939

⁷ *Nota bibliografica*

quel medesimo soggetto di cui costituiscono la proiezione, come parti al tutto, in forza di quella corrispondenza biunivoca imposta dalle regole della loro creazione (*infra*, §6).

Muta altresì l'**oggetto del contenzioso**. Al c.d. “patrimonio digitale” sono riconducibili sia nuovi beni e nuove situazioni giuridiche, di non sempre agevole inquadramento, creati dall'avvento della rivoluzione digitale: codici di accesso, *password*, identificativi, la c.d. identità digitale o profilo (*account*); sia beni giuridici tradizionali, *rectius* materiali, che vengono **dematerializzati**: i documenti contenenti scritti, audio, video, la cui circolazione è ormai anch'essa dematerializzata (si pensi ai sistemi di archiviazione su *cloud* o su supporti mobili) e, per la riproducibilità infinita, tendenzialmente non controllabile; il che pone, altresì, il problema del compiuto accertamento della esatta consistenza di detto patrimonio, non agevolmente “inventariabile”.

Muta, infine, l'*animus* dei contendenti. Rientra ormai nel notorio il rilievo della natura **tossica** degli strumenti di comunicazione di massa, i *social media*, che hanno radicalmente riscritto, in senso peggiorativo, i codici di comportamento che regolano le relazioni umane. La disgregazione del tessuto sociale nasce da micro-conflitti, creati, alimentati, financo organizzati, a livello individuale. La natura lungolatente sia degli effetti biologici sia delle disfunzioni del comportamento (⁸) può forse contribuire a spiegare il declino e l'imbarbarimento delle relazioni sociali, amplificato dal contesto di riferimento. Se tradizionalmente è la famiglia il luogo in cui esplodono gli odii e le faide più sanguinose, ha saputo amplificare anche questo, facendosi occasione e veicolo di contagio ed esaltando la virulenza di questo male e le condotte parossistiche: i protagonisti del conflitto tenderanno a viverlo con crescente intensità e saranno sempre meno inclini ad evitarlo e a comporlo bonariamente.

Ma le nuove tecnologie offrono anche potenzialità diverse e più sottili: sono strumento per fare nuove conoscenze e stringere rapporti,

⁸ In letteratura, a partire dagli studi di K. Young (“*Internet addiction: The emergence of a new clinical disorder*”, 1998, disponibile all'indirizzo <https://www.liebertpub.com/doi/10.1089/cpb.1998.1.237>) si è evidenziata la assimilabilità di tale dipendenza a quelle da alcool e sostanze psicotrope; quanto ai comportamenti, è di comune esperienza la figura dell' “odiatore seriale”, magistralmente scolpita – si perdoni il riferimento – da Maurizio Crozza nel personaggio di “*Napalm51*”, epigono orwelliano (“*l'ignoranza è forza*”) delle “*legioni di imbecilli*” cui internet ha dato voce (U.Eco).

episodici o duraturi, che ogni *bonus pater familias* con la relativa diligenza eviterebbe; e che invece finiscono per assumere una efficacia causale *specificata* nel nostro ambito, ampliando la platea dei **soggetti** coinvolti nel contenzioso ereditario – nuovi *partners*, nuova prole – o creando il presupposto per l’esplosione di un conflitto o l’inasprimento di quelli latenti ⁽⁹⁾. Non è dunque di poco momento l’incidenza sull’*an* del contenzioso ereditario, sul *quomodo*, sul *quod agitur*.

3. Ciò premesso, il primo problema – pregiudiziale in ordine logico – posto dalla rivoluzione tecnologica e digitale è quello delle **regole**, cioè della individuazione delle norme applicabili alla fattispecie. Tanto le **norme di condotta (policy)** quanto le **norme di conflitto (diritto delle obbligazioni, diritto delle successioni)** sono individuate mediante contratti **per adesione**, unilateralmente predisposti dal fornitore di un servizio (*software, email, banche dati, cloud, social network account, etc.*) con il superamento del diritto nazionale. Quanto alle *norme di condotta*, va preliminarmente osservato che l’accesso alla rete e la navigazione su qualunque sito, ancorché formalmente “gratuito”, implica invece un contratto a prestazioni corrispettive, predisposto unilateralmente dal contraente “forte” cioè colui che offre il servizio, secondo lo schema del contratto per adesione, in cui non solo non è possibile negoziare il contenuto di alcuna clausola, ma non è detto che vi sia la disciplina più favorevole italiana, neanche in via suppletiva o integrativa o correttiva. Quando il “click”, il segno di spunta sulla casellina, è condizione necessaria e imprescindibile per proseguire nell’accesso o nella installazione o nella configurazione del *software*, è evidente che siamo lontanissimi non solo e non tanto dal Codice del consumo, ma dagli artt. 1341 e 1342 codice civile sulle clausole vessatorie.

Questi moduli per adesione possono prevedere, a parte la individuazione del foro competente in un organismo – corte o collegio

⁹ Il libero accesso di massa alla rete e alla tecnologia digitale consente di dar libero sfogo ad ogni pulsione, ad ogni istinto illecito, spazzando via quel naturale effetto di self-restraint o di temperanza indotta da un contesto sociale più contenuto e tradizionale, in cui tanti gesti venivano evitati se non altro perché era più difficile compierli in presenza di un “controllo sociale diffuso” e capillare sul territorio. La rete, come luogo virtuale, anzi come “non-luogo”, alimenta l’illusione che dietro lo schermo di un dispositivo – che può essere comodamente spento, disconnettendo l’agente dal contesto in cui opera – e magari dietro l’anonimato tutto o quasi sia possibile: perché è un ambito in cui la concretezza, l’immanenza al reale, è inversamente proporzionale all’ampiezza dei contenuti disponibili e alla loro pericolosità sia nel breve che nel lungo periodo (si pensi agli effetti deleteri per lo sviluppo psico-fisico dei minori, esposti a dosi di violenza, di abbruttimento e di orrori senza eguali).

arbitrale o altro – solitamente del luogo ove il fornitore del servizio ha la sede (operativa o legale), a) il rinvio alla disciplina nazionale del fornitore; b) il rinvio alla disciplina di un altro stato; c) il rinvio alla *lex mercatoria*, cioè riprodurre (e occorrerebbe verificare con che accuratezza ammesso che sia possibile individuare lo sfuggente termine di paragone) le prassi, gli usi e le consuetudini di quel settore di mercato che – in materia di innovazione tecnologica – non sono poi così consolidate; d) il rinvio – altrettanto problematico – ai “principi generali del diritto”. Ciò significa che l’applicazione, al contenzioso ereditario su beni “nativi digitali”, ovvero tradizionali ma “digitalizzati”, della legge italiana e in particolare delle norme sostanziali di diritto successorio e processualcivilistiche è tutta da dimostrare.

Ed è dunque questo un primo e pesante limite che la autonomia privata incontra: la tendenziale non predicabilità – se non nei limiti di quanto sia riconosciuto da un diritto internazionale privato sostanzialmente anodino, e da uno *ius commune* fumoso ed evanescente – di tutta una serie di istituti su cui il nostro ordinamento costruisce equità e giustizia del diritto delle obbligazioni: la tutela del contraente debole sul piano formale (asimmetrie informative); la vessatorietà delle clausole e le nullità di protezione; la *reductio ad aequitatem* giudiziale, con il ricorso alla buona fede integrativa.

Desolante il quadro dei rimedi per lo squilibrio del sinallagma: la sospensione della prestazione per inadempimento, la *soluti retentio* (*rectius* la ritenzione dei beni *consegnati* mediante *upload*), la risoluzione del contratto, sono – con buona evidenza – sostanzialmente appannaggio del contraente forte che si comporterà come proprietario esclusivo di beni di pertinenza del *de cuius* applicando, secondo il proprio inaccessibile ed insindacabile giudizio, le proprie regole.

Al riguardo, anzi, meriterebbe ampia riflessione – riprendendo la elaborazione della teoria generale del diritto sulla c.d. “autorità privata” – l’esercizio, da parte del gestore del servizio, di poteri di imperio *lato sensu* assimilabili a quelli di un’autorità amministrativa o giurisdizionale: censura, oscuramento, cancellazione degli *account* motivate con ragioni “etiche”. Dovremo probabilmente abituarci, ammesso che sia possibile, all’idea di una sanzione a connotazione pubblica (per la platea indeterminata dei destinatari della relativa informazione, perché è in ciò che consiste la “rete”) irrogata da soggetti privati sottratti ad ogni

controllo statale, o ad un controllo solo teorico perché in concreto non esercitabile se non *ex post* e a distanza di tempo. Occorrerebbe pertanto riflettere sulle *chances* di successo di una iniziativa di tutela promossa dall'erede di un soggetto nei confronti del gestore del servizio che abbia ritenuto di oscurare o rimuovere, in tutto o in parte, il profilo o i contenuti dell' *account* del *de cuius*. Ritorna l'antico interrogativo: *quis custodiet custodes?*

4. Discorso apparentemente meno complicato sul versante processuale, quanto alla disciplina delle fonti di prova. In linea generale, sappiamo che le prove si distinguono in costituite (documenti) e costituende (dichiarazioni o altre formalità mediante le quali la prova raccolta all'esterno del processo vi fa ingresso); e che la loro elencazione nel codice non è tassativa, posto che il mezzo di prova non espressamente nominato o può essere ricondotto in una categoria tipica (es. l'email nel concetto di documento) o può essere considerato prova atipica. Al riguardo la giurisprudenza ha, da diversi anni, chiarito che il nostro ordinamento è fondato sul principio del libero convincimento del giudice; che non esiste una gerarchia delle prove, per cui i risultati di talune di esse debbano necessariamente prevalere nei confronti di altri dati probatori, essendo rimessa la valutazione delle prove al prudente apprezzamento del giudice ⁽¹⁰⁾.

¹⁰ Così, testualmente, Cass. 18.04.2007 n. 9245. Conforme la più attenta giurisprudenza di merito: *“Nell'ordinamento civilistico manca una norma generale, quale quella prevista dall'art. 189 c.p.p. nel processo penale, che legittima espressamente l'ammissibilità delle prove non disciplinate dalla legge. Tuttavia, l'assenza di una norma di chiusura nel senso dell'indicazione del numerus clausus delle prove, l'oggettiva estensibilità contenutistica del concetto di produzione documentale, l'affermazione del diritto alla prova ed il correlativo principio del libero convincimento del Giudice, inducono le ormai da anni consolidate ed unanimi dottrina e giurisprudenza (tra le tante: Cass. n. 10825/2016, Cass. n. 840/2015, Cass. n. 12577/2014, Cass. n. 9099/2012, Cass. n. 5440/2010, Cass. n. 5965/2004, Cass. n. 4666/2003, Cass. n. 1954/2003, Cass. n. 12763/2000, Cass. n. 1223/1990), ad escludere che l'elencazione delle prove nel processo civile sia tassativa, ed a ritenere quindi ammissibili le prove atipiche, le quali trovano ingresso nel processo civile, nel rispetto del contraddittorio, con lo strumento della produzione documentale e nel rispetto delle preclusioni istruttorie (cfr. Cass. n. 5440/2010, Cass. n. 7518/2001, Cass. n. 12422/2000, Cass. n. 2616/1995, Cass. n. 623/1995, Cass. n. 12091/1990, Cass. n. 5792/1990). Detto quindi che non si dubita dell'ammissibilità delle prove atipiche e della loro parificazione alle prove documentali per l'ingresso nel processo, l'efficacia probatoria di tali prove è stata comunemente indicata come relativa a presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. od argomenti di prova (Cass. n. 4667/1998, Cass. n. 1670/1998, Cass. n. 624/1998, Cass. n. 4925/1987, Cass. n. 4767/1984, Cass. n. 3322/1983)”* (Trib. Reggio Emilia, est. Morlini, 06.02.2020, su www.dejure.it).

Così, nel riconoscere anche alla presunzione l'idoneità a costituire prova a tutti gli effetti, la Corte ha ribadito l'importanza del *“potere discrezionale, istituzionalmente*

È un dato sufficientemente acquisito alla moderna coscienza giuridica che libero e prudente apprezzamento significhi obbligo di adeguata motivazione, perché la discrezionalità non esondi in arbitrio. Specialmente quando questa libertà, richiesta dalle “*circostanze del caso concreto*” – che esistono ed assumono rilevanza in quanto siano dati oggettivamente valutabili e non petizioni di principio – sia esercitata dal giudice per compiere un’attività processualmente non scontata (11). Il primo dato da fissare, pertanto, è che l’ammissione di una prova atipica implica uno specifico onere di motivazione per il giudice, tenuto a spiegare in maniera chiara ed esaustiva la scelta di ammettere ciò che *prima facie* potrebbe apparire inammissibile. Su questo specifico tema, più che su altri, si misura la capacità di ragionamento e di argomentazione del giudice, tenuto a redigere un provvedimento dalla cui lettura *deve* risultare agevolmente comprensibile l’iter logico seguito, e in particolare quale sia la ragione per cui abbia ritenuto di fondare la sua decisione su un elemento di prova piuttosto che un altro (12).

L’ammissione delle prove atipiche non può che rimanere nel perimetro del processualmente lecito, dovendo “*escludersi che le prove cosiddette atipiche possano valere ad aggirare divieti o preclusioni dettati da disposizioni, sostanziali o processuali, così introducendo*

demandato [al giudice], di individuare le fonti di prova, di controllarne l’attendibilità, di scegliere, tra gli elementi probatori sottoposti al suo esame, quelli ritenuti più idonei a dimostrare i fatti costitutivi della domanda” (Cass. 18.4.2007 n.9245; Cass. 4.3.2005 n.4743); a condizione però che l’impianto motivazionale sia ineccepibile.

¹¹ Che si discosti dal *commodus discessus* del (neo)formalismo giuridico che prescrive di non dilungarsi nelle motivazioni – oggi al giudice “*si chiede di decidere di più e di farlo senza inutili formalismi entro un “termine ragionevole”; la somministrazione delle ragioni della decisione è questione decisamente passata in secondo piano*”; sicché “*occorrerà purtroppo rappresentarsi la corruzione massificata della vulgata: sommarietà, disimpegno, sciatteria nel redigere un documento la cui fondamentale importanza non viene meno in conseguenza delle tecniche di redazione volta per volta applicate*” (B. CAPPONI, *La motivazione della sentenza civile*, *Questione Giustizia* 23.03.2015) – e di non abbandonare i rassicuranti sentieri già battuti (Cfr. E. SCODITTI, *Responsabilità civile del magistrato per inosservanza di orientamento giurisprudenziale consolidato?*, *Questione Giustizia* 10.12.2018; Cass. Sez. Un. 21.03.2017 n. 7155, *Foro it.* 2017, 4, I, 1177, con nota di COSTANTINO)

¹² Il ricorso alle prove atipiche è legittimo “*purchè sia fornita adeguata motivazione*” (Cass. 05.03.2010, n. 5440). “*Il convincimento del giudice di merito sulla verità di un fatto può fondarsi anche su una presunzione, eventualmente in contrasto con altre prove acquisite, se da lui ritenuta di tale precisione e gravità da rendere inattendibili gli altri elementi di giudizio a esso contrari, alla sola condizione che fornisca del convincimento così attento una giustificazione adeguata e logicamente non contraddittoria.*” (Cass. 18.04.2007 n. 9245)

surrettiziamente elementi di prova che non sarebbero altrimenti ammessi o la cui ammissione richieda adeguate garanzie formali)⁽¹³⁾.

Riterrei che si possano trarre quali logiche implicazioni: 1) che eventuali divieti di utilizzabilità, da qualunque fonte siano previsti, e il conseguente e strumentale divieto di elusione di tale principio, richiamato dalla Corte ed ammesso che sia pertinente tale richiamo, si inscrivano pur sempre nella cornice delle norme processuali generali; 2) che, conseguentemente, tutto – forse – si può fare purché sia rispettato il contraddittorio e purché la prova sia assunta con le garanzie della fase processuale in cui ci si trova, in generale ⁽¹⁴⁾, e del tipo di prova cui concettualmente quella atipica è più vicina, in particolare; 3) che, pertanto, il divieto di elusione abbia una portata inevitabilmente residuale, l'ambito applicativo essendo delimitato dalla insussistenza delle condizioni preliminari cui si è appena fatto cenno.

5. Ciò posto, i beni inclusi nel patrimonio c.d. digitale possono in primo luogo assumere rilevanza come mezzi di prova in sé, dei fatti e delle circostanze fissati nel tempo e nello spazio attraverso l'incorporazione nel documento digitale. Un *file* audio, video, o di immagine, può costituire la prova sia di ciò che viene rappresentato (suoni, immagini) e dei fatti connessi (la presenza del soggetto in un dato luogo; l'attività che abbia compiuto: parlato, musica, gesto), sia delle – autonome – vicende di detta rappresentazione, la cui creazione e modificazione sono incorporate nei c.d. *metadati* e tecnicamente accertabili. Ciò tuttavia non sempre è possibile. La riproducibilità tendenzialmente all'infinito di questi documenti, oltre alla estrema difficoltà di risalire agli autori della duplicazione, rende arduo individuare il *file* originale e distinguerlo dalla

¹³ Così Cass. 05.03.2010, n. 5440. Rammenta altresì la Corte che “*Il giudice civile, in assenza di divieti di legge, può formare il proprio convincimento anche in base a prove atipiche come quelle raccolte in un altro giudizio tra le stesse o tra altre parti, delle quali la sentenza ivi pronunciata costituisce documentazione, fornendo adeguata motivazione della relativa utilizzazione, senza che rilevi la divergenza delle regole, proprie di quel procedimento, relative all'ammissione e all'assunzione della prova*” (Cass. 20.01.2015 n. 840; cfr. Cass. 13.08.2018 n. 20719).

¹⁴ “*La categoria dell'inutilizzabilità prevista ex art. 191 c.p.p. in ambito penale non rileva in quello civile, nel quale le prove atipiche sono comunque ammissibili, nonostante siano state assunte in un diverso processo in violazione delle regole a quello esclusivamente applicabili, poiché il contraddittorio è assicurato dalle modalità tipizzate di introduzione della prova nel giudizio. Resta precluso, invece, anche in sede civile, l'accesso alle prove la cui acquisizione concreti una diretta lesione di interessi costituzionalmente garantiti della parte contro la quale esse siano usate.*” (Cass. 05.05.2020 n. 8459).

copia. Si consideri altresì come, per la loro stessa natura, questi beni scontino in elevato rischio di distruzione (mediante cancellazione) o alterazione. Le tecniche di falsificazione di fotografie, filmati, e più in generale di ogni documento riconducibile al *de cuius*, hanno raggiunto oggi vette di perfezione direttamente proporzionali alla miseria etica del loro utilizzo.

Assumono poi rilevanza, sempre ai fini del contenzioso ereditario, i temi ormai ampiamente dibattuti relativi al documento digitale nel processo civile: ammissibilità del deposito di un documento digitalizzato ma non nativo digitale, standard qualitativo dello stesso, conformità all'originale (telematico e non), genuinità.

6. In secondo luogo, i beni giuridici del patrimonio c.d. digitale possono assumere rilevanza nel contenzioso ereditario come oggetto della domanda di **rivendicazione**: la prova sarà cioè finalizzata alla dimostrazione che siano beni *di proprietà* del *de cuius* o comunque *di pertinenza* dello stesso, e che tale titolarità o pertinenza persistano anche dopo il decesso. Questa precisazione è necessaria perché c'è un dato su cui non si riflette abbastanza prima di sottoscrivere un contratto di quel tipo. Tutto ciò che di nostro viene messo *online* – sia i beni dematerializzati di cui si è detto (documenti, codici di accesso, codici di protezione), sia i dati identificativi (nome, cognome, codice fiscale, dati sensibili in genere), esce dalla nostra sfera di controllo per sempre. Diviene oggetto di cessione al gestore del sito o del servizio e costituisce il corrispettivo delle prestazioni fornite. I nostri dati hanno un valore proporzionale al loro numero e alla loro aggregazione, perché consentono profilazioni di mercato, condotte altresì mediante lo studio e l'analisi di ciò che facciamo *online*. Il nostro profilo sui *social network*, come ogni nostra proiezione digitale, tecnicamente non è nostro ma della società che gestisce il servizio; non ne abbiamo neanche il possesso, forse la detenzione qualificata, ma se il gestore sceglie di cancellarli o di escluderci dalla loro fruizione non c'è azione di manutenzione che tenga.

La prova della titolarità o della pertinenza in capo al *de cuius* può, a mio avviso, essere fornita con ogni mezzo idoneo a contrastare l'apparenza, o a superare le conseguenze di una sostanza, di cessione al gestore del servizio. Più esattamente, la pertinenza al *de cuius*, come riferibilità allo stesso del documento o della informazione, è in un certo senso *in re ipsa* perché documentale. Una foto, un filmato, una serie di

credenziali e di codici di accesso, sono solitamente riferibili ad un soggetto per un legame univoco discendente o dalla natura stessa dell'oggetto (rappresentazione) o dalla procedura seguita per la sua creazione (codici di accesso, rilasciati previo accertamento della identità o – nel caso degli *account* – con rinvio ad altri mezzi di identificazione) (15). La prova ha, piuttosto, ad oggetto l'interesse alla piena ed esclusiva disponibilità di quei contenuti: trattandosi di beni ricadenti nel patrimonio (ancorchè "digitale") del *de cuius*, la qualità di erede. Appare infatti piuttosto difficile ipotizzare che l'interesse del *proprietario* dei dati – il gestore del servizio informatico a cui sono stati ceduti sottoscrivendo il contratto – possa e debba prevalere su quello dei congiunti: e ciò anche in caso in cui la particolare notorietà del *de cuius* o la particolare rilevanza culturale dei beni digitali da lui creati (opere dell'ingegno) evidenzino un interesse pubblico o comunque diffuso alla fruizione di detti beni (v. *infra*, §8).

Se dunque volessimo recuperare i dati di un *de cuius* che non li abbia lasciati a nostra disposizione (annotati su un'agenda, per esempio) non dovremmo avere altro onere che quello di dimostrare la nostra qualità di erede. Ma il problema è non solo e non tanto questo, atteso il rilievo per cui l'identificazione del richiedente da parte del gestore è assolutamente deformalizzata e segue le arcane e insondabili vie delle relative procedure, che sono e rimangono *interna corporis* del gestore. Il vero problema è che ci si potrebbe scontrare con le esigenze di "riservatezza", o con il difetto di legittimazione, opposti dal gestore che pretendesse la dimostrazione della formale designazione come successore, a titolo universale o particolare.

Va rimarcato infatti che il mero possesso delle credenziali del defunto non conferisce automaticamente legittimità al loro utilizzo, che può anzi avere rilevanza penale (sostituzione di persona, truffa, accesso abusivo a sistemi informatici, etc.) (16). Dal punto di vista civilistico, in

¹⁵ L'account di Facebook o di Twitter viene creato previa indicazione di una casella di posta elettronica protetta da *password*; l'account di Whatsapp previa indicazione di una casella di posta elettronica e con associazione di un numero di telefono; gli account di posta elettronica richiedono l'indicazione di un numero di telefono e di una casella di posta alternativa; questo perché le procedure di "recupero dati", ad esempio in caso di smarrimento o dimenticanza della chiave di accesso, postulano un accertamento – sia pur apparente, più che sommario o probabilistico, per il contesto in cui si opera – della identità del richiedente.

¹⁶ In ipotesi di accesso abusivo ad una casella di posta elettronica protetta da password, il reato di cui art. 615-ter c.p. concorre con il delitto di violazione di corrispondenza in relazione alla acquisizione del contenuto delle mail custodite nell'archivio e con il reato di danneggiamento di dati informatici, di cui agli artt. 635-bis e ss. c.p., nel caso in cui,

manca di un atto formale di investitura il congiunto, per quanto prossimo, non è legittimato ad utilizzare i dati del defunto. Gli scenari ipotizzabili, pertanto, dipendono dalla *summa divisio* tra manifestazione di volontà e silenzio del *de cuius*.

Si ipotizzi che il *de cuius* abbia lasciato istruzioni su come gestire il “dopo di lui”, nel testamento o in un atto separato (il legato). Finché si tratta di accedere all’account Facebook o alla casella di posta, è un conto; ma possono anche essere codici di accesso *home-banking* a conti correnti, o a portafogli di strumenti finanziari, a depositi di diversa specie, nel qual caso il contenzioso ereditario presenta gli intuibili risvolti patrimoniali: pensiamo revocatori e di collazione. Avendo istituito un suo successore quantomeno a titolo particolare, il contenzioso potrà altresì incentrarsi su detta disposizione, al pari di qualsiasi altra clausola testamentaria (perizie calligrafiche, etc.), la cui validità – se l’atto è confezionato o diffuso in formato digitale – è quantomeno dubbia sol che si consideri il formalismo e la tipicità che reggono la materia testamentaria. Qualora si volesse mitigare il rigore di detti principi, seguendo l’orientamento giurisprudenziale più liberale che pare si stia formando in ordine alla valorizzazione della effettiva volontà del testatore, prevalente sulla forma⁽¹⁷⁾, si darebbe maggior adito all’istruttoria, ammettendo tutti i mezzi di prova idonei alla ricerca di tale volontà: tutti quelli noti, tipici o atipici che siano; l’assenza del soggetto asseritamente autore implicherà la necessità

all’abusiva modificazione delle credenziali d’accesso, consegue l’inutilizzabilità della casella di posta da parte del titolare. (Cass. Pen. 25.03.2019 n. 18284)

¹⁷ Cfr. sul punto ad es. App. Genova 16.04.2021, secondo cui “*Nell’interpretazione del testamento il giudice di merito, mediante un apprezzamento di fatto incensurabile in Cassazione se congruamente motivato, deve accertare, in conformità al principio enunciato dall’articolo 1362 del Cc, applicabile, con gli opportuni adattamenti, anche in materia testamentaria, quale sia stata l’effettiva volontà del testatore, valutando congiuntamente l’elemento letterale e quello logico e in omaggio al canone di conservazione del testamento*” e Cass. 14.10.2020 n. 22191, secondo cui “*La irreperibilità del testamento, di cui si provi l’esistenza in un certo tempo mediante la produzione di una copia, è equiparabile alla distruzione, per cui incombe su chi vi ha interesse l’onere di provare che esso fu distrutto lacerato o cancellato da persona diversa dal testatore oppure che costui non ebbe intenzione di revocarlo. La prova contraria può essere data, anche per presunzioni, non solo attraverso la prova della esistenza del testamento al momento della morte (ciò che darebbe la certezza che il testamento non è stato revocato dal testatore), ma anche provando che il testamento, seppure scomparso prima della morte del testatore, sia stato distrutto da un terzo o sia andato perduto fortuitamente o comunque senza alcun concorso della volontà del testatore stesso. È ammessa anche la prova che la distruzione dell’olografo da parte del testatore non era accompagnata dalla intenzione di togliere efficacia alle disposizioni ivi contenute. In presenza di una copia informale dell’olografo il mancato disconoscimento della conformità all’originale diventa rilevante solo una volta che sia stata superata la presunzione di revoca*”.

di un loro attento e approfondito vaglio, oltre che – come si è accennato – un più pregnante onere di motivazione.

7. Qualora invece il *de cuius* non abbia voluto o potuto lasciare alcuna indicazione circa il proprio patrimonio digitale, il problema a rigore non si pone neppure: siamo formalmente nell'ambito della successione *ab intestato* nel patrimonio digitale e dunque chi avrà voce in capitolo saranno in prima battuta i legittimari. V'è invece la necessità di disciplinare le conseguenze delle loro iniziative, posto che ciascuno di loro, se in possesso delle credenziali del defunto, potrebbe porre in essere atti teoricamente pregiudizievoli verso gli altri chiamati. Si pensi al coniuge che scopra, accedendo ai profili social del defunto, l'esistenza di relazioni extraconiugali o di rapporti di filiazione naturale; potrà avere interesse tanto alla cancellazione dell'*account* al fine di far calare un saggio oblio su tali vicende, quanto potrà avere l'interesse opposto qualora esse si siano accompagnate a dazioni di danaro o altra utilità, di cui occorrerà allora valutare la revocabilità.

Ma si pensi altresì all'accesso al cassetto fiscale⁽¹⁸⁾ o ai conti bancari con le credenziali del defunto; all'incasso di somme di sua spettanza (risarcimenti, premi assicurativi); più in generale, ad atti di disposizione del patrimonio, compiuti omettendo di dichiarare l'evento interruttivo del rapporto (morte) e celandosi dietro l'identità del *de cuius* poiché si dispone di tutti gli elementi necessari, in contesti in cui ad essere interamente digitalizzato e dematerializzato è l'atto giuridico stesso: documenti di identità, firma, *password*, codici OTP, applicazioni varie a cui si ha accesso semplicemente per la disponibilità dello smartphone e dei relativi codici PIN e PUK. In casi come questi, ad esempio, va da sé la tendenziale (cioè salvo casi limite) esclusione della responsabilità del soggetto coinvolto nella realizzazione dell'atto – banca, intermediario finanziario, assicuratore, ma penso anche al Notaio e ovviamente, per tornare nell'ambito informatico, al gestore del servizio – poiché l'artificio e raggio così posto in essere esula dalla propria sfera di controllo⁽¹⁹⁾. In altri

¹⁸ “spazio virtuale del sistema informatico dell'Agenzia delle entrate di pertinenza esclusiva del contribuente, riconducibile alla nozione di domicilio informatico” (Cass. Pen. 15.02.2021 n. 15899; in motivazione, la Corte ha precisato che non rileva la pregressa autorizzazione all'accesso rilasciata dal titolare per vincolo familiare o affettivo e poi revocata mediante comportamenti concludenti)

¹⁹ “Il mandatario che abbia effettuato il pagamento in favore di persona diversa dal legittimato non è liberato dalla propria obbligazione, dovendo dimostrare la diligenza nell'adempimento

termini, posto che la responsabilità di tali soggetti è da ascrivere, secondo la ricostruzione che riterrei preferibile e su cui non è questa la sede per dilungarsi, alla categoria della responsabilità oggettiva, il soggetto convenuto in responsabilità ne va esente dimostrando di aver fatto quanto in suo potere per impedire l'evento (cioè di aver correttamente eseguito i controlli formali); si valuta cioè, con il giudizio controfattuale, la condotta alternativa idonea ad evitare il fatto lesivo, e si verifica se tale condotta fosse esigibile o meno; in questo caso non lo sarà, non essendoci modo di accertare da remoto – per la natura stessa dei mezzi tecnici che organizzano gli atti da remoto – la sostituzione di persona.

Al di là degli atti di disposizione del patrimonio in senso tradizionale, la morte del *de cuius* pone il problema dei beni dematerializzati di sua pertinenza ancorchè formalmente ceduti al gestore del servizio: i contenuti caricati sulle pagine web e custoditi nei server del gestore. Qui l'interesse è non direttamente economico ma personale, è l'interesse del congiunto a disporre di questi beni perché afferenti alla sfera privata e familiare e/o perché lo riguardano direttamente (es. fotografie che li ritraggano insieme). Ora, questa è una fattispecie in cui la norma si scontra con la prassi, o meglio, con la *lex mercatoria*, perché ogni gestore del servizio si regola autonomamente in caso di morte dell'utente ⁽²⁰⁾.

ovvero dovendo nuovamente pagare al mandante, o all'ordinatario esattamente individuato, l'importo dell'operazione. Ciò posto, nel caso relativo al pagamento di un bonifico domiciliato, in assenza della prova del pagamento in favore del reale beneficiario, deve essere comunque esclusa la responsabilità contrattuale della mandataria qualora venga accertato che la stessa si sia attenuta alle istruzioni ricevute, ed abbia espletato con diligenza gli obblighi sulla stessa incombenti per la identificazione del soggetto beneficiario del pagamento, nonché nel rispetto delle previsioni contrattuali. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto sufficientemente diligente la condotta della banca che ha pagato al presunto beneficiario, persona in possesso di un documento di identità con le generalità del beneficiario stesso, del codice fiscale corrispondente e della password per l'incasso” (Trib. Trieste 27.06.2020).

²⁰ “Il profilo Facebook, per esempio, continua a funzionare, e riceve notifiche e commenti. I parenti del defunto possono però chiedere che sia trasformato in “account commemorativo”, nel quale solo gli amici online possono aggiungere commenti. In alternativa si può chiedere la cancellazione dell'account, oppure la disattivazione dell'account. Con la disattivazione l'account viene bloccato, ma rimane sui server di Facebook, pur non essendo accessibile, e può essere riattivato. Twitter disattiva automaticamente un account dopo sei mesi di inattività. LinkedIn, invece, lo disattiva solo se viene segnalata la morte dell'utente. Nel caso di Google, invece, ciascuno può decidere preventivamente dopo quanto tempo di inattività dell'account si deve presumere la morte dell'utente, da 3 a 18 mesi. Un mese prima dello scadere del tempo prefissato, Google prova a telefonare al proprietario dell'account, e se non riceve alcuna risposta, tutti i dati vengono cancellati, a meno che l'utente avesse preventivamente indicato

8. Quando sulla richiesta di “accesso agli atti” da parte del congiunto la risposta sia negativa, che strumenti vi sono? Partiamo dal profilo cautelare. La casistica maggiormente nota riguarda fatti di rilevanza penale: in cui cioè il dispositivo tecnologico e/o i suoi contenuti digitali, inclusi gli *account* associabili al *de cuius*, siano la cosa mediante la quale è stato commesso il reato, ovvero quella *sulla quale* è stato commesso, ovvero costituiscano il prodotto, o il profitto, o il prezzo del reato. In tal caso lo strumento cautelare è il *sequestro*, inteso come qualsiasi misura coercitiva finalizzata ad imporre un vincolo di indisponibilità sulla *res* (anche se immateriale); le declinazioni che assumono maggior rilevanza, a mio avviso, sono il sequestro probatorio ⁽²¹⁾ e il sequestro preventivo ⁽²²⁾,

una persona di fiducia a cui i dati devono essere inviati” (R. Carrarra, *Eredità digitale. Accesso in caso di morte della persona*, online su <https://www.notaiocarrarra.it/eredita-digitale/>).

²¹ Il sequestro probatorio impone un vincolo anche alla stessa autorità giudiziaria: secondo Cass., sez. III, 6 ottobre 2010, n. 40073/10, C.E.D. Cass., n. 248620, è illegittimo il provvedimento emesso dal Pubblico Ministero che, nel convalidare il sequestro probatorio del corpo del reato eseguito d’iniziativa dalla polizia giudiziaria, ne disponga contestualmente la distruzione, in quanto l’eliminazione della fonte probatoria è incompatibile con il suo sequestro penale perché necessaria per l’accertamento dei fatti. La funzione del sequestro probatorio, inoltre, determina anche la durata del vincolo, limitata al tempo strettamente necessario per l’espletamento dell’accertamento in vista del quale è stato disposto, trattandosi di misura coercitiva che incide sia sul diritto di proprietà che sulla libertà di iniziativa economica (Cass., sez. III, 13 giugno 2007, n. 32277) Ne discende, quale corollario logico, che, esaurite le esigenze probatorie, il bene in sequestro deve essere restituito all’avente diritto. Cfr. **art. 253 c.p.p.**

La locuzione «cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato», ricomprende sia le cose acquisite direttamente con il reato e da questo create, sia qualunque vantaggio patrimoniale o non patrimoniale, tratto dal reato, sia i beni valutabili economicamente dati o promessi al colpevole per la consumazione del reato.

Pe quanto attiene la definizione delle «cose pertinenti al reato», secondo l’insegnamento fornito dalla Suprema Corte, esse consistono in tutte quelle che sono in rapporto indiretto con la fattispecie criminosa concreta e risultano strumentali all’accertamento dei fatti, ovvero quelle necessarie alla dimostrazione del reato e delle sue modalità di preparazione ed esecuzione, alla conservazione delle tracce, all’identificazione del colpevole, all’accertamento del movente ed alla determinazione dell’ante factum e del post factum comunque ricollegabili al reato, pur se esterne all’iter criminis, purché funzionali all’accertamento del fatto ed all’individuazione dell’autore (Cass., sez. IV, 17 novembre 2010, n. 2622/11). Dunque, sono cose pertinenti al reato tutte quelle che, anche senza essere in rapporto qualificato con il fatto illecito, presentino capacità dimostrativa dello stesso (Cass., sez. III, 22 aprile 2009, n. 22058/09, C.E.D. Cass., n. 243721) e al riguardo non è sufficiente un rapporto di mera occasionalità tra la cosa e la commissione dell’illecito, ma è necessario un obiettivo rapporto di attinenza e proporzionalità. Presupposto imprescindibile è che sia già configurabile un’ipotesi di reato, non essendo sufficiente una soggettiva opinione, né un semplice sospetto.

²² il sequestro preventivo è una misura di coercizione reale per esigenze di prevenzione, peraltro connessa e strumentale allo svolgimento del procedimento penale e all’accertamento del reato per cui si procede, nel senso che è suo scopo quello di evitare che il trascorrere del

non so fino a che punto il conservativo (che mira ad assicurare l'esecuzione della sentenza di condanna pronunciata a carico del titolare dei beni).

In ambito civilistico vengono in rilievo il sequestro conservativo e il sequestro giudiziario, a seconda che si miri ad assicurare l'integrità delle fonti di prova (in cui consistono i beni stessi) ovvero a non pregiudicare l'accertamento della loro, controversa, titolarità o possesso.

Il sequestro conservativo appare fondamentale considerando quanto i beni predetti siano esposti, per loro natura, al rischio di alterazione o distruzione (v. *retro*, §§ 5 e 6).

Non riterrei ammissibile una – teoricamente pur ipotizzabile – domanda monitoria di consegna, poiché la natura digitale dei beni e la loro replicabilità infinita è logicamente incompatibile con il concetto di consegna, ancorché coattiva. Nel *web* non si dà *traditio* ma unicamente *multiplicatio*. L'unico rimedio idoneo a sterilizzare il rischio predetto è la inibitoria dell'uso o della circolazione del bene, rivolta al gestore; la forma è quella del sequestro conservativo appunto; l'efficacia è, purtroppo, quantomeno dubbia perché la diffusione *online* sfugge per definizione a qualsiasi contenzione: non a caso si dice *virale*.

Il sequestro **giudiziario** è quello specificamente invocabile in tema di contenzioso ereditario – essendo controversa la titolarità dei beni – ma sconta i medesimi limiti strutturali. V'è poi da dire che, come si è accennato in precedenza, se il bene ha una rilevanza patrimoniale non in sé ma mediata (credenziali di *home banking*), oggetto di sequestro sarà piuttosto il bene c.d. finale alla cui disponibilità è strumentale quello digitale; se il bene ha una rilevanza esclusivamente affettiva (foto, video, scritti) la controversia – attesa l'illimitata riproducibilità del documento informatico – non ha semplicemente ragion d'essere a meno che non si discuta della esclusività del godimento del bene, ben difficilmente predicabile. Analoghe considerazioni, infine, possono svolgersi qualora il

tempo possa pregiudicare irrimediabilmente l'effettività della giurisdizione espressa con la sentenza di condanna (Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2003, De Luca).

L'art. 321 c.p.p., infatti, prevede che il sequestro preventivo può essere disposto per impedire l'aggravamento del reato o il protrarsi delle sue conseguenze ovvero la commissione di altri reati e stabilisce inoltre che l'oggetto del sequestro possono essere solo le cose pertinenti al reato. Qualsiasi bene, a prescindere da chi ne abbia la titolarità, può essere oggetto di sequestro preventivo purché esso sia, anche indirettamente, collegato al reato e, ove lasciato nella libera disponibilità, idoneo a costituire un pericolo.

bene abbia una intrinseca rilevanza patrimoniale, come opera dell'ingegno. Qui le moderne tecnologie pongono l'ulteriore problema della *proliferazione* dei beni del patrimonio digitale ⁽²³⁾ e, in casi particolari, della sua *integrazione* ⁽²⁴⁾.

V'è poi certamente spazio per il ricorso alla tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c., nei casi in cui la permanenza *online* dei beni di pertinenza del *de cuius* abbia in sé una efficacia lesiva (es. ciò che attiene alla sfera intima: filmati, fotografie diffusi senza il consenso della persona), in cui si chiederà proprio la distruzione di detti beni; ovvero nei casi in cui il congiunto voglia acquisirne la disponibilità, ed allora si chiederà – in ipotesi – lo “sblocco” dell'*account* o del dispositivo, al fine di accedere ai contenuti.

9. Quanto al giudizio di merito cui la domanda cautelare è strumentale, il riferimento è in primo luogo al contenzioso in materia ereditaria: l'azione di riduzione delle disposizioni lesive; l'impugnativa di testamento o di legato; l'*actio sociniana*; la divisione. In secondo luogo, al contenzioso c.d. indiretto, connesso alla materia ereditaria o da questa derivante: ogni azione finalizzata alla ricostruzione del patrimonio caduto in successione (nullità, revocatoria, simulazione); l'azione di accertamento della qualità di erede o di legatario; le iniziative finalizzate alla

²³ Il fenomeno si coglie nella sua portata considerando in particolare il settore musicale, posto che le registrazioni audio sono il settore che probabilmente ha beneficiato di più, e in maniera più eclatante, dei progressi della tecnologia digitale. Si considerino le nuove pubblicazioni di registrazioni effettuate da grandi artisti nei decenni scorsi, riproccate dai nastri originali eliminando le imperfezioni proprie della tecnica dell'epoca (rumori di fondo, mixaggio su poche piste). Queste tecniche – solitamente compendiate nell'espressione “rimasterizzazione” – conducono a risultati a volte talmente diversi dall'opera originale, in termini qualitativi, da giustificare la pubblicazione della medesima opera in nuova veste (es. audio ad alta risoluzione), ferma restando la contemporanea commerciabilità di quella originale, che può mantenersi appetibile per una platea (ancorchè ridotta) di fruitori (tra gli audiofili vi sono i critici di queste operazioni, convinti della necessità di restare fedeli alla concezione originaria del prodotto, ancorché tecnicamente peggiore). In questo caso la medesima registrazione audio dell'artista, modificata e rimaneggiata da terzi, determina la *moltiplicazione* di beni – le plurime versioni qualitativamente differenti – componenti il suo patrimonio digitale.

²⁴ Si consideri, sempre in ambito musicale, che la rete ha – tra i propri meriti – agevolato la circolazione di registrazioni non ufficiali (c.d. *bootleg*) che, per gli artisti maggiori, rivestono una rilevanza culturale tale da aver indotto gli artisti medesimi e le loro case discografiche ad acquisirle e pubblicarle ufficialmente; la peculiarità è che a volte (ad esempio nel caso dei Pink Floyd) si trattava di registrazioni – circolanti tra un ristretto ambito di collezionisti – di cui gli artisti stessi non erano a conoscenza, e che hanno pertanto determinato un incremento del loro patrimonio (digitale e non), anche dopo la morte di uno o più degli artisti (si pensi alle riedizioni ed ampliamenti della discografia dei Beatles, i più interessati da tale fenomeno).

esecuzione coattiva della disposizione testamentaria. In terzo luogo, alle iniziative di tutela connesse alla particolare rilevanza dei beni di pertinenza del *de cuius*: pensiamo alle opere dell'ingegno, dunque a fotografie, filmati, composizioni musicali o letterarie, di cui gli eredi rivendichino l'utilizzo esclusivo, incluso il diritto all'oblio (es. gli inediti musicali o letterari): qui la prova – anche stavolta necessariamente ampia, quindi anche atipica – avrà ad oggetto specifico la destinazione che il *de cuius* aveva indicato per tali beni, ovvero più banalmente la qualità di erede o coerede al fine di goderne i benefici.

Antonino Fazio

magistrato