

Presentiamo nelle pagine che seguono due testi molto importanti sui problemi degli educatori che operano nelle comunità e nei servizi per i minori.

Il primo, che ha come titolo "La responsabilità giuridica degli operatori educativi nelle comunità e nei servizi per minori", è un documento frutto di un percorso di lavoro durato più di un anno, organizzato dalla Caritas Ambrosiana, dal CNCA e dall'UNEBA, che ha visto impegnati, in un confronto e una riflessione comuni, educatori dei servizi per minori, dirigenti di settore dell'ente pubblico, magistrati, docenti universitari della regolazione giuridica dei servizi. Di questo gruppo interdisciplinare, che si è riunito a Milano, facevano parte Alessandra De Bernardis, Renzo Cavallini, Virgilio Colmegna, Luca Degani, Graziamaria Dente, Claudio Figini, Guglielmo Fustella, Teresa Gospar, Varooy Karapedian, Mariarosa Lazzari, Leonardo Lenti, Francesco Maisto, Grazia Masi, Francesco Milanese, Chiara Orlando, Piercarlo Pazé, Marco Quiroz Vitale, Beatrice Secchi. Il testo è stato redatto da Piercarlo Pazé (paragrafi 1,2,3) e da Leonardo Lenti (paragrafi 4,5).

Il documento intende chiarire e definire quali possono essere le responsabilità giuridiche degli operatori educativi, a partire dai compiti e dai ruoli di cura che l'attuale cultura sociale loro attribuisce. Sappiamo che oggi la società riconosce tra i suoi interessi la tutela del soggetto debole – nella specie del minore – con una forte attenzione all'obiettivo della sua autonomia ed emancipazione. Di conseguenza il quadro valoriale su cui si fonda la cultura dei servizi per i minori si è modificato, sostituendo i precedenti modelli custodialistici e correttivi con un modello educativo. Ciò comporta un mutamento del contenuto del dovere di "custodia", che per l'educatore comprende il "guardare" il ragazzo e seguirlo educativamente, in un significato ben diverso da un inesistente potere-dovere di contenimento fisico nella struttura.

Il secondo testo è uno studio di Alessandro Mantelero su un problema più specifico, ma oggi nevralgico, già affrontato nella quinta parte del documento precedente: il trattamento e la comunicazione all'esterno dei dati personali dei minori accolti all'interno delle comunità.

I. La responsabilità giuridica degli operatori educativi nelle comunità e nei servizi per i minori

a cura dell'Unione Nazionale Istituzioni e Iniziative di Assistenza Sociale (UNEBA), della Caritas Ambrosiana e del Coordinamento nazionale delle comunità di accoglienza (CNCA)

1. I nuovi profili della responsabilità

L'operatore di una comunità per minori deve essere profondamente responsabile. Ciò significa che deve essere consapevole dell'impegno del suo ruolo educativo, delle attese sociali che si riferiscono al suo ufficio, delle conseguenze negative che possono derivare da un insufficiente investimento personale nel suo compito. Non s'insisterà mai abbastanza sulla necessità di questa *responsabilità sostanziale* di chi svolge come attività professionale una relazione educativa con bambini o adolescenti.

In un significato giuridico si parla però di *responsabilità* dell'operatore di comunità per indicare la condizione di quell'operatore che, con una o più azioni od omissioni, viola un obbligo giuridico relativo alla "custodia" di un minore, violazione che può comportare conseguenze penali, civili (risarcimento del danno, scioglimento del contratto di affidamento del minore, ecc.) o amministrative. Il timore di tali conseguenze può stimolare l'educatore a un più attento e diligente impegno per i ragazzi, ma può anche indurlo a sottrarsi al suo dovere, a non proseguire in una certa strada che può essere positiva per la persona che gli è stata affidata ma è potenziale fonte di rischi. Si sa che in concreto è solo chi fa che può sbagliare, e quindi venire chiamato a risponderne.

Il problema della responsabilità giuridica tocca anche le comunità come tali. C'è una crescente domanda sociale di accoglienza nelle comunità, le quali sono ben consapevoli dei problemi di innovazione educativa e di qualità professionale del loro intervento; ma vi sono anche inadeguatezze che dipendono da un sistema complessivo

che offre risorse insufficienti e da un'impotenza oggettiva rispetto ad alcuni comportamenti dei ragazzi ospitati. Tuttavia dilatare l'attribuzione delle responsabilità giuridiche delle comunità può scoraggiarne la crescita e, anche, indurre le comunità a non occuparsi delle persone meno facilmente controllabili oppure ad espellerle. Verrebbero così a mancare le risorse sociali migliori proprio per i ragazzi che, per le loro difficoltà di sviluppo, più ne avrebbero bisogno.

Di qui la necessità – per evitare disimpegni personali o rifiuti educativi – di chiarire fin dove può spingersi la responsabilità giuridica di un educatore e di quali condotte od omissioni egli può essere tenuto responsabile.

1.1. *Il tramonto dell'ideologia custodialistica*

Le caratteristiche della responsabilità giuridica dell'educatore della comunità oggi devono essere interpretate diversamente rispetto a quelle pensate per una società che relegava i ragazzi difficili o poveri in istituzioni chiuse (riformatori, case di rieducazione, istituti, ospedali psichiatrici, ecc.). Allora il responsabile aveva un dovere di *contenimento* del ragazzo dentro la struttura, che funzionava come un microcosmo. Queste istituzioni avevano lo scopo di separare dalla società (ritenendo così di proteggerla) i ragazzi disturbanti o incapaci di badare a se stessi. Pertanto quando un ragazzo, allontanandosi, subiva un male o lo faceva ad altri, non era difficile ravvisarvi una responsabilità di chi, non avendolo efficacemente trattenuto, aveva reso possibile la condotta dannosa.

Le odierne comunità per minori costituiscono una realtà radicalmente diversa dal passato. Esse hanno abolito ogni coazione strutturale (inferriate alle finestre, porte chiuse, ecc.) e escludono delle modalità custodiali-contenitive, per seguire un modello non custodiale, di "porte aperte", più funzionale alle finalità perseguite: con possibilità, e orari, di uscita, come una qualunque casa familiare. L'educatore lascia al ragazzo, quando ne sia capace, degli spazi di autonomia all'esterno, come fanno i genitori; e non ha più nemmeno il potere di "chiudere" l'adolescente che vuole allontanarsi, anzi, se lo facesse, in qualche caso potrebbe essere imputato di violenza privata o di sequestro di persona, salvo i casi di una forza maggiore attuale e imminente. Anche quando ospitano ragazzi dell'area penale nelle forme della permanenza in casa e del collocamento in comunità, le comunità non diventano minicarceri: esse non hanno obbli-

ghi custodialistici, mentre spetterebbe al giudice adottare gli eventuali provvedimenti necessari per prevenire il pericolo di fuga.

Si è dunque modificato il contenuto del dovere di "custodia": per l'educatore esso comprende, in un insieme unitario, tanto il "guardare" il ragazzo quanto il seguirlo educativamente, con un significato ben diverso da un semplice, ma oggi ormai inesistente, potere-dovere di contenimento fisico nella struttura.

Tenere in situazione non custodiale un minore, i cui comportamenti sono fonte di potenziale pericolo per gli altri, non significa introdurre un rischio nella società: infatti un tale minore esiste indipendentemente da come viene aiutato, sicché il pericolo che deriva dalla sua esistenza non è evitabile. Anzi: tenerlo in una situazione non custodiale è considerato come il modo migliore, vale a dire più rispettoso e al tempo stesso più efficace, per ricondurlo a comportamenti socialmente accettabili, e dunque per eliminarne la pericolosità o per ridurla al massimo.

Non si può però tacere del fatto che sia alcuni giudici, sia molti amministratori di enti locali hanno ancora un'aspettativa custodialistica – qualcuno esplicitamente, molti forse solo implicitamente – cui le comunità di oggi non sono più in condizione di rispondere.

1.2. *La fine dell'ideologia correttiva*

La responsabilità di un operatore deve essere valutata diversamente rispetto al passato anche quanto alla possibilità della pratica della violenza come strumento per costringere un ragazzo o un bambino ad una certa condotta o dell'applicazione di alcune punizioni per una cattiva condotta tenuta.

Ci si deve domandare seriamente quali *poteri coattivi* può praticare l'operatore di una comunità. Ovviamente un bambino piccolo può e deve essere trattenuto tirandolo per la mano, per non lasciarlo correre ai pericoli, così come fa un genitore.

Il problema riguarda soprattutto l'adolescente (o il preadolescente). Se quest'ultimo si allontana è verosimile che, applicando analogamente l'art. 318 cod. civ., l'operatore possa ricorrere al giudice tutelare per farlo ricondurre o che un giudice minorile, nella ravvisata situazione di pregiudizio, possa ordinare alla polizia o ai servizi di riportarlo. Sono in ogni caso salve, come appare ovvio, le ipotesi di violenza esercitata dall'operatore educativo nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere o come legittima difesa: co-

sì per esempio la forza fisica usata per dividere due ragazzi che si stanno picchiando o per un soccorso di necessità che impedisca ad un minore di mettersi in un grave pericolo o di farsi del male¹.

Qualora le regole educative vengano violate, è anche legittima una punizione, per esempio saltare la merenda per una settimana, o non uscire del tutto, o uscire solo per un'ora, quando per la sua sostanza limitata la privazione correttiva non possa avere una valenza qualsiasi di abuso.

Al di là di questo, come per i genitori, anche per l'educatore della comunità ogni violenza usata è in linea di principio illegittima, oltretutto perché raggiungerebbe scopi opposti a quelli cui pretenderebbe di tendere; né si può distinguere fra una violenza a scopi correttivi, consentita, ed una violenza pura e semplice, sempre vietata. Di fronte ad un ragazzo che entra in comunità provenendo da contesti ambientali e situazioni familiari disturbati c'è sicuramente un problema di contenimento, che però è possibile ottenere solo costruendo con lui una relazione educativa autorevole.

Da queste considerazioni deriva che l'operatore di una comunità non può essere ritenuto responsabile per non avere punito più gravemente un ragazzo o per non avere usato la forza per impedirgli di uscire, qualora poi fuori accada che il ragazzo rubi un motorino o venga investito da un'automobile.

Questo discorso non deve essere letto come giustificazione di un lassismo educativo. Ben diverso, e in questi casi colpevole, è il comportamento di quelle comunità che mantengono relazioni personali disattente con i ragazzi, di modo che questi scappano o fanno tutto ciò che vogliono. E colpevole è anche la situazione della comunità che metta fuori e lasci sulla strada il ragazzo difficile ("questa porta è aperta e te ne vai ..."), senza rispettare una procedura di dimissione che risponda agli interessi del ragazzo stesso, concordata con l'ente affidante.

1. Cass., sez. V pen., 22 dicembre 1998, in *Foro it.* 1999, II, cc. 471-475, con riferimento al malato di mente ricoverato in casa di cura, ma con una argomentazione valida anche per il minore ospite in una comunità, rileva che l'ordinamento giuridico "consente, ricorrendone i presupposti, l'uso legittimo della forza fisica quale *brevis et modica vis* imposta dalle circostanze anche in via putativa, per un soccorso di necessità, per sottrarre l'incapace al pericolo di gravi danni...".

1.3. *L'affermazione del modello educativo*

I modelli custodialistici e correttivi sono sostituiti nelle comunità da un *modello educativo*. Deve esserci nell'educazione una certa forza (che non comprende la violenza fisica) per imporre dei limiti, ma la forza deve essere sempre subalterna alla ragione e deve tenere conto delle condizioni personali del singolo ragazzo.

Di questo modello educativo fa parte l'avviamento di un adolescente verso l'autonomia e la responsabilità. In questo contesto, per esempio, l'operatore può consentire al ragazzo di andare in discoteca il sabato sera, magari come premio per la buona condotta, senza accompagnarvelo; d'altronde non si vede come, con le risorse di personale educativo di una comunità, un tale accompagnamento potrebbe avvenire, né si può immaginare come il ragazzo potrebbe sentirvi.

Viceversa l'educatore di una comunità può essere ritenuto personalmente responsabile delle condotte o dei danni di un ragazzo, quando questi siano ricollegabili alle mancanze di un progetto educativo e all'incuria nell'attuarlo, all'occuparsi male del minore o al difetto di attenzione per lui, valutati secondo un modello del buon padre di famiglia.

2. I principi di valutazione della responsabilità

Alla luce di quanto precede si possono definire alcuni principi, che servono per valutare se vi sia una responsabilità civile o penale dell'operatore della comunità per una condotta dannosa del minore ad altri o per un danno subito dal minore stesso. È, infatti, evidente che non si può attribuire ogni "disgrazia" a colpa di qualche adulto diverso dal ragazzo stesso, anche quando si applichi il severo regime di presunzioni per la responsabilità civile di cui si dirà più avanti. D'altronde, mentre è ragionevole che un'impresa economica risponda dei danni che comunque provoca con la sua attività, viceversa è logico pensare che gli operatori e la comunità, che costituisce un'organizzazione con finalità sociali, possano essere chiamati a rispondere solo dei danni del minore o al minore che siano riconducibili a condotte od omissioni loro imputabili, consistenti in violazioni di obblighi su di loro gravanti.

In ciò non sembra fare differenza il titolo per cui una comunità si occupa di un ragazzo. La responsabilità giuridica può nascere da

una convenzione di affidamento, stipulata dalla comunità con gli esercenti la potestà o con l'ente locale o con i servizi sociali ministeriali, o anche da una mera situazione di fatto, quale l'ospitalità data. Qualunque sia la sua fonte, la responsabilità civile o penale dell'operatore va letta con molta attenzione in relazione a vari parametri.

2.1. *La capacità e l'età*

La responsabilità dell'operatore della comunità per la "custodia educativa" varia in relazione alla capacità del minore, che è legata all'età, all'educazione precedente, al grado di autonomia e all'acquisizione di comportamenti positivi. Il criterio dell'età cronologica non è perciò rigido, ma va letto nel contesto della maturazione complessiva del ragazzo: perciò non si possono stabilire in astratto delle tabelle di età. Si può solo dire che un bambino piccolo deve essere guardato fisicamente, non lasciato solo, protetto dai pericoli, mentre la crescita porta a un'acquisizione di spazi di libertà. Perciò, mentre il bambino piccolo va accompagnato all'asilo, il quindicenne può andare a scuola da solo; e nell'età intermedia la libertà fisica che può esser lasciata dipende dall'educazione ricevuta in passato, da una precoce abitudine alla libertà (per esempio un ragazzo di strada non accetterà d'improvviso regole di contenimento piuttosto ristrette) e dallo stato di realizzazione del progetto, che deve portare un po' per volta il ragazzo a diventare da solo consapevole e responsabile delle sue scelte.

La caduta del modello custodialistico fa anche sì che l'educatore non possa essere tenuto responsabile per non avere trattenuto un adolescente che si sia allontanato, salvo il suo dovere di avvertire immediatamente la pubblica autorità ex art. 716, comma 2, cod. pen., o per non averlo controllato fisicamente nelle ore in cui egli è fuori della comunità.

2.2. *I progetti generali: lo statuto, il regolamento e le convenzioni*

La responsabilità degli operatori va comunque letta guardando al significato della comunità. Il fine generale di una qualsiasi comunità è di essere un luogo dove il minore sperimenta e pratica modelli di

vita e di relazioni sani e soddisfacenti, alternativi e diversi da quelli precedenti.

Ogni comunità ha poi un proprio progetto istituzionale generale relativo agli obiettivi e al modo di strutturarsi e di agire, che varia in relazione alle finalità dell'ente, alle competenze degli operatori, alle tipologie dei minori che vi vengono accolti, alle metodologie educative attuate, progetto che, normalmente, può trovare espressione in uno statuto; spesso un distinto regolamento definisce le modalità di lavoro e le regole di permanenza delle persone affidate. Varie comunità utilizzano uno strumento unico, che assomma in sé il progetto educativo comunitario e le disposizioni regolamentari. È importante comunque che la comunità si doti di strumenti normativi di carattere specifico, distinti o unitari che siano, dai quali emerga in modo inequivoco l'insieme delle regole, degli obiettivi e delle scelte educative.

Il progetto può essere richiamato, integrato o modificato da una convenzione generale della comunità con l'ente locale o con i servizi del Ministero della giustizia, oppure da una convenzione in occasione del singolo ingresso di un ragazzo nella comunità, che indichi i requisiti e le aspettative proposti dall'ente affidante e accettati dalla comunità. Queste convenzioni bilaterali devono indicare le modalità economiche e gli aspetti formali di consenso. Esse possono anche evidenziare alcune linee di principio che governano la politica assistenziale del committente, che spesso sono diverse da quelle della comunità e dei suoi operatori, sulle quali bisogna fare chiarezza: gli enti committenti hanno anche l'aspettativa di difendere la società da elementi di minaccia e quindi rimangono spesso ancorati a rassicuranti attese custodialistiche, non sempre esplicitate, mentre le comunità puntano piuttosto su un percorso di crescita e di autonomia.

Ogni ingresso presuppone che il minore accetti i progetti e la relativa disciplina organizzativa, senza la quale l'intera comunità non potrebbe funzionare; essi gli devono essere comunicati e spiegati adeguatamente. Non può dunque essere considerato arbitrario il fatto di non lasciare uscire un ragazzo, qualora i progetti della comunità prevedano un orario proprio di chiusura.

Statuto, regolamento e convenzioni costituiscono comunque il modello di confronto per verificare se possa ravvisarsi una responsabilità della comunità o dei suoi operatori per certe condotte dannose riferite al ragazzo ospitato.

2.3. Il progetto educativo individuale

Per ogni ragazzo in comunità ci deve essere anche un progetto educativo individuale, strutturato sui suoi bisogni, parallelo a un progetto sociale per la famiglia in cui egli dovrà tornare. Può darsi che, quando c'è un ingresso di pronto soccorso, il progetto non vi sia ancora, ma nasca successivamente. In ogni caso deve formarsi un progetto educativo che preveda la durata della permanenza, l'obiettivo da raggiungere per il minore nel periodo di comunità e il tipo di sostegno da offrire alla famiglia.

Il progetto di un ragazzo in comunità ha la caratteristica costante di essere in misura maggiore o minore eterodiretto. A dettarne e imporne in parte il contenuto può essere il giudice (il tribunale per i minorenni o il giudice tutelare, art. 333 cod. civ.; art. 371, comma 1, n. 1, cod. civ.; art. 5 legge n. 184/1983; art. 22 dpr. n. 448/1988) o l'ente locale in sede di contratto di affidamento, o la famiglia di origine (art. 5 legge n. 184/1983). Di qui il disagio degli operatori quando avvertono che alcune delle indicazioni ricevute non rispondono ai bisogni educativi o addirittura sono sbagliate. Ovviamente il dirigente della comunità deve avvertire del suo dissenso e non può rispondere di un esito che dipenda negativamente da indicazioni esterne che ha dovuto accettare senza avere condiviso.

Ma anche quando ci sono queste prescrizioni esterne, rimane uno spazio per il progetto educativo della comunità, che dev'essere ragionevole e non arbitrario. Qualora questo progetto tracci un percorso di crescita, preveda momenti di autonomia e di responsabilità progressivi, sia condiviso dai servizi del territorio, gli operatori della comunità non potrebbero essere chiamati come responsabili per un'omessa sorveglianza su condotte del ragazzo che erano imprevedibili o che, benché prevedibili, non erano evitabili (per esempio un incidente in motorino), o che si poteva ritenere – in un percorso di crescita – che non si sarebbero ripetute.

È opportuno che il progetto educativo sia redatto in forma scritta e via via successivamente aggiornato. Ma al di sotto c'è sempre un contratto formativo non scritto, che si stabilisce al momento dell'avvio della relazione di accoglienza e che permane come oggetto della relazione fra accolto e educatore. Esso dovrebbe fornire un'educazione del comportamento, nel contesto di relazioni interpersonali di rilevanza anche giuridica, non solo educativa, per quei ragazzi che hanno problemi sociali dovuti alla carenza di regole, all'incapacità

di portarne il peso, all'incoerenza delle figure normative, alla sopravvalutazione dei propri diritti (onnipotenza) o all'incoscienza degli stessi (dipendenza, sottomissione, sottostima).

2.4. La potestà

Un altro elemento che sfuma la responsabilità dell'operatore della comunità è il contenuto particolare della sua potestà sul minore. Anzitutto, se è vero che la comunità (art. 5 commi 1 e 4 legge n. 184/1983) provvede al mantenimento, istruzione e educazione del minore con poteri simili a quelli dei genitori, tuttavia normalmente essa deve tenere conto delle indicazioni dei genitori e osservare le prescrizioni eventualmente stabilite dall'autorità affidante. Pertanto la comunità ha una potestà non piena, ma in qualche modo affievolita nel suo contenuto da indicazioni e prescrizioni esterne. D'altronde lo stesso obbligo che il minore mantenga rapporti con i genitori, rimasti titolari della potestà, costituisce una grande limitazione dei poteri educativi degli operatori della comunità. Spesso la potestà in qualche modo temporanea dell'operatore della comunità ha una limitata possibilità di incidere effettivamente, rispetto al genitore.

Bisogna tenere conto di tutto ciò prima di chiamare l'operatore di una comunità a rispondere della condotta di un ragazzo difficile: egli può esserne ritenuto responsabile in casi abbastanza circoscritti, poiché non è dotato di onnipotenza educativa.

2.5. Il periodo di permanenza

Altri fatti da prendere in considerazione sono il momento di ingresso e la durata della permanenza del ragazzo in comunità. Un percorso educativo ha bisogno di tempo, spesso di molto tempo; pertanto l'operatore della comunità non può rispondere di condotte che siano attribuibili a un disagio familiare e sociale precedente, su cui non si sia ancora potuto intervenire a sufficienza. Viceversa, dopo una lunga permanenza in comunità, sembra sfumare la responsabilità dei genitori, che viene progressivamente sostituita da quella delle persone che subentrano nella potestà.

Ciò non significa escludere o sminuire una possibile *culpa in educando* dell'operatore della comunità, che ricorre sempre quando ci siano state disattenzione, trascuratezza, incapacità di ascolto e di re-

lazione, e comunque difetto delle regole educative, a causa del quale il ragazzo abbia posto in essere un fatto dannoso, o ne sia stato vittima, o abbia commesso un reato.

2.6. La spesa

L'attribuzione di una responsabilità alla comunità o ai suoi educatori non può prescindere dalla considerazione di ciò che la comunità, con le risorse di cui dispone, può fare come risposta educativa per il ragazzo. Sappiamo che bisognerebbe differenziare molto le risorse a secondo delle problematiche dei singoli minori, ma nel periodo attuale, di contenimento delle spese sociali, le comunità si trovano in condizioni spesso obiettivamente inadeguate per aiutare i ragazzi che presentano maggiori difficoltà. Se a un ragazzo servirebbero delle prestazioni aggiuntive (borsa lavoro, colloqui psicologici, assistenza individualizzata, ecc.) e queste non vengono date in quanto non finanziate, la comunità non può rispondere di un esito eventualmente sfavorevole.

3. La responsabilità penale

Il quadro esposto aiuta a indicare i profili di una possibile responsabilità penale dell'operatore della comunità.

3.1. Reati commessi dal minore

In via di principio l'operatore della comunità non risponde dei reati commessi da un minore affidato, perché la responsabilità penale è rigorosamente personale.

Può però verificarsi una responsabilità dell'operatore per colpa concorrente in caso di reati commessi dal minore, quando questi provochi lesioni o morte con il contributo causale di imprudenza, negligenza, imperizia o violazione di norme di legge da parte dell'operatore. I casi possono essere diversi: per esempio, le armi proprie o improprie incustodite, di cui il bambino si serve per ferire il compagno; oppure l'autovettura dell'educatore lasciata con le chiavi inserite, di cui il minore si impossessa e con la quale fugge investendo una persona.

3.2. Reati commessi dall'operatore ai danni del minore

L'operatore di comunità, come qualsiasi cittadino, risponde di ogni reato commesso ai danni di un minore (percosse, lesioni, abusi sessuali, abuso di mezzi di correzione, maltrattamenti, ecc.).

La gamma delle possibili responsabilità si amplifica per i reati di omicidio colposo (art. 589 cod. pen.), di lesioni colpose (art. 590 cod. pen.) e di abbandono di persone minori di anni quattordici (art. 591 cod. pen.), che ricorrono di norma quando il bambino è più piccolo, sotto il profilo di una sorveglianza negligente, che non ha impedito che egli, ancora incapace di gestirsi, subisse un danno: così per esempio il bambino piccolo che si perde, investito per strada da un'automobile, che si fa male o viene ferito da un compagno in comunità dove è stato lasciato da solo, che subisce lesioni per avere bevuto la candeggina lasciata imprudentemente in vista. In vari casi alcune condotte colpose del responsabile per l'universalità della loro offensività prescindono dall'età del minore danneggiato (l'esempio è quello del minore fulminato dall'impianto elettrico pericoloso).

Il dovere di sorveglianza si affievolisce in genere, fino quasi a spegnersi, quanto più il ragazzo cresce ed è autonomo: come la giurisprudenza ha specificato per il malato di mente², e ciò a maggior ragione vale per un adolescente che di fatto abbia raggiunto un'adeguata autonomia e capacità di gestirsi, ai responsabili di una comunità è fatto divieto "di predisposizione, nelle modalità di custodia, di invasive e illecite cautele" a discapito delle libertà elementari e della dignità della persona umana, e non si può perciò pretendere da loro "né una sorveglianza che, per la sua consistenza e per le invasive modalità, costituisca una violazione delle regole generali di rispetto della dignità e delle libertà della persona, né una custodia che travalichi i termini terapeutici e le finalità" dell'ospitalità e della relazione educativa. Di conseguenza va esclusa la responsabilità penale colposa dell'operatore della comunità se il minore si fa male o fa male ad altri mentre, secondo le regole della comunità e il progetto educativo specifico o sottraendosi in modo incontrollabile alle disposizioni, sta fuori della comunità stessa.

2. Cass., sez. V pen., 22 dicembre 1998, *cit.*

3.3. *Il preteso obbligo dell'operatore di denuncia penale*

Un problema lacerante all'interno delle comunità si pone quando gli operatori in qualche modo apprendono fatti che potrebbero costituire reato, commessi ai danni di un ragazzo o da parte di un ragazzo. La comunità è un luogo di confidenze e l'educatore può avere notizia dal ragazzo stesso di abusi che ha subito recentemente o in passato, oppure può coglierne in modo diretto o indiretto i segni, oppure ancora può venire a conoscenza da altri (magari sono gli stessi genitori a rivelarli) di reati commessi dal ragazzo durante la permanenza nella comunità o in precedenza.

Che cosa sono tenuti a fare in questi casi il responsabile e gli operatori della comunità per minori? Sappiamo che il problema è controverso fra i giuristi. Secondo una tesi si dovrebbe partire dal rilievo che l'art. 362, comma 2, cod. pen. esclude dall'obbligo di denuncia i responsabili delle comunità terapeutiche socio-riabilitative per i fatti commessi da persone tossicodipendenti, affidate per l'esecuzione del programma definito da un servizio pubblico; e, argomentando a contrario, si dovrebbero ritenere tenuti alla denuncia i responsabili delle altre comunità. Ma tale affermazione non risulta a questo modo adeguatamente provata, perché quella norma (che si accompagna addirittura al diritto per gli operatori degli enti per tossicodipendenti convenzionati di astenersi dal deporre come testimoni, ex art. 120, comma 7, dpr n. 309/1990 sulle tossicodipendenze) è stata inserita per togliere ogni dubbio su operatori che ex art. 117 dpr n. 309/1990 svolgono funzioni di prevenzione e riabilitazione, in un ambito di assistenza sanitaria, affidate con una convenzione dal servizio pubblico, sotto il controllo del servizio stesso e rispondendo agli indirizzi di programmazione della regione: operatori che dunque sono incaricati del pubblico servizio della salute e che lo svolgono alla dipendenze funzionali dell'ente pubblico.

La soluzione del problema dovrebbe essere piuttosto cercata nella qualifica degli operatori delle comunità per minori: chiedendosi se siano o non siano persone incaricate di un pubblico servizio ex art. 358 cod. pen. (è indubbio che essi non siano pubblici ufficiali), dato che solo l'incaricato di pubblico servizio, quando abbia notizia di un reato procedibile di ufficio ex art. 331 cod. proc. pen., deve farne denuncia per scritto, trasmettendola senza ritardo al pubblico ministero o a un ufficiale di polizia giudiziaria, e altrimenti commette il reato di omessa denuncia di cui all'art. 362, comma 1, cod. pen., punito con una multa da lire 40.000 a lire 200.000.

Un'indicazione che gli educatori di una comunità per minori svolgono un servizio per il minore, per la famiglia e per la società, ma non un pubblico servizio in senso penalistico, può già trarsi dal fatto che i giudici penali – a quanto risulta – non hanno finora attribuito esplicitamente e motivatamente a un educatore di comunità la qualifica di incaricato di un pubblico servizio, né come soggetto attivo di reati (per esempio, peculato per appropriazione di denaro di ragazzi ospiti) né come soggetto passivo (per esempio, quale vittima di reati di violenze del minore o dei suoi genitori, qualificati delitti contro la pubblica amministrazione), né come soggetto obbligato a una denuncia penale.

Se, ex art. 358, comma, 2 cod. pen., come sostituito dall'art. 18 legge n. 86/1990, "per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima", e cioè ogni attività diretta obiettivamente a raggiungere pubbliche finalità, non appare sostenibile che tale sia l'attività di cura dell'infanzia svolta da una comunità o da un istituto per minori, attività che ha lo stesso contenuto di quella svolta dai genitori o dagli affidatari o dai genitori adottivi e ha come modello la famiglia, la quale è una "società naturale" (art. 29, comma 1, Costituzione). Mantenere, istruire e educare i minori è compito dei genitori e, in caso di loro incapacità, ex art. 32, comma 2, Cost. "la legge provvede a che siano assolti i loro compiti", affidandoli ad altri soggetti: la legge provvede, con una legislazione di tutela dell'infanzia, ma non già lo Stato si assume un compito di cura in proprio. Ne consegue che i responsabili e gli operatori educativi di una comunità privata per minori non sono incaricati di un pubblico servizio, sia o meno tale comunità convenzionata con l'ente pubblico³.

3. Alcuni ritengono che, quando il minore viene affidato alla comunità dall'ente pubblico con una convenzione, gli operatori delle comunità svolgono per lui un pubblico servizio, senza peraltro spingere questo argomento – piuttosto debole – fino a considerare incaricate di pubblico servizio anche le famiglie affidatarie che stipulano con l'ente locale un contratto di affidamento. Ma la presenza o meno di una convenzione o di un contratto non cambia la natura del servizio svolto da una comunità o da una famiglia affidataria: accogliere, mantenere ed educare un ragazzo (art. 5, comma 1, legge 4 maggio 1983, n. 184) non è un servizio pubblico, è il tipico servizio della famiglia come società naturale; e la comunità e la famiglia affidataria lo svolgono in sostituzione della famiglia temporaneamente incapace di adempiervi, non in surrogazione dello Stato.

Questo argomento vale anche per il personale delle comunità dell'ente locale o dello Stato: il responsabile e gli operatori non sono certamente pubblici ufficiali ex art. 357 cod. pen., ma la loro qualifica di dipendenti pubblici non è sufficiente perché possa affermarsi che essi svolgano anche un servizio pubblico in senso oggettivo, elemento oggi considerato indispensabile da tutta la dottrina che interpreta la novella portata dalla legge n. 86/1990.

A conferma di quanto sopra non appaiono configurabili i reati di violenza o minaccia (art. 336 cod. pen.) e di resistenza (art. 337 cod. pen.) a incaricato di pubblico servizio quando un ragazzo usi violenza o minaccia contro un operatore della comunità per costringerlo a compiere un atto contrario ai propri doveri o a omettere un atto del suo servizio o per opporsi a lui mentre compie un atto del suo servizio. Apparirebbe addirittura abnorme se una relazione educativa all'interno di una comunità, che ha i suoi momenti difficili e le sue trasgressioni, potesse essere pensata in termini di delitti contro la pubblica amministrazione; né l'autorevolezza educativa dell'operatore di una comunità ha bisogno della tutela penale rafforzata costituita dalla previsione a carico di chi lo offende dei reati di violenza e resistenza a incaricato di pubblico servizio.

L'operatore di comunità vedrebbe snaturata la sua stessa essenza se, qualificato come incaricato di un pubblico servizio, fosse tenuto a denunciare un reato commesso dal ragazzo o da lui subito; il suo ruolo educativo verrebbe a questo modo trasformato sostanzialmente in quello di un poliziotto. Un tale compito improprio lo porrebbe comunque in enorme difficoltà: egli perderebbe credibilità di fronte a tutti, trovandosi costretto ad abusare delle confidenze e a rivelarle all'esterno, e finirebbe per rovinare o interrompere il lavoro di ricostruzione di relazioni familiari migliori. Si pensi che la denuncia potrebbe rivelarsi infondata e soprattutto che l'operatore non ha elementi per valutare l'attendibilità del racconto del minore o il significato preciso dei suoi segni di disagio; non essendo un tecnico del diritto, egli farebbe fatica a realizzare se quello che ha appreso costituisca o no un reato procedibile d'ufficio.

L'operatore di comunità deve perciò valutare caso per caso quando presentare personalmente una denuncia (è sempre bene che lo faccia, con senso di responsabilità, allorché si tratti di interrompere una grave violenza in atto), o quando parlarne con l'assistente sociale dell'ente locale (che, in quanto incaricato di pubblico servizio, è invece sicuramente tenuto a presentare denuncia se riceve dall'operatore notizia di un reato), oppure quando proporre querela per un

reato del quale è parte lesa. Resta comunque salvo il suo obbligo generale di testimoniare il vero di fronte alla polizia o all'autorità giudiziaria, allorché sia interrogato; tuttavia l'obbligo di denuncia, che nel nostro ordinamento fa capo a pochi soggetti, è ben diverso dal dovere di testimoniare, che è di tutti.

La soluzione opposta vale per le funzioni svolte dalle comunità pubbliche o autorizzate nel caso in cui accolgano un minore nella misura cautelare penale del collocamento in comunità (art. 22 disp. proc. pen. min.), perché in questo caso per quel minore – e solo per quello – si tratta di svolgimento di un'attività cautelare penale, che è funzione propria dello Stato, in quanto tale direttamente disciplinata dall'ordinamento. Perciò il responsabile della comunità (e solo lui, perché gli educatori devono ritenersi rientrare fra coloro i quali svolgono semplici mansioni d'ordine, ex art. 388, comma 2, cod. pen.) deve denunciare i reati procedibili di ufficio commessi dal ragazzo che si trova in misura cautelare nella comunità; deve però trattarsi della notizia di un fatto, in cui il reato sia profilato almeno nelle sue linee essenziali, non di un semplice sospetto, che può nascere da una voce incontrollata o da segni generici; né l'operatore è tenuto a ricercare elementi di conferma che depongano per l'esistenza di un reato e che conseguentemente lo obblighino alla denuncia. In questo caso, fra i reati procedibili di ufficio da denunciare ci sono anche quelli di violenza, minaccia e resistenza commessi dal ragazzo ai danni dell'operatore, che in questa particolare relazione ha la qualifica di incaricato di pubblico servizio (artt. 336 e 337 cod. pen.).

4. La responsabilità civile

4.1. I due profili di responsabilità civile

I tipi di responsabilità civile di cui può essere chiamato a rispondere l'operatore educativo sono due, diversi fra loro:

- la responsabilità civile per i danni subiti dal minore;
- la responsabilità civile per i danni prodotti dal minore a terzi.

4.1.1. La responsabilità civile per i danni subiti dal minore

Gli esempi di responsabilità civile per i danni subiti dal minore in conseguenza dell'operato dei soggetti che si occupano di lui sono

numerosi. Il riferimento va in particolare al suicidio, alle lesioni fisiche autoinferte e al pregiudizio psichico e psico-esistenziale, dovuti a comportamenti attivi, oppure a omissioni di comportamenti che sarebbero stati opportuni, da parte dei vari soggetti obbligati a tenerli, e quindi potenzialmente responsabili.

Quando il minore subisca un danno psichico e psico-esistenziale, si deve distinguere:

- a) se il comportamento del danneggiante costituisce anche reato, il suo risarcimento è dovuto, poiché può essere risarcito con la qualifica di danno morale (art. 2059 cod. civ.);
- b) ogniqualvolta invece il comportamento che ha prodotto il danno non costituisca reato, la risarcibilità è problematica, dato che essa è ammissibile solo se tale danno viene considerato come danno patrimoniale: la dottrina è apertamente favorevole a questa qualifica, mentre la giurisprudenza è estremamente prudente.

4.1.2. *La responsabilità civile per i danni prodotti dal minore a un terzo*

La responsabilità civile dell'operatore educativo per i danni prodotti dal minore a un terzo (alla sua persona o alle sue cose) si pone tanto se danneggiato è un altro minore ospitato o un educatore, quanto se danneggiato è un terzo estraneo alla comunità.

I problemi di politica del diritto per il caso della responsabilità per i danni prodotti dal minore ai terzi, sono particolarmente delicati. Infatti dev'essere preso in considerazione l'interesse della società nel suo complesso, il quale si presenta sotto due differenti aspetti, potenzialmente in contrasto fra loro:

- è ormai risaputo, e costituisce una precisa scelta di politica sociale e di politica del diritto, soprattutto in Italia, che un'adeguata formazione etica e civile dei minori in condizioni difficili, tale da permetterne un reinserimento sociale armonico, non può avvenire altrimenti se non educandoli alla responsabilità e avviandoli all'autonomia; si tratta di un processo che non può realizzarsi se ci si limita a ricorrere ai metodi custodialistici; anzi, la prassi non custodialistica dovrebbe permettere un migliore recupero del minore e costituisce quindi, in prospettiva più lunga, un vero e proprio investimento, produttivo di utilità sociale;
- peraltro il fatto stesso che il minore non debba essere "ristretto", ma goda di un certo grado di autonomia e possa mantenere un

contatto abbastanza costante con il mondo esterno alla comunità, in conseguenza della tecnica educativa rigorosamente non custodialistica oggi comunemente impiegata in Italia, introduce inevitabilmente nella società il rischio che durante il periodo di permanenza in comunità il minore produca danni a persone e cose in misura maggiore di quella ipotizzabile se fosse invece "ristretto"; sicché è interesse della società evitare questo rischio, o almeno farvi fronte in qualche modo.

È evidente che la tutela piena del secondo aspetto dell'interesse generale porterebbe probabilmente a una gestione sostanzialmente custodialistica dei minori; e che la tutela ragionevole del primo aspetto indirizzerebbe invece in senso diametralmente opposto.

Gli enti locali hanno la funzione di rappresentare entrambi gli aspetti di questi interessi generali. Gli enti gestori delle comunità non sembra possano essere considerati portatori di un interesse proprio (oltre a tutto non hanno scopo di lucro): essi sono piuttosto espressione operativa ultima del primo aspetto sopra indicato dell'interesse generale.

L'equilibrio fra rigorismo perbenista, da un lato, e perdonismo che non educa all'autoresponsabilità, dall'altro lato, è difficile. Ad ogni modo si può concordare su questo principio: chi è danneggiato dal comportamento di un minore difficile dev'essere trattato allo stesso modo di chi è danneggiato da ogni altra persona. Occorre dunque che abbia una possibilità di ottenere il risarcimento statisticamente analoga a quella che avrebbe in ogni altro caso. È bene ricordare che chi è danneggiato da un nullatenente non riesce a ottenere alcun risarcimento, anche se l'iscrizione della responsabilità è pacifica; pertanto non è persuasivo attribuire al danneggiato da un minore difficile maggiori probabilità di ottenere effettivamente un risarcimento, chiamando a risponderne con larghezza la comunità o l'ente pubblico (oppure la loro assicurazione), soltanto allo scopo di creare consenso sociale intorno al metodo non custodialistico e di evitare che si diffondano nella società reazioni di dissenso, analoghe a quelle nate dal modo in cui in molte regioni è stata data attuazione alla legge n. 180/1978 sui malati di mente.

4.2. *La responsabilità delle comunità e dei loro operatori per i danni prodotti dal minore a terzi o a se stesso: lo stato attuale delle cose*

È bene premettere che resta naturalmente comunque sempre ferma la responsabilità *personale* del minore per i danni che produce a terzi, ogniqualevolta egli sia capace d'intendere e di volere.

Il problema è determinare quali siano i casi in cui vi si può aggiungere la responsabilità solidale della comunità e dei suoi operatori (o della loro assicurazione), o quella dei servizi sociali facenti capo all'ente locale (o della loro assicurazione), vale a dire le sole responsabilità che offrirebbero al danneggiato una realistica prospettiva di ottenere effettivamente il risarcimento.

In tema di responsabilità delle comunità e dei loro operatori non possiamo trarre lumi da decisioni giudiziali negli ultimi venti anni. I pochi precedenti in termini sono più risalenti e giudicano su situazioni di tipo custodiale, nelle quali la comunità non aveva il compito di sviluppare un vero e proprio progetto educativo individuale, ma aveva piuttosto unicamente un rigoroso dovere di tenere rinchiusi i minori; è pertanto assai improbabile che se ne possano trarre indicazioni utili⁴. Per i medesimi motivi, e in modo ancora più evidente, non si può trarre alcun insegnamento dall'elaborazione giurisprudenziale, anch'essa assai risalente nel tempo, sulla responsabilità del personale medico e infermieristico dei manicomi per i danni prodotti dai ricoverati a terzi o ad altri ricoverati.

Dobbiamo allora ricercare una soluzione da una rilettura della legislazione. La responsabilità degli operatori è disciplinata da norme diverse secondo i casi.

4.2.1. *Minore incapace di intendere e volere*

Qualora il minore si trovi in condizioni d'incapacità d'intendere e di volere (com'è il caso dei minori "piccoli" o con problemi mentali estremamente gravi) non vi è dubbio che si applichi all'operatore educativo la regola sulla responsabilità dei sorveglianti (art. 2047 cod. civ.), tanto se ad aver subito il danno è il minore stesso, quanto

4. Cfr. App. Firenze, 23 settembre 1965, in *Foro it.*, 1966, I, c. 736; Cass., 7 dicembre 1968, n. 3963, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 2187.

se è un terzo: pertanto la colpa del sorvegliante è presunta, salvo egli dia la prova contraria, consistente nella dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto, vale a dire di aver adeguatamente sorvegliato il minore.

4.2.2. *Minore capace che produce danno a terzi*

Qualora il minore sia capace d'intendere e di volere e abbia prodotto un danno a terzi, occorre distinguere fra due diverse ipotesi: quella in cui il dirigente responsabile della comunità o l'operatore incaricato di seguire il minore abbia anche l'incarico di tutore e quella in cui non abbia invece tale incarico. Nella prima ipotesi non sembra dubbio, data la formulazione dell'art. 2048, comma 1, cod. civ., che egli debba essere assimilato ai genitori. Nella seconda, invece, è discutibile se sia più ragionevole assimilarlo ai genitori, oppure considerarlo alla stregua di un "precettore", vale a dire su un piano simile a quello degli *insegnanti* (art. 2048, comma 2, cod. civ.).

Nella poca dottrina in materia questa distinzione non è considerata: si discute soltanto del problema in generale, senza riferimento all'eventuale attribuzione dell'ufficio tutoriale. Secondo la giurisprudenza molto risalente, cui si è fatto cenno sopra, gli operatori delle comunità dovrebbero essere qualificati come "precettori", con il conseguente inquadramento della loro eventuale responsabilità nella previsione dell'art. 2048, comma 2, cod. civ.; a sostegno si argomenta che dev'essere considerato "precettore" non soltanto chi insegna, ma anche chi educa. Secondo un orientamento dottrinale più recente, invece, sarebbe preferibile assimilarli in ogni caso ai genitori (art. 2048, comma 1, cod. civ.)⁵; a sostegno di questa tesi si osserva che il rapporto fra l'educatore e il minore affidatogli è un rapporto di contenuto estremamente ampio, comprensivo di tutti gli aspetti della vita e di buona parte dei momenti della giornata, molto più simile sul piano psicologico ed esistenziale a quello fra un minore e i suoi genitori che a quello fra un minore e i suoi *insegnanti*.

Qualunque sia la soluzione scelta fra le due, la colpa dell'operatore è presunta, salvo che egli fornisca la prova contraria (art. 2048,

5. Cfr. M. Mantovani, "La responsabilità dei genitori e dei tutori", in *La responsabilità civile*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, vol. II, t. I, in *Rassegna sistematica Bigiavi*, Utet, Torino, 1987, pp. 22 sgg.; P. Morozzo della Rocca, *Responsabilità civile e minore età*, Jovene, Napoli, 1994, pp. 79 sgg.

comma 3, cod. civ.), consistente in entrambi i casi nella dimostrazione di non aver potuto impedire il fatto. Tuttavia le regole sul contenuto di questa prova liberatoria, che la giurisprudenza ha elaborato e applica con costanza, sono molto diverse nei due casi: il "precettore" si libera dimostrando di aver adeguatamente sorvegliato il minore⁶; i genitori, invece, si liberano dimostrando, oltre all'adeguata sorveglianza, anche il fatto di avergli impartito un'educazione idonea ad evitare il comportamento produttivo del danno. Questi due aspetti, la sorveglianza e l'educazione, sono concettualmente diversi: tuttavia nella ricca elaborazione giurisprudenziale sulla responsabilità dei genitori è frequente che non appaiano chiaramente distinguibili.

Se agli operatori si applicasse in modo pieno, senza adattamenti, l'una o l'altra regola sulla prova liberatoria, la loro responsabilità risulterebbe regolata in modo assai diverso, molto più lieve se si applicasse la regola elaborata per gli insegnanti, molto più gravosa se si applicasse quella elaborata per i genitori.

4.2.3. *Minore capace che subisce un danno*

Qualora il minore sia capace d'intendere e di volere e abbia subito un danno egli stesso, è controverso se si applichi per gli operatori della comunità la regola speciale della responsabilità dei genitori, tutori e precettori (art. 2048 cod. civ.), oppure quella generale sulla responsabilità per fatti illeciti (art. 2043 cod. civ.).

L'elaborazione giurisprudenziale, tutta compiuta per giudicare casi di responsabilità degli insegnanti, non è univoca: secondo una tesi, largamente maggioritaria⁷, in questi casi si applica l'art. 2043 cod. civ., che non contiene alcuna presunzione di colpa, e non l'art. 2048 cod. civ., con il risultato che viene così alleggerita la responsabilità del "precettore", dal momento che la sua colpa dev'essere positivamente dimostrata dal danneggiato (vale a dire, trattandosi di minori, dal suo legale rappresentante, di regola i suoi genitori); secondo l'altra tesi, minoritaria⁸, si applica sempre l'art. 2048, comma

6. Qualche peculiarità si incontra nel caso in cui il danno si produca nel corso di una pratica sportiva.

7. Cfr. da ultima Cass., 13 maggio 1995, n. 5268, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2093.

8. Cfr. da ultima, ma solo per inciso, Cass., 11 agosto 1997, n. 7454, in *Danno resp.*, 1998, 260, e in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1071.

2, cod. civ., della responsabilità dei precettori, tanto se danneggiato è il minore quanto se danneggiato è un terzo.

4.2.4. *Responsabilità della comunità e responsabilità del singolo operatore per danni al minore o del minore*

Il rapporto fra la responsabilità del singolo operatore, cui è affidato il minore secondo le regole di organizzazione interna della comunità, e la responsabilità dell'ente che gestisce le comunità è riconducibile allo schema della responsabilità dei datori di lavoro per i fatti illeciti dei loro dipendenti (art. 2049 cod. civ.). Pertanto, ogniqualvolta è responsabile l'operatore, sorge la responsabilità oggettiva dell'ente, in via solidale, purché ricorrano *entrambe* le circostanze seguenti:

- che il danno si produca nello svolgimento delle mansioni lavorative: queste sono intese dalla giurisprudenza in senso estremamente lato, com'è noto, fino a ricomprendervi ogni attività riconducibile all'interesse dell'attività del datore, anche se solo nell'intenzione del sottoposto;
- che vi sia un rapporto di preposizione: secondo la giurisprudenza il rapporto di dipendenza può anche non essere un rapporto di lavoro subordinato, purché sia caratterizzato dal potere di direzione e di controllo del datore; ne consegue che si potrebbe ipotizzare l'applicazione della stessa regola non solo agli operatori legati alla comunità da un rapporto stabile, ma anche agli operatori volontari legati alla comunità da un rapporto sporadico; manca però ogni conferma giurisprudenziale di quest'ipotesi interpretativa.

4.3. *La necessità di elaborare un contenuto nuovo per la clausola di esonero dalla responsabilità degli operatori educativi*

In ogni caso, tanto se si applica agli operatori della comunità l'art. 2047 cod. civ., quanto l'art. 2048, comma 1, cod. civ., quanto l'art. 2048, comma 2, cod. civ., l'elemento di importanza decisiva è costituito dal contenuto effettivo della clausola di esonero dalla loro responsabilità: come già detto, in tali testi normativi essa è identica nella lettera (provare di non aver potuto impedire il fatto), ma è di-

versa nell'applicazione giurisprudenziale che ne viene data. Diferente è invece la situazione se si applica ad essi l'art. 2043 cod. civ.: la questione fondamentale consiste nell'identificare in che cosa dovrebbe consistere la colpa e, in questo caso, la colpa dell'operatore non è presunta, ma dev'essere positivamente dimostrata da chi vuole ottenere il risarcimento.

Il punto di partenza dovrebbe essere sempre il seguente: ciò che più importa non è tanto scegliere se applicare agli operatori il modello della responsabilità degli insegnanti, e della correlativa prova liberatoria, oppure quello più rigoroso della responsabilità dei genitori; lo sforzo dev'essere piuttosto rivolto a costruire una regola nuova e autonoma sulla prova liberatoria, che dia alla formula legislativa ("non aver potuto impedire il fatto") un contenuto misurato in modo quanto più preciso possibile sul peculiare ruolo dell'operatore, sui suoi poteri e sui suoi doveri, sull'effettiva possibilità ch'egli ha di indirizzare la vita e i comportamenti del minore. Quest'elaborazione deve quindi anzitutto essere razionalmente fondata sui compiti e sui poteri istituzionali tipici degli enti locali e dei loro servizi sociali, nonché sulle peculiarità dei compiti e dei poteri che sono attribuiti alle comunità e ai loro operatori.

Può essere utile, quanto meno per chiarezza d'impostazione, fare riferimento alla distinzione, elaborata dalla giurisprudenza con riferimento ai genitori, fra sorveglianza e educazione: il principio, che si ricava dalle osservazioni svolte nella prima parte, è che la sorveglianza deve sempre restare ancillare rispetto all'educazione, ovvero dev'esserle funzionalmente subordinata. Il dato di importanza centrale, perno di tutta l'elaborazione, è quindi necessariamente costituito dai progetti educativi, che giustificano e danno uno scopo comune a tutti gli aspetti dell'attività svolta a tutela del minore in difficoltà dagli enti locali e dai loro servizi sociali, dalle comunità e dai loro operatori. Il contenuto del dovere di sorveglianza che grava sulle comunità e sugli operatori – fonte di tanti problemi nella pratica quotidiana – è pertanto strettamente funzionale all'indirizzo contenuto nel progetto educativo.

In altre parole: l'attività di sorveglianza non dev'essere valutata nella prospettiva dell'ordine pubblico, ma unicamente nella prospettiva dei progetti educativi. Ne consegue, fra l'altro, che l'adeguatezza delle modalità di sorveglianza dev'essere giudicata in base a criteri diversi secondo i casi, poiché deve comunque essere sempre riferita alle prescrizioni ricevute dalla comunità al momento in cui le è stato affidato il minore. Un'indicazione in questo stesso senso, a

ben guardare, proviene anche dalla risalente giurisprudenza ricordata sopra⁹.

4.4. I progetti educativi

Come già detto in precedenza ai punti 2.2. e 2.3, entro la locuzione generica di "progetto educativo" sono in realtà compresi vari elementi, molto diversi fra loro.

- a) Il *progetto istituzionale generale della comunità*, che indica i principi e le linee programmatiche della sua azione educativa: dovrebbe contenere una sorta di statuto-regolamento dei diritti e dei doveri degli operatori e degli ospiti della comunità, formulato in termini abbastanza elastici e generali, in modo tale da permettere una gestione ragionevole e adattabile alle circostanze. Esso dovrebbe costituire il termine ultimo di riferimento per valutare la liceità e l'opportunità dei comportamenti tenuti dagli operatori nei confronti dei minori.
- b) Il *progetto globale costruito dai servizi sociali per il singolo intervento*: dovrebbe contenere le scelte fondamentali fatte per aiutare il minore e la sua famiglia, interamente ascrivibili alla responsabilità politica dell'ente locale e alla responsabilità tecnica dei suoi servizi.
- c) Il *progetto educativo individuale del singolo minore*, elaborato di comune accordo fra i servizi sociali e la comunità in cui il minore viene collocato: dovrebbe contenere le specifiche linee d'azione scelte per quel determinato minore, con l'eventuale precisazione delle particolari regole di vita e di disciplina che lo riguardano, pur sempre entro le linee programmatiche generali dello statuto-regolamento della comunità; esso quindi dovrebbe precisare quali sono i poteri e doveri, normalmente inerenti alla potestà parentale, che spettano invece alla comunità e a suoi operatori.
- d) Le *convenzioni economiche* fra l'ente locale e la comunità: possono essere convenzioni generali per lo svolgimento dell'attività di accoglienza, oppure convenzioni specifiche per il collocamento di un *singolo minore*. Queste convenzioni non sembrano avere ri-

9. Se per assurdo, come era stato in tali casi, venisse prescritto alla comunità di tenere il minore "ristretto coattivamente", questa potrebbe essere chiamata a rispondere del fatto di non aver adottato modalità di sorveglianza idonee a impedire la fuga.

lievo significativo riguardo alle questioni di responsabilità che qui interessano, se e in quanto si limitino a trattare degli aspetti economici. *Nel caso in cui la convenzione andasse invece oltre, e tratteggiasse anche le linee del progetto educativo individuale per un determinato minore, verrebbe ad assumere il medesimo rilievo che hanno i progetti indicati sopra alla lettera c.* I mezzi che i servizi mettono a disposizione della comunità per mezzo della convenzione dovrebbero essere adeguati al progetto educativo: l'accettazione da parte di quest'ultima non può non costituire un riconoscimento implicito della loro adeguatezza, magari a volte poco spontaneo o non convinto fino in fondo, ma giuridicamente inequivocabile.

Il *progetto globale dei servizi per il singolo intervento* e il *progetto educativo individuale del singolo minore* devono ovviamente essere adeguati alle necessità del minore e della sua famiglia, almeno per quanto se ne conosca e se ne possa ragionevolmente prevedere al momento della loro redazione. Dei danni derivanti dalla loro *inadeguatezza*, sia al minore e alla sua famiglia sia ai terzi, dovrebbe essere chiamato a rispondere il soggetto che ha compiuto le scelte determinanti e inadeguate: pertanto dell'inadeguatezza del progetto globale dovrebbero rispondere i servizi sociali dell'ente locale, mentre dell'inadeguatezza del progetto educativo individuale dovrebbero rispondere i servizi sociali e la comunità in concorso fra loro. Occorre comunque che vi sia un preciso nesso di causalità fra gli aspetti di inadeguatezza del progetto e il comportamento che ha provocato il danno, tenendo sempre conto del fatto che la sorveglianza è funzionalmente subordinata all'opera educativa; l'onere di provare il nesso di causalità, secondo la regola generale, grava sul danneggiato.

4.5. *La ripartizione dell'onere del risarcimento del danno fra servizi e comunità*

La ripartizione dell'onere del risarcimento del danno fra i due corresponsabili, regolata dall'art. 1227 cod. civ., si presenta piuttosto problematica. Sarebbe forse opportuno distinguere fra diversi aspetti del progetto educativo individuale: quelli che costituiscono semplici conseguenze logiche necessitate del progetto globale dei servizi, quelli che costituiscono una conseguenza necessitata dello statuto-regolamento della comunità, e quelli che sono stati effettivamente

oggetto di un'elaborazione comune fra servizi e comunità. I maggiori problemi derivano dai primi due aspetti: a prima vista potrebbe sembrare ragionevole attribuire la responsabilità per l'inadeguatezza dei primi ai servizi, per l'inadeguatezza dei secondi alla comunità; tuttavia non si può dimenticare che, con riguardo ai primi, se la comunità fosse stata convinta della loro inadeguatezza, avrebbe dovuto rifiutarsi di accogliere il minore; e che, con riguardo ai secondi, se i servizi fossero stati convinti dell'inadeguatezza per quel minore di una o più norme dello statuto-regolamento della comunità, avrebbero dovuto collocare il minore altrove.

Qualora si verificassero fatti nuovi, che impongono una revisione del progetto, dovrebbero provvedervi i servizi e la comunità, ciascuno nel proprio ambito di competenza e, ove necessario, di concerto fra loro; il non farlo potrebbe essere fonte di responsabilità per la sopravvenuta inadeguatezza del progetto.

A proposito della responsabilità dei servizi dell'ente locale per l'inadeguatezza dell'intervento, *o per la scelta di non intervenire, rivelatasi poi sbagliata*, vi sono alcuni precedenti giudiziari, tutti però riguardanti casi di malattia mentale: un CIM (centro d'igiene mentale) è stato riconosciuto responsabile per non aver predisposto misure di sostegno di una malata (suicidatasi), nonostante ciò per un verso apparisse oggettivamente opportuno e per l'altro verso estremamente difficile o impossibile a causa dell'opposizione del marito¹⁰; un comune non è stato ritenuto responsabile per un omicidio compiuto da un maggiorenne in condizioni psichiche difficili, seguito dai servizi sociali finché era minorenni, in quanto era assistito solo finanziariamente dal comune stesso, ma non era stata segnalata alcuna particolare necessità d'intervento psichiatrico¹¹; un CIM è stato riconosciuto responsabile per non aver predisposto misure di tipo custodialistico, ma aver scelto di seguire solo ambulatorialmente un malato di mente, il quale aveva poi compiuto un omicidio, che appariva prevedibile dal suo comportamento pregresso¹².

L'ipotesi della completa assenza di ogni predisposizione di strumenti d'intervento da parte dell'ente locale pone un problema delicato: ogni richiesta di risarcimento del danno per la mancata o

10. Cfr. Trib. Perugia, 20 ottobre 1986, in *Foro it.*, 1988, I, c. 108.

11. Cfr. Trib. Reggio Emilia, 18 novembre 1989, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 549.

12. Cfr. Trib. Trieste, 23 novembre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 986.

l'inefficiente organizzazione dei servizi sociali, o per la loro assenza di mezzi finanziari, si risolverebbe necessariamente in un sindacato sul merito dell'attività dell'ente locale, cioè di un'attività propriamente "politica", che esprime scelte discrezionali. Nella situazione, ovvia, di limitatezza delle risorse è difficile pensare a diritti soggettivi perfetti, azionabili da parte degli eventuali interessati, per il fatto della vera e propria mancata o inadeguata organizzazione di un servizio, oppure per il suo mancato finanziamento.

Il problema è oggi molto discusso a proposito delle azioni dei privati contro i comuni per la rimozione delle barriere fisiche che limitano nei fatti la libertà di movimento degli handicappati; la dottrina civilistica che si occupa dell'argomento è poca, ma schierata in maggioranza a favore dell'azionabilità; la dottrina amministrativistica è invece rigidamente schierata sulla posizione opposta; la giurisprudenza, oggetto di grande attenzione politica, è troppo episodica e numericamente scarsa perché se ne possa cogliere un indirizzo in qualche modo consolidato.

4.6. *La valutazione in concreto della responsabilità dell'operatore educativo*

Nella loro attività gli operatori delle comunità hanno il dovere professionale di realizzare il *progetto educativo individuale del singolo minore*, e quindi di attenersi alle sue indicazioni: l'operatore, e con lui la comunità secondo l'art. 2049 cod. civ., dovrebbe essere responsabile per tutti i danni che dipendono dalla non conformità del suo comportamento al progetto; anche in questo caso occorre che vi sia un preciso nesso di causalità fra la mancata esecuzione del progetto e il comportamento che ha provocato il danno, tenendo sempre conto che la sorveglianza è funzionalmente subordinata all'opera educativa; l'onere di provare il nesso di causalità, secondo la regola generale, grava sul danneggiato.

Nella valutazione del comportamento degli operatori occorre tenere sempre ben presente quali sono i poteri e doveri che derivano loro dalle eventuali prescrizioni del giudice, dalle indicazioni contenute nel progetto educativo individuale del minore, dalle eventuali indicazioni dei suoi genitori, nel caso esercitino ancora la potestà, e infine dalle norme dello statuto-regolamento della comunità.

Con particolare riferimento alla responsabilità degli operatori per i danni prodotti a terzi dal minore loro affidato, vi sono due punti fermi fondamentali, che discendono da quanto detto finora.

a) Il primo è il seguente: non si può mai imputare a responsabilità dell'operatore, per omissione o insufficienza della sorveglianza, il fatto di non aver adottato una misura coercitiva o repressiva, come per esempio vietare al minore di uscire dalla comunità in determinate ore, qualora non avesse legittimamente il potere di adottarla; correlativamente, può essergli invece imputato a responsabilità il fatto di non averla adottata, qualora ne avesse legittimamente il potere. L'operatore – va ribadito – ha il potere di adottare legittimamente simili misure soltanto se sono prescritte dal giudice, dai genitori, dal progetto educativo individuale, oppure se sono previste come misure cautelative o sanzionatorie nello statuto-regolamento della comunità. Si deve anche ricordare che non si possono impedire ai minori in comunità quelle normali piccole libertà che sono consuete per i minori loro coetanei, salvo che, in presenza di una specifica controindicazione, lo statuto-regolamento ne autorizzi l'impedimento.

Qui si pone un problema. In linea di principio, è chiamato a rispondere civilmente non soltanto chi trasgredisce un dovere di azione prescritto specificamente dalla legge, ma anche chi trasgredisce un dovere di azione identificato dalla giurisprudenza in situazioni tipizzate, ogniquale volta si tratti di una condotta che viola il principio generale di prudenza e diligenza di cui all'art. 2043 e seguenti cod. civ. Tuttavia, nel conflitto fra questo principio generale e il dovere di non ledere diritti personalissimi e fondamentali, quali la libertà personale, non sembra ammissibile che la giurisprudenza abbia il potere di identificare doveri di azione lesivi della libertà personale, qualora non siano testualmente previsti.

b) Il secondo punto fermo è il seguente: non può di regola essere imputato a responsabilità dell'operatore il fatto di non aver costantemente accompagnato il minore, in particolare nelle uscite esterne, qualora ciò non sia prescritto dal progetto o dallo statuto-regolamento. Qui si trova un punto di differenza rilevante rispetto all'elaborazione giurisprudenziale della responsabilità degli insegnanti, cui viene per lo più richiesta una presenza fisica costante, con un rigore tanto maggiore quanto più bassa è l'età dei loro scolari.

È necessario che tanto il progetto educativo individuale, quanto lo statuto-regolamento della comunità siano redatti in forma scritta e

siano ben conosciuti, soprattutto il secondo, dato che costituiscono i principali testi normativi di riferimento per l'operatore: lo scopo primo è quello di farne un'entità veramente esistente, sul piano psicologico, nei confronti del minore. Da un lato essi costituiscono la "carta statutaria" dei diritti e doveri del minore nei confronti della comunità e dei suoi operatori, e viceversa; dall'altro lato fungono da parametro di ogni valutazione sui comportamenti di tutte le parti interessate alla vicenda.

Ma vi è anche un'altra ragione che consiglia di redigerli in forma scritta: in caso di controversie giudiziarie, la forma scritta costituisce l'unico mezzo sicuro per fornire la prova del loro contenuto.

Come valutare i casi in cui non esiste alcun progetto educativo individuale, ma il minore è semplicemente "posteggiato" dai servizi presso una comunità, sulla base di una semplice convenzione economica con l'ente locale? In questo caso nella valutazione della responsabilità della comunità sembrerebbe acquistare un peso determinante l'elemento della sorveglianza, piuttosto che quello del progetto educativo, essendo questo inesistente. Tuttavia, per colmare l'evidente lacuna, si potrebbe forse ricorrere all'analogia con il contenuto di altri progetti elaborati per altri minori che si trovano in situazioni assimilabili.

E come valutare il caso in cui, nonostante non esista alcun progetto educativo individuale, o la comunità si dichiara addirittura non disponibile a ricevere quel certo minore o a continuare a tenerlo, i servizi sociali glielo impongono in qualche modo "coattivamente" nelle situazioni di intervento urgente di cui all'art. 403 cod. civ.? È ragionevole escludere ogni responsabilità della comunità per quei comportamenti dannosi del minore che sono legati da un nesso di implicazione con le ragioni per le quali questa si rifiuta di accoglierlo, ovvero, in altre parole, che esprimono il rischio caratteristico derivante dal fatto di tenerlo, rischio che la comunità manifesta con chiarezza di non volersi assumere, appunto dichiarando la propria indisponibilità. È invece ragionevole ammettere la responsabilità della comunità per ogni altro comportamento del minore. Nei casi in cui fosse esclusa la responsabilità della comunità e dei suoi operatori, *la responsabilità ricadrebbe interamente*, salvo casi di forza maggiore, sul servizio sociale stesso che ha inviato egualmente il minore a quella comunità, nonostante il suo rifiuto, o che non ha provveduto ad allontanarlo.

Le linee di principio indicate in questo paragrafo possono essere sicuramente estese anche alla responsabilità di altre categorie di operatori, come gli educatori di strada e gli assistenti domiciliari. Ma ciò riguarda soltanto le linee di principio: non si possono trasfe-

rire meccanicamente a tali casi le soluzioni qui proposte per il caso degli operatori delle comunità residenziali. Al fine di determinare in concreto le regole sulla responsabilità delle organizzazioni non residenziali e dei loro operatori occorre tenere attentamente in conto la diversità concreta delle situazioni materiali e psicologiche, che si riflette a sua volta in una profonda differenza dei doveri degli operatori, e nella minore possibilità effettiva ch'essi hanno di incidere con la loro azione sullo sviluppo psicologico e sociale dei minori. Si tratta dunque di una questione che, pur nella comunanza delle linee di principio, dovrebbe essere oggetto di un'apposita elaborazione, in parte diversa da quella qui compiuta.

4.7. *La responsabilità di altri soggetti per i danni del minore a terzi*

4.7.1. *I genitori*

Secondo l'art. 2048, comma 1, cod. civ., i genitori sono responsabili per i danni prodotti ai terzi dai figli minori, capaci d'intendere e di volere, purché coabitanti con essi. La prova liberatoria chiesta dalla giurisprudenza è estremamente difficile a darsi: dimostrare di averli sorvegliati adeguatamente e di aver dato loro un'educazione idonea a evitare i comportamenti produttivi di danni; se poi si aggiunge la precisazione secondo la quale nella maggior parte dei casi il fatto stesso che i comportamenti siano stati tenuti costituisce di per sé la prova dell'inidoneità dell'educazione data, la prova liberatoria finisce con il rivelarsi in concreto quasi impossibile.

In seguito alla separazione e al divorzio dei genitori, è controverso se entrambi restino tenuti in solido fra loro: secondo l'opinione più accreditata in dottrina, entrambi i genitori restano in linea di principio obbligati, in quanto anche il genitore non affidatario conserva qualche aspetto dell'esercizio della potestà, conservando il diritto e dovere di collaborare a prendere le decisioni più importanti per il minore¹³; la ripartizione della responsabilità fra i due genitori

13. Cfr. M. Mantovani, "La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte", in *La responsabilità civile, Aggiornamento 1988-1996*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, t. I, in *Rassegna sistematica Bigliani*, Utet, Torino, 1997, p. 163 segg.; limita invece la responsabilità all'affidatario P. Morozzo della Rocca, *Responsabilità civile e minore età*, cit., p. 230 segg.

condebitori (art. 1227 cod. civ.) dev'essere determinata secondo la possibilità effettiva che ciascuno di loro ha avuto di sorvegliare il minore al momento della commissione dell'illecito e più in generale di impartirgli un'educazione adeguata. Non consta un sicuro orientamento giurisprudenziale in materia, successivo all'introduzione dell'attuale disciplina della potestà parentale nel 1975.

Nel caso di minori inseriti in una comunità, per tutto il tempo in cui vi risiedono, è controvertibile se la responsabilità resti ascrivibile anche ai genitori, in solido con la comunità, evidentemente soltanto sotto l'aspetto dell'inadeguatezza dell'educazione impartita: non constano precedenti giudiziari in termini, che non appartengano a un'altra epoca dei rapporti genitori-figli. Si potrebbe tuttavia ricavare un'indicazione dall'orientamento giurisprudenziale sul caso dei danni prodotti a terzi da un figlio minore che si è allontanato stabilmente dalla residenza familiare: la Cassazione esclude la responsabilità dei genitori solo se l'allontanamento del figlio è espressione di una scelta sua propria, non condivisa dai genitori, né stimolata o in qualche modo direttamente causata da loro comportamenti¹⁴.

L'indicazione che se ne può trarre porterebbe a riconoscere che nella gran parte dei casi i genitori restano responsabili, in quanto l'allontanamento del figlio e il suo inserimento in comunità sono per lo più causati da loro insufficienze, se non peggio. Essi sarebbero comunque responsabili in solido con la comunità e con i suoi operatori: la ripartizione del relativo onere (art. 1227 cod. civ.) dovrebbe essere determinata tenendo conto da un lato del fatto che, quando il minore risiede in comunità, i genitori non hanno alcuna possibilità di sorvegliarlo; e dall'altro lato del fatto che la comunità non può essere chiamata a rispondere di insufficienze educative che risalgono a un periodo anteriore, in cui il minore conviveva ancora con i genitori. Ad ogni modo è probabile che chiamare a rispondere anche i genitori in solido con la comunità abbia una scarsa utilità per il danneggiato, data la loro prevedibile situazione patrimoniale.

Altra questione è come sia regolata la responsabilità per i danni prodotti a terzi da un minore nei periodi in cui, invece di risiedere presso la comunità, si trovi legittimamente presso i suoi genitori, oppure da un minore assistito domiciliariamente presso la sua famiglia: se siano responsabili i genitori (o quello di loro con il quale convive o presso il quale temporaneamente si trova), oppure la comunità e l'operatore che ha il compito di occuparsi di lui, oppure ancora en-

14. Cfr. Cass., 11 luglio 1978, n. 3491, in *Arch. resp. civ.*, 1979, p. 30.

trambi in solido. Secondo l'unico precedente giurisprudenziale, molto risalente nel tempo, che potrebbe dare un'indicazione utile, il fattore decisivo è quello dell'effettiva convivenza¹⁵. Si può ricordare che in Francia, in due recenti casi, la giurisprudenza ha deciso in modo opposto, secondo se il ritorno a casa era legittimo o non lo era: nella prima ipotesi ha riconosciuto la responsabilità esclusiva dei genitori, dal momento che in quella specifica circostanza il minore si trovava legittimamente presso di loro ed essi avevano quindi la possibilità di esercitare la potestà parentale in modo pieno¹⁶; nella seconda ipotesi ha invece riconosciuto la responsabilità esclusiva della comunità, poiché aveva il dovere di sorvegliare il minore, impedendogli di uscire per tornarsene a casa¹⁷. Quando si menziona la giurisprudenza francese occorre tenere comunque presente che è rimasta ancorata a una visione sostanzialmente custodialistica dell'affidamento extra-familiare: la responsabilità delle comunità non è mai assimilata a quella dei genitori, ma è unicamente fondata sull'omessa o insufficiente sorveglianza.

Nel caso il minore sia inserito in una comunità insieme con la madre, per esempio una tossicodipendente, è ragionevole ipotizzare in linea di principio una corresponsabilità solidale fra la madre e l'operatore della comunità. Nella ripartizione della responsabilità (art. 1227 cod. civ.) occorre fare però un riferimento particolarmente attento ai progetti educativi, al fine di determinare se e in quale misura la madre abbia una funzione di collaboratrice all'educazione, in subordine rispetto alla comunità, oppure se anch'essa sia oggetto a sua volta di un intervento di sostegno: *nella prima ipotesi la sua responsabilità sembra particolarmente elevata*.

4.7.2. Il tutore

Secondo l'art. 2048, comma 1, cod. civ., il tutore, nominato in caso di decadenza di entrambi i genitori dalla potestà, ha in linea di

15. Cfr. App. Napoli, 7 novembre 1966, in *Riv. dir. matr.*, 1967, p. 312: nel caso di specie, nel quale era in corso il periodo preliminare triennale in vista dell'affiliazione (istituto abrogato dalla legge n. 184/1983), la responsabilità era stata attribuita unicamente all'affidatario, con esclusione dell'istituto affidante, che pur esercitava provvisoriamente la funzione tutelare (art. 402 cod. civ.).

16. Cfr. Cassation, 25 marzo 1998, in *JCP*, 1998, II, 10162: nel caso di specie il minore, in visita a casa della madre, aveva violentato la sorellastra.

17. Cfr. Cassation, 26 marzo 1997, in *Dalloz*, 1997, jur., p. 496.

principio la stessa responsabilità dei genitori, purché conviva con il minore.

È noto che nei fatti vi sono almeno quattro diverse specie di tutori:

- quelli scelti entro l'ambito della famiglia allargata, con i quali molto spesso il minore convive;
- quelli cosiddetti burocratici (sindaco, assessore ai servizi sociali, funzionario dirigente degli stessi, ecc.), con i quali non accade pressoché mai che il minore conviva;
- quelli scelti nell'ambito della comunità cui il minore viene affidato (dirigente responsabile della comunità od operatore che segue direttamente il minore), con i quali normalmente il minore convive;
- quelli scelti nel volontariato, spesso per l'esistenza di particolari rapporti che li legano al minore, con i quali è relativamente frequente che il minore conviva.

Di certo la regola dell'art. 2048, comma 1, cod. civ. non è applicabile ai tutori cosiddetti burocratici, poiché manca il requisito della convivenza con il minore.

Se il tutore è una persona che si occupa del minore a titolo individuale, membro della famiglia allargata o volontario, la sua responsabilità sembra analoga a quella dei genitori, purché conviva effettivamente con lui.

Se tutore è una persona che assume tale funzione in quanto è il responsabile della comunità cui il minore è affidato, o ne è un operatore, i poteri di cui egli dispone sono alquanto ampi, certamente più ampi di quelli riconosciuti all'affidatario dall'art. 5 della legge n. 184/1983. Correlativamente a ciò, con riferimento all'aspetto dell'idoneità dell'educazione, appare ragionevole applicargli una disciplina della prova liberatoria che, pur partendo naturalmente dal dato centrale del *progetto educativo*, risulti poi in concreto abbastanza vicina a quella, estremamente severa, elaborata dalla giurisprudenza a proposito dei genitori, con la precisazione che tanto maggiore è il tempo che il tutore ha avuto a disposizione per dare attuazione al progetto educativo, tanto più la prova liberatoria che gli viene chiesta è assimilabile a quella richiesta ai genitori; e viceversa.

4.7.3. La famiglia affidataria

In linea di principio anche la famiglia affidataria è parte di un accordo generale su un progetto d'intervento sociale, insieme con i servizi che le affidano il minore, in particolare del progetto educati-

vo individuale per il minore con i servizi; ma non è del tutto estranea neppure al progetto globale d'intervento per la famiglia del minore, dato che le disposizioni sull'affidamento di cui al tit. I delle legge n. 184/1983 prescrivono la finalità di far rientrare il minore nella sua famiglia d'origine. In linea di massima anche la famiglia affidataria ha dunque il dovere di realizzare il *progetto educativo individuale del singolo minore*, e quindi di attenersi alle sue indicazioni: è a queste che la sua responsabilità dev'essere parametrata, dato che la famiglia affidataria non può eccedere dai poteri che le sono attribuiti. Vi è una grande incertezza sul preciso contenuto dei poteri e doveri inerenti l'esercizio della potestà che le spettano: com'è stato più volte rilevato, la formula dell'art. 5 legge n. 184/1983 è quanto meno vaga.

Se il danno prodotto dal minore deriva da un comportamento riconducibile a un'inadeguatezza del progetto, dovrebbero essere chiamati a risponderne in solido con la famiglia affidataria anche i servizi, analogamente a quanto esposto in precedenza con riguardo ai minori affidati alle comunità. Quanto più il singolo affidamento si avvicina al modello legislativo, tanto più l'eventuale corresponsabilità dei servizi dovrebbe avere un rilievo importante in sede di ripartizione dell'onere del risarcimento del danno (art. 1227 cod. civ.).

Accade però con una certa frequenza che l'affidamento non sia sostanzialmente corrispondente al modello legislativo, ma costituisca invece un affidamento "quasi adottivo", se così si può dire, privo di un progetto educativo individuale che sia effettivamente finalizzato a reinserire il minore nella famiglia d'origine. In questi casi la corresponsabilità dei servizi diverrebbe molto sfumata e secondaria, e sembrerebbe invece opportuno applicare anche agli affidatari i principi elaborati dalla giurisprudenza a proposito dei genitori¹⁸. Occorre però precisare che sarebbe ragionevole una graduazione sul piano della prova liberatoria, sotto l'aspetto dell'educazione impartita: il rigore nell'applicare la regola giurisprudenziale dettata per i genitori dovrebbe essere tanto minore, quanto più breve è il tempo a partire dal quale il ragazzo si trova presso la famiglia affidataria, e

18. In questi casi, e solo in questi, l'affidamento appare avvicinarsi al vecchio istituto dell'affiliazione, abrogato dalla legge n. 184/1983: l'art. 2048, comma 1, cod. civ. estende espressamente all'affiliante la responsabilità dei genitori. Con riferimento agli affidamenti familiari precedenti alla legge n. 184/1983, cfr. l'opinione apparentemente opposta, ma poi in fondo sostanzialmente analoga, di F. Realmondo, "La responsabilità civile dell'affidatario", in *Affidamenti familiari*, Cedam, Padova, 1973, p. 124.

quindi minore è l'influenza che l'impegno educativo di quest'ultima può aver avuto su di lui.

4.7.4. Il giudice

Anche il giudice partecipa a un progetto sul minore. Egli ne decide addirittura le modalità più importanti:

- il giudice tutelare ne ratifica l'affidamento, verificando la legittimità della relativa decisione presa dai servizi e attribuendole esecutività (art. 4, comma 1, legge n. 184/1983);
- il tribunale per i minorenni ne dispone l'allontanamento (art. 333 cod. civ.) e l'eventuale affidamento (art. 4, comma 2, legge n. 184/1983);
- il giudice tutelare (art. 371, comma 1, n. 1, cod. civ.) e il tribunale per i minorenni (art. 333 cod. civ. e art. 12, comma 4, legge n. 184/1983) possono imporre prescrizioni che lo riguardano, sia educative sia sul collocamento.

Il progetto giudiziario dovrebbe essere in qualche modo condiviso, sia per poterne preparare una realistica attuazione, sia perché è difficile che raggiunga un esito soddisfacente se viene solo imposto, senza acquisire un qualche consenso da parte del minore interessato, e valersi quindi di un suo atteggiamento collaborativo.

Allorché comunque l'ente locale e la comunità non vengono coinvolti in anticipo, ma si trovano piuttosto chiamati a eseguire una disposizione che non condividono, o addirittura a tentare di eseguire una disposizione che si dimostra nei fatti inesequibile, in quanto non accettata dal ragazzo, non può certo essere ravvisata una loro responsabilità nell'ipotesi di un fallimento.

In questi casi, secondo il nostro sistema legislativo, la figura meno colpita dalla responsabilità civile è proprio il giudice, perché gli si deve applicare la normativa comune sulla responsabilità civile per colpa grave dei magistrati, contenuta nella legge n. 117/1988. Ne consegue che, in concreto, la responsabilità civile del giudice non può essere pressoché mai riconosciuta.

Ad ogni modo non sembra si possa dubitare che una decisione del giudice rivelatasi poi sbagliata, e fonte di danni, esonera dalla responsabilità gli operatori e i servizi che le danno attuazione.

5. La riservatezza dei dati personali riguardanti il minore

Un buon progetto educativo per un minore seguito dai servizi sociali, in quanto bisognoso di assistenza, non può nascere altrimenti se non dalla circolazione, seppur in un ambito riservato ben delimitato, di ogni informazione significativa concernente la sua personalità, la sua vita e la sua famiglia. Gli enti locali e i loro servizi sociali, le aziende sanitarie locali, le comunità e i loro operatori, ciascuno nel proprio ambito, hanno il compito istituzionale di intervenire in aiuto del minore e della sua famiglia. Tuttavia non possono elaborare un progetto credibile senza riunire tutte le informazioni di cui ciascuno di essi è in possesso e metterle a disposizione gli uni degli altri, in modo da formare un quadro significativo quanto più esaustivo possibile, che permetta di identificare i problemi e di scegliere le strategie d'azione più idonee per risolverli. In sintesi, la formazione di un buon progetto educativo è radicalmente nemica della difesa rigorosa della riservatezza dei dati sul minore, e ancor più di molti dei dati sui suoi familiari più stretti.

L'entrata in vigore della legge 31 dicembre 1996 n. 675 sul trattamento dei dati personali ha introdotto un problema: le informazioni suddette costituiscono senza dubbio "dati personali", protetti come tali dalla legge. Essi non sono esplicitamente sottratti alle nuove regole, né sono ancora stati oggetto di una particolare disciplina legislativa, che tenga conto delle peculiarità connesse con il loro uso: il legislatore non si è probabilmente rappresentato con sufficiente chiarezza le peculiari esigenze dei casi che preoccupano i servizi e le comunità. Occorre allora supplire in via interpretativa, tenendo soprattutto conto dell'assoluta indispensabilità, nell'interesse del minore in difficoltà e nell'interesse pubblico generale, che tali dati possano essere oggetto di informazione reciproca fra le persone cui spetta il compito istituzionale di aiutare il minore, anche senza il consenso degli interessati: "un valore pubblico come la difesa dei minori non può soccombere all'impennarsi della tutela individualistica senza portare al tramonto dell'intero diritto minorile"¹⁹.

Il consenso per i dati riguardanti la persona del minore dovrebbe essere prestato dai suoi genitori, se esercenti la potestà (salvo che un eventuale provvedimento, adottato dal giudice in base all'art. 333

19. Così L. Sacchetti, "Privacy: nodi e scioglimenti, con particolare riferimento alla tutela dei minori", in *Fam. dir.*, 1998, p. 289.

cod. civ., abbia posto loro un limite specifico)²⁰, oppure dal suo tutore o dall'affidatario, previamente investiti dal giudice delle relative funzioni²¹; il consenso per i dati riguardanti i genitori stessi e ogni altra persona che abbia avuto un'interazione significativa con il minore dovrebbe invece essere prestato da ciascuno degli interessati.

È evidente come non sia accettabile che la possibilità stessa di elaborare una strategia seria d'intervento a favore del minore sia subordinata al consenso dei suoi genitori al trattamento dei dati familiari, sia riguardanti loro stessi, sia riguardanti il minore, cioè proprio al consenso di quelle persone che sono per lo più all'origine della sofferenza del minore, anche se magari non colpevolmente²².

Il problema dei limiti alla circolazione delle informazioni sul minore e sulla sua famiglia non sembra porsi qualora sia connesso all'esigenza di "far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria" a favore del minore stesso (art. 10, comma 4; art. 12, lettera h; art. 20, comma 1, lettera g; art. 22, comma 4; art. 28, comma 4, lettera d legge n. 675/1996). Si pone invece in tutti gli altri casi, che nella materia minorile sono la stragrande maggioranza²³.

Occorre distinguere per un verso fra i trattamenti dei dati da parte degli enti pubblici e i trattamenti da parte delle comunità, che sono soggetti privati; e per un altro verso fra il trattamento dei *dati sensibili* (relativi a origine razziale ed etnica, convinzioni religiose, filosofiche e di altro genere, opinioni politiche, adesione a partiti, sinda-

20. Per esempio, il provvedimento in base all'art. 333 cod. civ. potrebbe stabilire che il genitore non può negare il consenso alla trasmissione di determinate informazioni a un determinato soggetto, istituzionalmente incaricato di prendersi cura del minore, e potrebbe attribuire contestualmente a quest'ultimo il potere di tutelarne la riservatezza.

21. Secondo l'art. 23, comma 1 quater, legge n. 675/1996 (introdotto dal d.lvo n. 282/1999) il potere di consentire al trattamento dei dati riguardanti la salute di un minore spetta ai genitori esercenti la potestà, oppure a un familiare o un prossimo congiunto o un convivente non meglio determinati, oppure ancora al responsabile della struttura presso la quale il minore si trova. A parte l'eccessiva ampiezza e genericità con la quale il potere è attribuito a più persone, alcune delle quali non hanno neppure il dovere familiare di tutelare gli interessi del minore e non subiscono alcun controllo sull'opportunità dei consensi che danno, è di tutta evidenza che manca il coordinamento con altre regole previgenti, che conferivano autonomia decisionale al minore in determinate materie, come per esempio per l'accesso ai consultori e per l'interruzione della gravidanza.

22. L'argomento è poco studiato: oltre allo scritto di L. Sacchetti, citato sopra alla nota 18, cfr. A. Mantelero, "Il trattamento dei dati personali e le comunità di assistenza per minori", in questo stesso fascicolo di *Minorigiustizia*.

23. Cfr. L. Sacchetti, *Privacy*, cit., p. 292.

cati, associazioni o organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, stato di salute e vita sessuale) elencati dall'art. 22, comma 1, legge n. 675/1996, e il trattamento dei dati non sensibili, cioè di tutti gli altri.

5.1. *Il trattamento dei dati sui minori e sulle loro famiglie da parte degli enti pubblici*

La legittimità del trattamento dei dati da parte degli enti pubblici (enti locali territoriali, aziende sanitarie locali e servizi sociali da loro dipendenti) non sembra porre problemi insormontabili. Il trattamento dei dati non sensibili è sicuramente consentito dall'art. 27, comma 1, legge n. 675/1996, anche senza il previo consenso degli interessati, trattandosi di un risvolto inevitabile dello svolgimento di una delle funzioni istituzionali di tali enti, purché com'è ovvio sia ad esse strettamente finalizzato. Il trattamento dei *dati sensibili* sembra essere anch'esso consentito dall'art. 22, comma 3 bis, legge n. 675/1996, purché gli enti identifichino e rendano pubblici "i tipi di dati e di operazioni strettamente pertinenti e necessari" allo svolgimento di questi aspetti delle loro funzioni istituzionali.

Si tenga comunque anche conto che il dlvo n. 135/1999 prevede agli artt. 15-20 una serie di attività di "rilevante interesse pubblico", nel cui svolgimento possono essere trattati i dati sensibili. L'assistenza ai minori in difficoltà non vi è espressamente ricompresa, senza che se ne possa ben capire la ragione, a differenza di altre attività da questo punto di vista assimilabili, come la tutela della salute (poi disciplinata più analiticamente dal successivo dlvo n. 282/1999), l'assistenza agli handicappati, l'assistenza e gli interventi preventivi, curativi e riabilitativi per i tossicodipendenti.

5.2. *La trasmissione delle informazioni alle comunità e il loro trattamento da parte di queste ultime*

Come dev'essere qualificato il comportamento dei servizi sociali degli enti locali e delle aziende sanitarie locali, consistente nel trasmettere i dati personali di un minore e dei suoi familiari alla comunità, con la quale discutono l'elaborazione di un progetto educativo per il minore e alla quale intendono affidarlo? E l'utilizzazione dei

dati da parte delle comunità costituisce un trattamento autonomo rispetto a quello dell'ente pubblico, del quale esse possono essere qualificate come "titolari" (art. 1, comma 2, lettera d, legge n. 675/1996)?

5.2.1. *L'ipotesi di un trattamento autonomo dei dati da parte delle comunità*

Se la trasmissione delle informazioni venisse qualificata come "comunicazione" (art. 1, comma 2, lettera g, legge n. 675/1996), e conseguentemente le comunità fossero "titolari" di un trattamento autonomo, i dati *non sensibili* sarebbero forse egualmente loro comunicabili, pur trattandosi di soggetti privati, in base all'art. 27, comma 3, legge n. 675/1996. Un certo margine d'incertezza deriva dal fatto che la legge prevede l'attribuzione dei compiti assistenziali agli enti pubblici da cui dipendono i servizi, ma non ammette apertamente la comunicabilità dei dati: questa, essendo funzionalmente indispensabile, potrebbe esserne considerata una conseguenza, ma soltanto implicita.

Invece i *dati sensibili*, a quanto sembra, potrebbero essere comunicati alle comunità soltanto con il consenso dei genitori, sia in veste di legali rappresentanti del minore, sia in proprio, come diretti interessati, per le informazioni che li riguardano personalmente, oltre che con il consenso di altre persone, per le eventuali informazioni sul loro conto: il consenso sembra oggi giuridicamente imprescindibile, poiché non esiste alcuna "espressa disposizione di legge, nella quale siano specificati i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le rilevanti finalità d'interesse pubblico perseguite" (art. 22, comma 3, legge n. 675/1996). Si ricordi che molte delle informazioni significative sulla vita dei minori e della loro famiglia, di cui le comunità e gli operatori non possono essere tenuti all'oscuro, rientrano nella categoria dei dati sensibili: per esempio, gli abusi sessuali compiuti da un genitore sul minore o sui suoi fratelli e sorelle, le condizioni sanitarie dei suoi genitori o di altri suoi familiari stretti, sia fisiche sia psicologiche (tossicodipendenza, Aids, patologie psichiatriche, ecc.).

In via provvisoria, fino alla fine di settembre del 2000²⁴, il Garante ha autorizzato in via generale e preventiva le organizzazioni di

24. Autorizzazione n. 2/1999, in *www.privacy.it*, punti n. 1.2.b e 1.2.c.

volontariato, le organizzazioni assistenziali e le comunità di recupero e di accoglienza a trattare i dati, purché ciò avvenga "per perseguire scopi determinati e legittimi previsti, in particolare, nelle rispettive norme statutarie". L'autorizzazione del Garante, tuttavia, non ha risolto il problema fondamentale, almeno a quanto pare: infatti essa dichiara espressamente che resta fermo l'obbligo di acquisire il consenso dell'interessato²⁵, necessario per dare legittimità alla comunicazione delle informazioni dagli enti pubblici a soggetti privati quali sono le comunità (art. 22, comma 1, legge n. 675/1996).

5.2.2. *Le ipotesi alternative della comunità incaricata del trattamento ovvero di un operatore della comunità responsabile del trattamento*

L'unica via perseguibile sembra allora quella di realizzare la trasmissione delle informazioni dagli enti pubblici alle comunità con modalità tali per cui non possa esserle attribuita la qualifica di "comunicazione", di cui all'art. 1, comma 2, lett. g, legge n. 675/1996.

Su questa linea una prima soluzione, estremamente semplificatrice, potrebbe essere quella di attribuire alla comunità e ai suoi operatori la qualifica di semplici "incaricati" del trattamento: l'art. 19 legge n. 675/1996 esclude che portare i dati alla conoscenza "delle persone incaricate per iscritto di compiere le operazioni del trattamento dal titolare o dal responsabile, e che operano sotto la loro diretta autorità", integri una vera e propria "comunicazione", con tutte le garanzie da cui questa è assistita. Operando a questo modo, il trattamento dei dati sarebbe configurato come unico e l'ente pubblico ne resterebbe "titolare".

Vi è un'altra soluzione ipotizzabile, sicuramente più ragionevole, che manterrebbe anch'essa in capo all'ente pubblico la qualifica di "titolare" del trattamento: quest'ultimo, nello svolgimento delle sue funzioni istituzionali, potrebbe attribuire in forma scritta la funzione di "responsabile" del trattamento a una persona appartenente alla comunità, eventualmente ricoprente un ruolo dirigenziale, purché dotata di "esperienza, capacità ed affidabilità" (art. 8 legge n. 675/1996). Il "responsabile" del trattamento dovrebbe attenersi "alle istruzioni impartite dal titolare". Anche operando a questo modo, il trattamento dei dati sarebbe configurato come unico e l'ente pubblico ne re-

25. Autorizzazione n. 2/1999, cit., punto n. 3.

sterebbe "titolare"; il "responsabile" del trattamento verrebbe a occupare una posizione intermedia fra il "titolare" e il singolo operatore della comunità, che riceverebbe le informazioni necessarie come semplice "incaricato" del trattamento.

Entrambe queste soluzioni permetterebbero di raggiungere il risultato principale desiderato, quello che appare indispensabile per un buon funzionamento dei progetti educativi: evitare che la circolazione delle informazioni sul minore e soprattutto sulla sua famiglia sia subordinata al consenso dei genitori ed eventualmente degli altri familiari. Ma permetterebbero di raggiungere anche altri due risultati positivi, derivanti dal fatto di mantenere saldamente nelle mani dell'ente pubblico, "titolare" del trattamento, il controllo sulla gestione delle informazioni, quanto meno nei suoi aspetti essenziali: verrebbero assicurate l'unitarietà e la coerenza dell'azione politico-amministrativa sul punto, almeno nell'ambito della competenza di ciascun ente (comune, provincia, Asl). Inoltre, e soprattutto, si offrirebbe ai cittadini interessati una più sicura garanzia sostanziale contro il rischio che la trasmissione delle informazioni a soggetti privati, quali sono le comunità, costituisca una fonte difficilmente controllabile di comportamenti abusivi, come l'ulteriore comunicazione ingiustificata ad altri soggetti o la diffusione.

La seconda soluzione sembra comunque più ragionevole, e quindi preferibile: essa infatti, a differenza della prima, corrisponde armonicamente con l'autonomia d'azione della quale godono le comunità rispetto ai servizi, autonomia limitata ma pur sempre esistente. Si tenga conto che, secondo le pronunzie del garante, il discrimine fra "responsabile" e "incaricato" sta principalmente proprio nel grado di autonomia rispetto al "titolare": chi è "responsabile" ha un significativo margine di discrezionalità nel trattamento, mentre chi è "incaricato" si limita a dargli realizzazione secondo linee di gestione interamente determinate dal "titolare"²⁶.

5.2.3. *Le regole per il caso di nomina di un responsabile del trattamento*

Seguendo questa ipotesi di attribuzione ad un operatore della comunità della funzione di responsabile del trattamento, si possono proporre alcune regole di comportamento.

26. Cfr. A. Mantelero, *Il trattamento*, cit., § 1.

Gli enti che gestiscono i servizi sociali dovrebbero anzitutto identificare e rendere pubblici "i tipi di dati e di operazioni strettamente pertinenti e necessari" per l'attuazione della loro funzione istituzionale di tutela dei minori. A tal fine dovrebbero cercare di impostare una prassi unificata della loro azione, e forse anche elaborare un formulario per la prestazione del consenso da parte dei familiari del minore: quest'ultimo non sembra essere indispensabile, ma potrebbe avere il benefico effetto pratico di ridurre le contestazioni. Tutto ciò sarebbe opportuno fosse preliminarmente sottoposto al parere del Garante.

La nomina del "responsabile" del trattamento potrebbe trovare posto nella *convenzione* fra i servizi e la comunità, sia che si tratti di una convenzione generale per lo svolgimento dell'attività di accoglienza, sia che si tratti di una convenzione specifica per il collocamento di un singolo minore. Finché non si è provveduto alla nomina del "responsabile", la proposta dell'ente pubblico alla comunità di accogliere un determinato minore, pur contenendo tutte le informazioni utili affinché la comunità sia posta in grado di accettarlo o rifiutarlo a ragion veduta, dovrebbe mantenere un rigoroso anonimato sul minore.

Milano, ottobre 1999