

## Il “dilemma dell’Avvocato del Minore” nell’esperienza americana

Carla Marcucci\*

*1. Il (falso?) problema: chi è l’ “avvocato del minore” ? La contrapposizione tra le ragioni della protezione del minore e quelle della autonomia del bambino 2. Verso il superamento della contrapposizione: le peculiarità del cliente/bambino 3. Il (vero?) problema: chi è il bambino? Le peculiarità del bambino /cliente 4. Le zone d’ombra tra capacità ed incapacità 5. Riflessioni conclusive - Note - Riferimenti bibliografici*

### **1. Il (falso?) problema: chi è l’ “avvocato del minore” ?**

#### **La contrapposizione tra le ragioni della protezione del minore e quelle della autonomia del bambino**

Per un ordinamento giuridico come quello italiano, che solo recentemente ha introdotto, ma non ancora reso operativa, la figura dell’avvocato del minore, l’esperienza americana costituisce senz’altro un riferimento ricco di spunti, da studiare attentamente per affrontare in anticipo i problemi che anche da noi porrà l’attuazione dell’istituto e far tesoro del dibattito esistente all’estero su questioni cruciali per la sua migliore realizzazione.

In Usa, infatti, vi è un’esperienza ormai quasi trentennale in tema di rappresentanza dei diritti del minore nei giudizi civili poiché risale al 1974 una legge federale – Child Abuse Prevention and Treatment Act (CAPTA) – che ha previsto sovvenzioni a favore degli Stati che avessero riconosciuto tale rappresentanza.

Prima di allora la rappresentanza dei minori era conosciuta solo nei processi penali con imputato minorenni (delinquency proceedings), dove cioè erano in discussione *Status offender cases*, introdotta a far data dal 1967 (leading case *In Re Gault Arizona*) a seguito di un intervento della Suprema Corte che decretò l’applicazione del 14 Emendamento anche per i minori (due process and equal protection of the law).

La rappresentanza del minore nelle aule civili, invece, era stata considerata inutile perché si riteneva che vi fossero già i giudici a proteggere bambini e ragazzi.

La legge federale CAPTA per la prima volta ha fatto riferimento proprio alle procedure civili, in particolare a quelle relative ad allegazione di abusi e trascuratezza (abuse and neglect proceedings), e dalla sua incentivazione a prevedere una rappresentanza per i minori coinvolti in tali procedimenti è nato un sistema di volontari su base nazionale conosciuto come CASA (court appointed special advocates).

In questi trenta anni il dibattito è stato accessissimo grazie anche al prezioso contributo delle associazioni nazionali maggiormente rappresentative degli avvocati specializzati nel diritto di famiglia e minorile come, ad esempio, la National Association of Counsel for Children (NACC), costituita venticinque anni fa, che conta attualmente più di 2.200 iscritti; la American Bar Association (ABA) nell’ambito della quale, sin dal 1958, è stata organizzata la ABA Section of Family Law, con più di 10.400 iscritti alla singola sezione; la American Academy of Matrimonial Lawyers (AAML), fondata nel 1962, con oltre 1.500 iscritti.

\*Questa relazione è stata presentata nell’ambito del “Corso di formazione per l’Avvocato del Minore “ tenutosi a Lucca dal 21.09.2002 al 22.06.2003 organizzato dall’Aiaf Toscana e successivamente è stato pubblicato sul Quaderno AIAF 2004/1, pag. 292

Tutte queste associazioni hanno elaborato proprie linee guida contenenti indicazioni e raccomandazioni circa il ruolo e la formazione dell'avvocato del minore, nel tentativo di favorire una certa uniformità, almeno nell'ambito degli iscritti, visto che non esiste in America un unico modello, neppure all'interno di uno stesso Stato.

Ma i tre diversi orientamenti che emergono dai documenti testimoniano la difficoltà di definire in modo uniforme le questioni più problematiche e fanno sì che il dibattito, dopo tanti anni, non possa ancora considerarsi esaurito.

L'argomento maggiormente in discussione è costituito dall'individuazione del ruolo dell'avvocato del minore, ovvero se questi debba rappresentare in giudizio la volontà espressa dal cliente/minore (the child's expressed wishes) o se debba perseguire il miglior interesse del minore, in ciò non affatto vincolato dai desideri manifestati da quest'ultimo (the child's best interests).

Ai due estremi opposti si pongono il modello dell'avvocato/curatore speciale (the attorney/GAL), noto anche come modello ibrido (the Attorney Guardian ad Litem Hybrid Model), da una parte, e quello dell'avvocato in senso tradizionale (the traditional attorney), dall'altra. In quest'ultimo caso la difesa è diretta dal cliente (client directed representation), nell'altro dall'avvocato (advocate directed representation). Il dibattito sorto dal confronto tra queste diverse concezioni ha dato vita a quello che è stato significativamente chiamato il dilemma dell'avvocato del minore (the "dilemma of the child's attorney").

Il primo modello individua una rappresentanza di tipo paternalistico in virtù della quale l'avvocato, per il solo fatto di rappresentare un minore, non è vincolato a seguirne le indicazioni ed ha completa autonomia e libertà nel perseguire davanti all'autorità giudiziaria l'obiettivo che egli difensore ritiene essere nel migliore interesse del cliente/minore. Secondo questa concezione l'avvocato si sostituisce completamente al giudizio del cliente tanto che qualcuno non ritiene neppure necessario che lo incontri.

Il secondo modello, al contrario, afferma la necessità che l'avvocato svolga con il minore lo stesso ruolo che ha rispetto al cliente adulto non riconoscendo nel rapporto con il primo alcun aspetto peculiare che lo possa in qualche misura differenziare. L'avvocato pertanto è strettamente vincolato ad eseguire le istruzioni del cliente e a perseguire in giudizio l'obiettivo espressamente posto da questi.

Gli aggettivi con i quali vengono definiti i due opposti tipi di rappresentanza sono significativi anche per chiarire il diverso atteggiamento dell'avvocato che agisce allo scopo di garantire il benessere dell'assistito, almeno secondo l'idea che di tale benessere il difensore si è fatta, rispetto a colui che si muove come rappresentante del cliente.

Nel primo caso si parla di difesa rilassata (relaxed advocacy) e nel secondo caso di difesa zelante (zealous advocacy) poiché si ritiene che solo in quest'ultimo vengano mantenute intatte le caratteristiche peculiari della difesa vera e propria.

Da una ricerca effettuata nel 1996 sembra che il 60% delle giurisdizioni USA abbiano adottato il modello Attorney/GAL e che le leggi di 38 Stati individuino il ruolo del rappresentante del minore, comunque lo chiamino, nel senso di colui che deve perseguire il miglior interesse del minore pur non avendo poi le stesse uniformità di vedute circa la individuazione di quest'ultimo concetto.

In realtà sembra che questa scelta sia dettata da ragioni economiche poiché mancherebbero i fondi per pagare gli avvocati, necessari per una difesa in senso tradizionale, mentre è comunemente utilizzato personale del CASA (Court Appointed Special Advocates) per l'altro tipo di rappresentanza.

Nel mondo accademico, al contrario, prevale il modello tradizionale di avvocato anche in riferimento alla rappresentanza del minore.

Per capire meglio la diversità di ruoli tra curatore speciale e avvocato è bene ricordare, in via incidentale, che l'istituto del guardian ad litem è stato importato dall'Inghilterra dai legislatori delle colonie e nella sua accezione originale esso era nato a protezione del patrimonio ereditato da minori nei confronti dei loro tutori.

Lo Stato aveva in tali cause un interesse a causa della tassazione delle proprietà immobiliari e quindi, nel proteggere il minore erede, curava anche i propri interessi.

In quel contesto il guardian ad litem era vissuto dunque in perfetta sintonia con gli obiettivi della Corona e non era visto come soggetto legato da un rapporto professionale con il bambino rappresentato ma piuttosto si poneva sullo stessa lunghezza d'onda della Corte. L'obiettivo era quello di salvaguardare la proprietà immobiliare, non certo rappresentare il minore.

Riprendendo il filo del discorso è possibile osservare che le norme di carattere deontologico dettate in via generale per gli avvocati americani non riescono ad orientare verso un modello o l'altro di avvocato del minore poiché soffrono di una certa contraddittorietà o comunque di una qualche dose di ambiguità per quanto attiene la condotta prescritta nel caso di cliente affetto da incapacità.

Da una parte, infatti, l' ABA Model Rules of Professional Conduct, alla regola n.1.14, prevede in linea di principio, che anche rispetto ad un cliente con ridotta capacità di assumere decisioni ponderate relativamente alla sua rappresentanza, l'avvocato debba svolgere il proprio ruolo in termini tradizionali. Ipotizza, però, un'importante deroga, prevedendo in caso di rischio di rilevante danno di carattere fisico, economico o di altro tipo, una vasta gamma di misure che l'avvocato deve prendere a protezione del cliente, senza precisare chiaramente i criteri di scelta, se non per linee generali (Nota 1).

D'altra parte, l' ABA Model Code of Professional Responsibility, alla Considerazione Etica n. 7-12, che pure ha ad oggetto i casi di rappresentanza di clienti incapaci di prendere decisioni ponderate, non richiama in alcun modo la necessità di stabilire tendenzialmente un rapporto professionale in termini tradizionali. Essa evidenzia invece la maggiore responsabilità che in casi del genere ricade sull'avvocato ed ipotizza che questi nei procedimenti giudiziari possa essere costretto a prendere decisioni nell'interesse del cliente qualora quest'ultimo non abbia un legale rappresentante (Nota 2).

Esistono quindi indicazioni di carattere deontologico assai contraddittorie, che non risolvono il dilemma relativo al ruolo dell'avvocato di un bambino posto dai due diversi modelli ricordati.

## **2. Verso il superamento della contrapposizione: le peculiarità del cliente/bambino**

La simmetria e la sostanziale insoddisfazione derivante dall'applicazione di entrambi questi modelli nella purezza della teoria sostenuta da ciascuno ha fatto sì, comunque, che in tempi recenti si sia andato configurando un nuovo modello, cd. l'avvocato del minore (the child's attorney) dove, già nella denominazione, si avverte la necessità di coniugare i due aspetti che le tesi precedentemente esaminate avevano tentato di tenere separati, ciascuna fedele ad uno solo.

Se da un lato, infatti, si ritiene necessario non tradire la funzione difensiva propria del ruolo dell'avvocato (advocacy), dall'altro, si avverte l'esigenza di adattare questa al fatto che si tratta pur sempre della difesa di un soggetto particolare, ossia un bambino (child).

In pratica il modello appena ricordato rappresenta il tentativo di bilanciare l'autonomia che si vuole riconoscere alla persona del bambino (autonomy) con la protezione che comunque gli si vuole riservare (beneficence), nella convinzione che una fedeltà assoluta ed esclusiva all'uno o all'altro principio finirebbe per essere dannosa per il minore.

La teorizzazione di quest'ultimo modello è il frutto di una lunga elaborazione che ha visto le sue tappe più significative nei risultati del convegno organizzato a New York nel 1995 dalla Fordham University School of Law sul tema Ethical Issues in the Legal Representation of Children; nella pubblicazione, nel 1996, della American Bar Association Standards of Practice for Lawyers who Represent Children in Abuse and Neglect Cases (ABA Standards); nella pubblicazione, nel 1997, del libro Representing Children in Child Protective Proceedings: Ethical and Practical Dimensions a cura della Professoressa Jean Koh Peters della Yale University. L'associazione NACC ha poi proposto alcune modifiche ed integrazioni agli *Standards* della ABA adottando, nel

1999, un testo conosciuto con il nome ABA Standards (NACC Revised Version) e divulgando, nell'aprile 2001, anche delle vere e proprie "Raccomandazioni", NACC Recommendations for Representation of Children in Abuse and Neglect Cases.

La sintesi operata dal modello cd. Child's Attorney consiste in definitiva nell'ammettere alcune eccezioni alla difesa zelante solo laddove il minore non sia capace di dirigere il contenzioso, fattispecie nella quale si riconosce come inevitabile un qualche grado di decisione sostitutiva da parte dell'avvocato. La previsione di questa eccezione alla regola, però non fa sì che la rappresentanza del minore appartenga ad un altro modo di fare l'avvocato poiché sempre di difesa vera e propria si tratta.

Secondo la comune definizione data nelle due versioni delle Linee Guida ( ABA e NACC ) con il termine "Child's Attorney" s'intende, infatti, un avvocato che fornisce prestazioni di carattere legale a favore di un bambino e che, nei confronti di quest'ultimo, ha gli stessi doveri di completa lealtà, riservatezza e competenza che ha nei confronti di un cliente adulto (Standard A-1) mentre l'avvocato nominato "Guardian ad Litem" per un minore è un funzionario del Tribunale al quale è conferito l'incarico di tutelare gli interessi del bambino senza essere vincolato dalle preferenze espresse dal minore (Standard A-2) (Nota 3)

Viene regolata in maniera uniforme anche la situazione di eventuale conflitto in cui possa trovarsi l'avvocato nominato come curatore speciale del bambino prevedendosi che egli continui a svolgere il ruolo di difensore rinunciando a quello di curatore e chiedendo la nomina di un curatore speciale senza rivelare le ragioni della richiesta (Standard B-2 ) (Nota 4)

Tale conflitto si verifica quando le preferenze espresse dal cliente/bambino differiscano da quanto l'avvocato ritenga essere nel migliore interesse del bambino stesso.

Le versioni delle linee guida delle due associazioni ABA e NACC si differenziano l'una dall'altra in modo significativo laddove, allo Standard B-4, definiscono e regolamentano la relazione dell'avvocato con il cliente/bambino quando il professionista ritenga il cliente "incapace" sul presupposto, comune ad entrambi gli orientamenti, che è compito dell'avvocato, e non ad esempio del giudice, stabilire se il minore sia incapace in riferimento a ciascuna questione sulla quale dovrebbe dare istruzioni al professionista (Standard B-3 Client Under Disability) (Nota 5).

Nella versione ABA, infatti, lo Standard B-4, intitolato Preferenze del Cliente, stabilisce una regola generale e tre eccezioni alla stessa (Nota 6).

In linea di principio l'avvocato deve rappresentare in giudizio le preferenze espresse dal minore dopo averle comprese con modalità appropriate alla fase di sviluppo del bambino medesimo e dopo avere consigliato il cliente ed espresso il suo parere sulle questioni in discussione. Per tutto il corso del giudizio l'avvocato deve seguire le indicazioni dategli dal cliente/bambino.

In tre casi particolari è richiesto all'avvocato un comportamento diverso:

1. se il bambino non può esprimere una preferenza, nel qual caso l'avvocato dovrà fare uno sforzo in assoluta buona fede per individuare comunque i desideri del bambino e sostenere in giudizio una posizione ad essi coerente o richiedere anche la nomina di un curatore speciale;
2. se il bambino non esprime o non vuole esprimere alcuna preferenza circa una specifica questione, nel qual caso l'avvocato dovrà individuare e sostenere i cd. interessi legali del bambino (child's legal interests);
3. se il bambino esprime una preferenza che, secondo il parere dell'avvocato, lo esporrebbe al rischio di un grave pregiudizio, nel qual caso l'avvocato potrà richiedere la nomina di un curatore speciale continuando, per quanto lo riguarda, a svolgere il ruolo di avvocato a meno che la posizione del bambino sia contraria alla legge o priva di qualsiasi fondamento.

Gli interessi legali del minore vengono distinti dal più generico suo miglior interesse e sono i soli ritenuti perseguibili dal parte di un avvocato, sia pur nelle situazioni specificamente sopra indicate, riservando il perseguimento dei *child's best interests* esclusivamente al curatore speciale.

Tali interessi legali vengono determinati sulla base di criteri oggettivi posti dalla legge in relazione agli obiettivi del giudizio e non si affidano a valutazioni del tutto soggettive e discrezionali dell'avvocato, condizionate possibilmente dalle sue esperienze personali, dai suoi valori e dai suoi pregiudizi.

Essi vengono individuati, in primo luogo, nei bisogni specifici e nelle preferenze che anche un bambino che non può comunicare ha e che possono essere compresi con l'aiuto di esperti; in secondo luogo, nell'obiettivo di una sollecita soluzione del caso così che il bambino possa rimanere o tornare a casa o essere collocato in ambiente sicuro, stabile e tale da favorire la sua crescita e, infine, nella utilizzazione di quella, tra tutte le alternative possibili, che sia la meno negativa per il bambino e che lasci aperte altre possibilità (Nota 7).

Nella versione NACC, invece, non si fa alcun ricorso alla categoria degli interessi legali del bambino ritenendo anch'essi esposti al rischio di una valutazione troppo soggettiva e si afferma apertamente che, nel caso in cui il bambino non abbia la capacità di dirigere la difesa, in questo caso e solo in questo caso, è consentita un'eccezione al modello predefinito come regola della difesa diretta dal cliente a favore di quella diretta dall'avvocato il quale dovrà perseguire il miglior interesse del cliente/bambino sulla base di una valutazione oggettiva di esso (Nota 8).

Sono espressamente individuati i seguenti criteri oggettivi, senza pretesa di esaurire in tale elenco i parametri di riferimento:

1. individuazione della situazione del bambino attraverso una approfondita e completa indagine;
2. valutazione del bambino al momento della decisione;
3. esame di ciascuna opzione possibile alla luce dei due paradigmi che stanno alla base del benessere del minore, ossia quello del genitore psicologico e quello della rete familiare;
4. utilizzazione del parere di esperti quali medici, professionisti della salute mentale, assistenti sociali ed altri.

Nel caso in cui il bambino sia capace di esprimere una sua posizione ma l'avvocato ritenga che la stessa esponga il cliente al rischio di grave pregiudizio (condizione che non ricorre per il mero contrasto di idee tra avvocato e bambino) egli dovrà (e non potrà, come previsto nel modello ABA) richiedere la nomina di un altro soggetto che svolgerà il ruolo di curatore speciale mentre l'avvocato continuerà a rappresentare in tale veste il bambino. Tutto questo solo dopo avere inutilmente espletato in pieno la funzione di consulenza per rendere edotto l'assistito della negatività della posizione prescelta.

Nonostante i due modelli aderiscano entrambi al principio che vuole la relazione tra avvocato e minore come la più simile possibile a quella tra avvocato e adulto, quello NACC istituzionalizza, nel caso di incapacità del minore ad esprimere una propria posizione, un ruolo dell'avvocato del minore molto simile a quello di un curatore speciale, cercando di limitare la individuazione delle opzioni possibili nell'ambito del perseguimento dei *child's best interests* con alcune indicazioni.

Molto diversa da entrambe le posizioni delle due associazioni sopra ricordate è quella assunta dalla American Academy of Matrimonial Lawyers (AAML) che, a sua volta, ha elaborato ed adottato nel 1995 linee guida note come *Representing Children: Standards for Attorneys and Guardians ad Litem in Custody or Visitation Proceedings*.

Tale diversità si rintraccia, oltre che nella individuazione del discrimine tra capacità ed incapacità, di cui dirò in seguito, nella ricaduta che il giudizio di incapacità del cliente/bambino ha sull'atteggiamento processuale dell'avvocato.

In tale caso, infatti, secondo gli *AAML Standards* l'avvocato del bambino non deve difendere alcuna posizione in riferimento al risultato del giudizio o alle questioni in discussione (Standard 2.7) per evitare che vengano così sostenute posizioni del tutto personali dell'avvocato e deve limitarsi ad assumere il ruolo di mero indagatore di fatti (*attorney as fact-finder*) in modo da porre il giudice nella migliore condizione per adottare una decisione ponderata nel migliore interesse del bambino (Nota 9).

Questa tesi è stata particolarmente sviluppata da Martin Guggenheim (1996), che della stesura degli AAML *Standards* è stato il referente, il quale ha proposto un paradigma per la determinazione del ruolo di “Counsel” del minore.

Secondo tale paradigma sono le norme sostanziali che individuano il ruolo del rappresentante del minore che sarà deputato alla vera e propria difesa solo laddove la norma sostanziale riconosca al minore uno specifico diritto che sarà compito dell’avvocato far realizzare.

In particolare Guggenheim ritiene che i bambini molto piccoli non abbiano alcun diritto sostanziale al controllo del risultato del giudizio, sia nei procedimenti aventi ad oggetto affidamento e regolamentazione degli incontri con il genitore non convivente che in quelli relativi ad abuso e trascuratezza. Pertanto, in tali procedimenti, l’avvocato del bambino non dovrebbe perorare alcun risultato, neppure quello richiesto dai suoi giovani clienti.

Recentemente, a fine aprile 2003, sono stati resi noti i risultati ai quali è giunto il gruppo di lavoro che, nell’ambito della ABA Family Law Section, ha elaborando le linee guida denominate *Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases*.

Anche se il testo diffuso non impegna l’associazione, visto che non è stato ancora approvato dalla “Camera dei Delegati”, pur tuttavia è interessante farne già cenno perché introduce un’ulteriore figura, accanto a quella del *Child’s Attorney* nell’accezione già nota, quale quella del *Best Interests Attorney*, definito come “*un avvocato che fornisce in modo indipendente prestazioni legali allo scopo di tutelare i migliori interessi del bambino, senza essere vincolato dalle istruzioni o dagli obiettivi da questi posti*” (così Standard II-B-2)(Nota 10).

Secondo questa impostazione sarà il giudice, al momento della nomina dell’avvocato, a precisare se il ruolo di questi debba essere quello di *Child’s Attorney* o di *Best Interests Attorney*, a seconda delle necessità del caso.

Nel testo non viene più usata l’espressione *Guardian ad litem* perché “Il ruolo di “guardian ad litem” è diventato troppo confuso attraverso usi diversi nei diversi stati, con connotazioni mutevoli” (Commento allo Standard II-B) ed è espressamente escluso che la stessa persona possa svolgere più di un ruolo essendo molti elementi di ciascuno incompatibili gli uni con gli altri.

Gli avvocati del bambino nominati nelle procedure di abuso e trascuratezza continueranno a regolarsi secondo le Linee Guida specifiche (1996) poiché la bozza in esame regola solo le ipotesi di rappresentanza nelle procedure relative all’affidamento in senso ampio.

### **3. Il (vero?) problema: chi è il bambino? Le peculiarità del bambino /cliente**

Jean Koh Peters (1997/2001) ha segnalato la necessità di superare la polarizzazione del dibattito in termini di *best interests* o *wishes advocacy* evidenziando come la linea che divide le due tesi non possa essere netta tanto che sarebbe difficile trovare oggi qualcuno che teorizzi il “*pure best interests point of view*” o il “*pure wishes point of view*”. Peters propone quindi un modello complesso che ha come concetto base quello che lei chiama “*the child-in-context*”, ossia il bambino compreso utilizzando il suo punto di vista e non quello dell’adulto in modo tale che il bambino stesso si riconosca in questo ritratto e lo avalli. Troppo spesso invece è l’avvocato che diviene il contesto in riferimento al quale viene impostata la difesa.

Sia la difesa incentrata sull’interesse del bambino che quella che privilegia l’espressione della volontà di questi può egualmente risolversi in una rappresentanza lacunosa perché profondamente distante dalla percezione dell’essenza di *quel* bambino.

Incontrare un bambino in fretta e furia, parlargli pochi minuti e ritenere di avere così scoperto cosa vuole è, secondo Peters, un modo profondamente *acontestuale* di determinare come rappresentarlo. Similmente, decidere cosa sia nel suo interesse basandosi su quanto appreso da colloqui con l’assistente sociale può condurre a risultati molto lontani dalla realtà di quel bambino.

Ogni avvocato dovrebbe conoscere il cliente nel suo contesto ed assicurare che la rappresentanza rifletta l'unicità di quel bambino o ragazzo, non rassegnandosi mai a catalogarlo in definizioni astratte e generiche che pure il diritto offre: bambino abbandonato, trascurato, abusato e così via.

Poiché una conoscenza di questo tipo si raggiunge in gran parte parlando con il bambino e venendo a conoscenza dei suoi desideri, della sua personalità e dei suoi valori, ed in ogni caso cercando di conoscere in profondità il bambino nel suo ambiente, la tesi è coerente con il principio di rappresentare i desideri del bambino.

Ma una effettiva difesa del bambino, come del resto anche quella di ogni altro cliente, non significa estrapolare le affermazioni del cliente fuori dal contesto in cui sono state rese e farsene portavoce in giudizio.

Solo le idee espresse consapevolmente dal bambino, dopo avere ricevuto dal proprio avvocato piena informazione del modo in cui verranno usate e delle conseguenze che potranno avere, possono essere considerate espressione dei desideri del bambino stesso.

Tale approfondita conoscenza del bambino non potrà che essere coerente anche con il raggiungimento del suo migliore interesse.

Per meglio far capire ciò che intende con questo Peters riporta una sua esperienza, in relazione alla quale non è rimasta soddisfatta del suo operato perché, *a posteriori*, ha ritenuto di avere tradito in quell'occasione il principio del *child-in-context*.

Si tratta del caso noto come *The Coke Bottle*.

Peters era stata nominata avvocato di una bambina di sei anni in un giudizio relativo alla sua adozione da parte della persona alla quale era già affidata.

Per qualche ragione la Peters aveva una certa riluttanza ad informare la sua giovane cliente del quadro giudiziario e del proprio ruolo di avvocato e, durante il colloquio presso il suo studio, aveva tentato di capire i sentimenti della bambina verso la madre biologica e verso l'affidataria, senza affrontare l'argomento del procedimento in corso ma aveva ottenuto da questa solo risposte a monosillabi.

La giovane cliente giocherellava con una bottiglia di Coca Cola riempita per 2/3 di liquido blu e per il resto di olio di arachide, gioco che aveva trovato sulla scrivania dell'avvocato e che rappresentava un dono che il fratello della Peters aveva fatto alla sorella quando erano ragazzi.

Ad un certo punto, mentre la Peters risponde ad una telefonata, la bambina fa cadere la bottiglia che va in mille pezzi. La piccola è molto spaventata della possibile reazione dell'avvocato e le chiede esplicitamente se sia arrabbiata.

Alla risposta negativa la bambina esclama "You are nice, like Mrs. White (*l'affidataria*). Not like Mommy" ("Tu sei buona, come la signora White. Non sei come Mamma").

Dopo avere ribadito questa differenza di atteggiamento tra la madre e l'affidataria la bimba ripiomba nel consueto atteggiamento silenzioso.

All'udienza la Peters riferisce al giudice i sentimenti che la bambina le aveva manifestato nei confronti della madre e dell'affidataria ed il giudice pronuncia l'adozione della stessa a favore della signora White.

Peters si rimprovera di non avere conosciuto la bambina nel suo contesto e di non essersi fatta conoscere nel proprio contesto.

La bambina aveva fatto un'affermazione isolata, senza alcuna conoscenza dell'uso che ne sarebbe stato fatto perché il suo avvocato non l'aveva informata del contesto giudiziario.

Inoltre non era stato indagato se, poco prima del colloquio, la bambina avesse litigato con la madre o ricevuto un bel regalo dall'affidataria, ossia si trattava d'interpretazione di una semplice frase completamente avulsa dal contesto in cui era stata pronunciata.

Peters traccia un vero e proprio percorso che costituisce il modello di rappresentanza che porta il suo nome e che si suddivide in varie fasi, tutte egualmente essenziali: l'ingresso nel mondo del bambino (*Entering the Child's World*), la decisione adottata nel mondo del bambino (*Making*

Decisions in the Child's World), il perseguimento dell'obiettivo della difesa (Pursuing the Goals of the Representation), l'uscita dal mondo del bambino (Leaving the Child's World).

Durante tutte le fasi l'avvocato del minore dovrà rispettare alcuni principi e porsi costantemente alcune domande, specificamente individuate, che lo aiuteranno nel difficile compito di considerare centrale il mondo preesistente del minore, nel quale egli entra e permane per poco tempo, evitando di farsi sopraffare da elementi che appartengono al suo mondo, personale e professionale.

In particolare i tre principi (the three defaults) sono i seguenti:

1. il principio del legame (the relationship default)
2. il principio di competenza (the competency default)
3. il principio della difesa ed una alternativa (the advocacy default and an alternative) dove il primo è la difesa dei desideri del bambino e la seconda la rappresentanza dell'interesse del minore

In virtù dei primi due principi l'avvocato deve stabilire una relazione con il cliente, deve conoscerlo, ed esplorare a fondo la capacità di questi di contribuire alla sua rappresentanza.

Nel valutare la competenza del cliente l'avvocato dovrà cercare di incorporare ogni percentuale di contributo che il bambino può dare alla sua rappresentanza ("*competency, in this context, is a dimmer switch*", ossia il concetto di capacità non si pone in termini di luce/buio, spento/acceso ma conosce uno spettro di possibilità intermedie proprio come in un commutatore di luce).

L'avvocato dovrà servirsi del cliente prima di qualsiasi altra fonte di conoscenza e nella misura più grande possibile.

Il terzo principio dipenderà dal ruolo svolto dall'avvocato (a seconda delle regole alle quali dovrà sottostare) ma in entrambe le alternative il rappresentante del bambino dovrà sempre informare chi deciderà il caso circa i desideri espressi dal minore, qualunque sia il pensiero del rappresentante in ordine al migliore interesse dell'assistito.

A questi principi si aggiungono tre ulteriori regole (Three Umbrella Principles)

1. Impostare le proprie azioni sulla considerazione del *child-in-context* e sulla teoria del caso;
2. Rispettare il proprio cliente, presente o assente che sia;
3. Coltivare il rapporto con le persone che fanno parte del mondo del bambino, tenendo conto della valutazione di queste relazioni da parte del bambino.

Ed ancora, Peters propone sette domande che l'avvocato del minore dovrebbe costantemente porsi per "mantenersi onesto" (seven questions to keep us honest) che possono aiutarlo a scoprire "il capolavoro nascosto" (the hidden masterpiece), ossia a scoprire *quel* minore nascosto sotto le impressioni, attese, speranze di cui tutti, adulti in genere ed anche professionisti, lo ricoprono celando così la sua vera natura proprio come un'opera d'arte sulla quale siano state ripassati strati di pittura per nasconderla.

Si tratta delle seguenti domande:

1. Nel prendere le decisioni circa la rappresentanza, sto facendo tutto quanto è possibile per vedere le questioni in discussione dal punto di vista del mio cliente/bambino piuttosto che dal punto di vista di un adulto?
2. Il bambino ha capito tutto quanto posso spiegargli di ciò che sta accadendo nel caso che lo riguarda?
3. Se il mio cliente fosse un adulto, prenderei le stesse iniziative, adotterei le stesse decisioni, lo tratterei nella stessa maniera?

4. Se decido di trattare il mio cliente in modo diverso rispetto a come tratterei un adulto in situazione analoga, in quale modo il mio cliente beneficerà concretamente grazie a quella deviazione dalla condotta abituale? Posso spiegare al mio cliente il vantaggio che ne trarrà?
5. E' possibile che stia prendendo decisioni nella fattispecie per gratificare adulti coinvolti nel caso piuttosto che il cliente?
6. E' possibile che stia prendendo decisioni nella fattispecie per mia gratificazione personale piuttosto che per il cliente?
7. La rappresentanza, nel suo complesso, riflette quanto è unico e peculiare di questo bambino?

#### 4. Le zone d'ombra tra capacità ed incapacità

A questo punto è necessario capire come l'avvocato possa giudicare il bambino/cliente capace (unimpaired) piuttosto che incapace (impaired) per poi regolarsi sul comportamento da adottare in un caso o nell'altro.

Negli AAML *Standards* l'età di dodici anni è considerata lo spartiacque (dividing line) per una presunzione, sia pure semplice, di assoluta incapacità (al di sotto) e di assoluta capacità (al di sopra) dove “ *le qualità essenziali che distinguono un cliente capace da uno incapace sono quelle che si risolvono nella capacità di comprendere le questioni oggetto del contenzioso, di parlare in modo meditato del caso e degli interessi in gioco per il cliente e di valutare le conseguenze delle possibili alternative* ” ( così nel Commento allo Standard 2.2) (Nota 11).

A base di tale tesi viene richiamata la letteratura sullo sviluppo cognitivo che individuerrebbe tra gli undici ed i quattordici anni la fase di sviluppo più alto rilevando peraltro che molti ragazzi raggiungono tale picco entro i dodici anni. Inoltre, già a dodici anni i ragazzi godono di molti diritti fra i quali quello alla libertà di parola e alla scelta dell'aborto. Ed ancora, da una ricerca effettuata risulterebbe che i giudici tengano in grande considerazione le opinioni espresse dai dodicenni nelle cause relative al loro affidamento.

Tale tesi, che ha adottato l'età del minorenne come elemento oggettivo di discriminare tra capacità ed incapacità, è stata criticata da coloro che ne hanno posto in evidenza i limiti rispetto ad una più articolata valutazione da effettuare caso per caso, in relazione a molte variabili.

In particolare, Ann M. Haralambie e Deborah L. Glaser (1995) sottolineano come la capacità del bambino di assumere decisioni relative alle questioni trattate in giudizio non vada valutata isolando il bambino dal rapporto che lo lega al suo avvocato perché è solo da questa *partnership* che possono trarsi argomenti per giudicare in ordine alla capacità.

In sostanza, non si potrà non considerare l'aiuto che al bambino verrà dal rapporto con l'avvocato in termini di capacità la quale potrà anche essere il risultato di questa collaborazione.

Le Autrici rifiutano in ogni caso qualsiasi predeterminazione rigida di un limite tra capacità ed incapacità e l'alternativa perentoria tra totale incapacità/totale capacità e concordano con quanto hanno evidenziato in tema di processo decisionale in contesto medico Allen E. Buchanan e Dan W. Brock (1989) “*L'affermazione che una persona sia (o non sia) capace è parziale. La capacità è sempre capacità per uno specifico compito- capacità di fare qualcosa....Il concetto stesso di capacità di assumere decisioni è incompleto di per se fino a che non siano specificate la natura della scelta e le condizioni nelle quali tale scelta deve essere effettuata*”.

“*Di conseguenza la capacità non è assoluta ma relativa alla decisione da prendere. Una persona può essere capace di assumere una decisione specifica in un particolare momento, in certe condizioni, ma incapace di prendere un'altra decisione, o anche la stessa decisione, in condizioni diverse. La valutazione della capacità, dunque, rappresenta un giudizio circa la capacità di una persona ad assolvere il compito di prendere una decisione specifica in un particolare momento e in date condizioni*”(Nota 12).

Gli ABA *Standards* ancora in fase di elaborazione ed approvazione, da ultimo esaminati, fanno propria la necessità di una considerazione della capacità/incapacità per ciascuna questione in

discussione per la quale il bambino è chiamato a dare istruzioni al suo avvocato rigettando qualsiasi valutazione effettuata in via generale e globalmente, senza tenere conto delle condizioni contingenti e del mutare, in positivo e in negativo, del grado di capacità.

## 5. Riflessioni conclusive

Lo studio dell'esperienza e del dibattito esistente negli U.S.A. intorno al problema del ruolo dell' "Avvocato del Minore" induce un certo sconforto, così almeno è successo a me per un lungo periodo, perché si ha la sensazione che si tratti di problema senza soluzione, un vero e proprio dilemma.

Molte sono, infatti, le ragioni a favore della rappresentanza intesa in senso tradizionale, ossia adultosimile, e quindi come rappresentanza della volontà e dei desideri espressi dal cliente e per il perseguimento degli obiettivi da quest'ultimo posti.

Altrettante sono le ragioni che giustificano deroghe a tale tipo di rappresentanza quando si tratti di attività prestata a favore di bambini.

Ma forse questo, che pare un problema insolubile - il problema - è solo un falso problema, o almeno è il problema apparente.

Per me è stata illuminante (e rasserenante) la lettura del libro citato di Jean Ko Peters, che sono stata incuriosita a leggere da quanto aveva riferito del suo modello Ann Haralambie, in occasione della partecipazione di quest'ultima al seminario di aggiornamento sull'avvocato del minore tenutosi a Lucca pochi giorni prima dell'inizio di questo corso.

È proprio avvicinandomi al modello Peters che ad un certo punto ho cominciato a districarmi tra i mille dubbi in cui mi dibattevo e mi sono chiesta se forse non fosse un errore di impostazione quello di partire da questa contrapposizione di ruoli, data quasi come condizione scontata e predefinita, e non fosse invece più corretto tentare di spostare il punto di osservazione dall'avvocato al bambino.

Ecco che allora arriviamo al vero problema dell'avvocato: scoprire il bambino che deve rappresentare.

Forse (ed in questa materia i forse non sono mai troppi), in quest'ottica, la contrapposizione tra gli opposti modelli sfuma o, quanto meno, diviene meno netta e forse può essere limitata ad ipotesi residuali.

Se, infatti, l'avvocato riesce a scoprire davvero quel bambino che si nasconde sotto le apparenze, talvolta indotte dagli adulti, allora potrà portare alla luce i suoi desideri, e farsene portavoce davanti al giudice. Secondo il paragone suggerito da Peters, proprio come succede quando un quadro di valore viene scrostato dagli strati di pennellate che lo ricoprono, sovrapposte al dipinto originale per trafugarlo più facilmente rendendolo irriconoscibile (e, infatti, nella maggior parte dei casi anche il bambino rappresenta un bene prezioso che qualcuno vuole portare via a qualcun altro).

Il bambino è sempre una fonte preziosissima di conoscenza per coloro che devono pensare a lui a vario titolo, siano essi i genitori, i maestri, gli esperti, gli altri professionisti che in momenti diversi possono dover intervenire, giudici compresi, ma perché emergano davvero i suoi desideri è fondamentale che venga ascoltato effettivamente, non per il rispetto di una mera formalità e non funzionando da mero registratore che riproduce affermazioni scollegate da qualsiasi rapporto e da una considerazione globale del contesto.

Cosa significa affermare che il bambino desidera qualcosa piuttosto che qualcosa d'altro?

In questo psicologi, neuropsichiatri infantili e psicanalisti ci dovrebbero aiutare a capire se sia possibile, dalla loro ottica, introdurre nelle aule giudiziarie uno spazio per il desiderio del bambino per un fine certamente diverso, ma altrettanto importante, rispetto a quello terapeutico a loro usuale.

Con questa convinzione la sezione toscana dell'Aiaf si è fatta promotrice, insieme all'Associazione Materiali per il piacere della psicanalisi, di un ulteriore convegno che si svolgerà a Lucca l'8 e 9 novembre 2003 dal titolo *Il bambino ascoltato - Esperienze a confronto e nuove sollecitazioni legislative*, iniziativa che si pone l'obiettivo di affrontare questo tema con un'impostazione interdisciplinare.

La legge 20.03.03 n.77 con la quale il Presidente della Repubblica viene autorizzato a ratificare la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, aperta alla firma a Strasburgo il 25 gennaio 1996, costituisce un'altra importantissima sollecitazione, oltre alla L.149/01 e alla L.176/91, ad approfondire questa analisi, anche per riuscire a distinguere i vari diritti processuali che vengono riconosciuti al bambino e la corrispondente posizione di quest'ultimo e dei suoi rappresentanti nelle diverse circostanze.

Fare vivere il bambino davanti al giudice che del suo futuro dovrà decidere, sia mediante il suo ascolto diretto e personale che mediante la voce del suo avvocato, porrà fine ad una considerazione dell'infanzia spesso effettuata per grandi categorie, senza un esame caso per caso veramente approfondito di *quel* bambino.

Fino ad oggi i giudici hanno dimostrato un certo timore e l'ascolto dei bambini è stato limitato a casi del tutto eccezionali, essendo invalso l'uso di sentirli solo laddove la loro opinione possa essere di fatto considerata vincolante. Non mi pare questo lo spirito delle disposizioni normative che prevedono l'ascolto come un diritto del bambino e non come il diritto del giudice a ricevere aiuto dal bambino nel decidere.

Fino ad oggi anche gli avvocati hanno mostrato una certa ritrosia ad ascoltare i bambini anche in quelle poche occasioni nelle quali ne avrebbero, per la legislazione vigente, il diritto oltre, a mio parere, il dovere, ossia quando sono nominati curatore speciale. Mi risulta, infatti, una certa prassi secondo la quale molti non riterrebbero necessario neppure conoscere il bambino in questione.

Vorrei davvero capire come sia possibile prendere qualsiasi posizione e conclusione, senza avere conosciuto la persona di cui dovremmo curare l'interesse nel procedimento.

Perché gli adulti, che pure ritengono di doversi occupare dei bambini, hanno così tanta paura di ascoltarli? Forse per la paura di sbagliare nel metodo, preferiscono accettare il rischio di sbagliare nella decisione da prendere, sia essa quella della difesa da assumere che del provvedimento da adottare.

Meglio sarebbe pensare a percorsi formativi che garantiscano un buon livello di abilità specifica per porsi in ascolto del bambino in modo corretto.

Per quanto in specifico riguarda l'avvocatura, l'introduzione della figura dell'avvocato del minore nell'ordinamento italiano e la ormai, si spera, prossima ratifica della convenzione di Strasburgo rendono non più rinviabile la necessità di una effettiva specializzazione del professionista che si voglia dedicare a questa attività.

La complessità e delicatezza del ruolo e la particolarità del rapporto che deve essere stabilito con il cliente/bambino impongono una formazione ed un aggiornamento specifici ed interdisciplinari non essendo sufficiente una approfondita conoscenza del diritto di famiglia e minorile ma essendo necessario conoscere lo sviluppo cognitivo di un bambino, i suoi bisogni e le sue capacità in relazione alle varie età, sapere comunicare con un bambino anche molto piccolo, imparare a porre domande senza condizionarne le risposte, conoscere le dinamiche di coppia e le disfunzioni che possono interessare il rapporto genitoriale, e tanto altro ancora.

Se è vero che l'avvocato del minore è innanzi tutto un avvocato è anche vero che è un avvocato che difficilmente potrà svolgere bene il suo ruolo se, nonostante la frequentazione di corsi e convegni specifici, rappresenterà il minore come scelta occasionale, tra uno sfratto ed un recupero crediti, una procedura concorsuale e un incidente stradale.

Perché la rappresentanza del minore non risulti un rimedio peggiore del male al quale vuole ovviare è indispensabile che venga prevista per legge l'istituzione di elenchi speciali e richiesti

requisiti di attitudine, esperienza e formazione per accedervi tali da non rendere inutile la previsione stessa e garantire invece l'elevata qualità della prestazione professionale.

Nonostante la migliore e più accurata formazione esisterà sempre il rischio, che in certi casi potrebbe diventare necessità, che l'avvocato assuma una posizione soggettiva, quando il contributo del soggetto rappresentato è minimo.

In tali casi si potrebbe contestare che l'avvocato farà uso nella difesa di una discrezionalità simile a quella che si è contestata sino ad oggi al giudice che si occupa di minori. Forse l'obiezione ha qualche fondamento ma certo il passo avanti compiuto verso il giusto processo è notevole.

È ben meno dannoso, infatti, che sia l'avvocato a introdurre nel giudizio un elemento di discrezionalità facendosi portatore dell'interesse del suo rappresentato piuttosto che lo faccia il giudice, con ciò contravvenendo a fondamentali regole del processo (principio del contraddittorio e terzietà).

Non dimentichiamoci, infatti, che la decisione è sempre rimessa al giudice il quale mai dovrà delegarla ad alcuna delle parti, neppure a quella che si presenta come la più "imparziale", come potrebbe sembrare il bambino.

L'avvocato del bambino non deve diventare un ausiliario del giudice né di questi essere l'ispiratore privilegiato. Questa potrebbe essere una tentazione forte, da entrambe le parti: per l'avvocato, perché potrebbe sentirsi molto solo e pieno di responsabilità in situazioni estremamente complesse ove il giudice potrebbe essere vissuto come il migliore alleato ("siamo dalla stessa parte perché difendiamo il bambino"), per il giudice, perché c'è una persona di sua fiducia che ha libero accesso al bambino, lo conosce, ha conosciuto l'ambiente familiare, una specie di super assistente sociale o di C.T.U..

Si tratterebbe di un completo stravolgimento dei ruoli che sembra anche assurdo ipotizzare ma di cui credo invece sia bene parlare perché di fatto sono attitudini molto naturali dalle quali possiamo guardarci se impariamo a non demonizzarle.

Un notevole contributo alla qualificazione della difesa in questo campo potrebbe venire inoltre da una sottolineatura di specifici doveri di carattere deontologico.

Al riguardo è significativo che l'unica disposizione in materia di diritto di famiglia che si rintraccia nell'attuale codice deontologico sia quella che, all'art. 37, regola il conflitto d'interessi prevedendo, in modo ovvio, che l'avvocato che abbia assistito i coniugi in controversie familiari debba astenersi dal prestare la propria assistenza in controversie successive tra i medesimi in favore di uno di essi.

Le recenti novità legislative potrebbero costituire un'ottima occasione per previsioni deontologiche relative al rapporto professionale con il bambino e per un'effettiva vigilanza dei consigli degli ordini forensi sul rispetto del dovere di competenza che l'art. 12 del Codice Deontologico Forense espressamente prevede.

Qualora dovesse succedere che il 1° luglio 2003 divenga operativa la figura dell'avvocato del minore, senza ulteriori interventi legislativi che introducano elenchi di avvocati specializzati e disegnino iter formativi, potremo almeno sperare che intervengano gli ordini forensi, richiamando gli iscritti al rispetto di tale regola deontologica e sanzionando l'inosservanza qualora professionisti del tutto inesperti e non formati in modo specifico per tale incarico lo accettino ugualmente?

Sarebbe per gli ordini forensi una buona occasione per dare il segnale di un atteggiamento nuovo, espressione della volontà di garantire effettivamente il diritto dei cittadini, in questo caso particolarmente indifesi, ad una rappresentanza di qualità, bandendo ogni spirito corporativo, con ciò contribuendo a riportare l'avvocatura italiana ad un livello e ad una considerazione ormai purtroppo appartenenti al passato.

Chissà che proprio dalla rappresentanza dei bambini l'avvocatura non possa cominciare a risalire la china?

E a dire la verità questa potrebbe essere anche l'occasione per abbandonare l'antica abitudine, propria del mondo giuridico, di parlare dei bambini in termini di minori.

Questa espressione è oggi in aperta contraddizione con la posizione che si vuole riconoscere al bambino, di soggetto titolare di diritti ed avente una sua autonoma posizione. Ed infatti nelle convenzioni citate non si usa il termine “Minor” ma “Child”.

Una fase storica di fondamentale importanza si è consumata nel passaggio dall’interesse del minore ai diritti del bambino e l’uso delle parole non può non accompagnare il cambiamento con un adattamento che non è puro ossequio nominalistico.

La traduzione delle citazioni dall’inglese all’italiano non è ufficiale.

## Note

### 1) AMERICAN BAR ASSOCIATION MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT

**Rule 1.14 Client With Diminished Capacity** (a) When a client's capacity to make adequately considered decisions in connection with a representation is diminished, whether because of minority, mental impairment or for some other reason, the lawyer shall, as far as reasonably possible, maintain a normal client-lawyer relationship with the client.(b) When the lawyer reasonably believes that the client has diminished capacity, is at risk of substantial physical, financial or other harm unless action is taken and cannot adequately act in the client's own interest, the lawyer may take reasonably necessary protective action, including consulting with individuals or entities that have the ability to take action to protect the client and, in appropriate cases, seeking the appointment of a guardian ad litem, conservator or guardian.(c) Information relating to the representation of a client with diminished capacity is protected by Rule 1.6 . When taking protective action pursuant to paragraph (b), the lawyer is impliedly authorized under Rule 1.6 (a) to reveal information about the client, but only to the extent reasonably necessary to protect the client's interests.

Traduzione: **Regola 1.14 Cliente con capacità ridotta.** (a) Quando la capacità di un cliente di adottare decisioni adeguatamente ponderate in relazione alla sua rappresentanza è ridotta, a causa della sua minore età, di un’incapacità mentale o per qualche altra ragione, l’avvocato dovrà mantenere con quel cliente, per quanto ragionevolmente possibile, un normale rapporto cliente/avvocato. (b) Quando l’avvocato ritiene ragionevolmente che la capacità del cliente sia ridotta, che quest’ultimo sia esposto a rischio di un rilevante danno di carattere fisico, economico o di altro tipo, se non viene preso un provvedimento, e che il cliente non può adeguatamente agire nel suo stesso interesse, l’avvocato può prendere le iniziative ragionevolmente necessarie per proteggere il cliente, come consultare persone ed enti che abbiano la possibilità di agire a protezione del cliente e, in casi adatti, può chiedere la nomina di un curatore speciale, di un amministratore, di un tutore. (c) Le informazioni relative alla rappresentanza di un cliente con diminuita capacità sono protette secondo quanto stabilito dalla regola 1.6. Quando un avvocato prende le iniziative previste al paragrafo (b) , il medesimo è implicitamente autorizzato in virtù della regola 1.6(a) a rivelare informazioni relative al cliente ma solo nella misura in cui ciò è ragionevolmente necessario a proteggere gli interessi del cliente.

**Comment - Rule 1.14** [1] The normal client-lawyer relationship is based on the assumption that the client, when properly advised and assisted, is capable of making decisions about important matters. When the client is a minor or suffers from a diminished mental capacity, however, maintaining the ordinary client-lawyer relationship may not be possible in all respects. In particular, a severely incapacitated person may have no power to make legally binding decisions. Nevertheless, a client with diminished capacity often has the ability to understand, deliberate upon, and reach conclusions about matters affecting the client's own well-being. For example, children as young as five or six years of age, and certainly those of ten or twelve, are regarded as having opinions that are entitled to weight in legal proceedings concerning their

custody. So also, it is recognized that some persons of advanced age can be quite capable of handling routine financial matters while needing special legal protection concerning major transactions.

[2] The fact that a client suffers a disability does not diminish the lawyer's obligation to treat the client with attention and respect. Even if the person has a legal representative, the lawyer should as far as possible accord the represented person the status of client, particularly in maintaining communication.

[3] The client may wish to have family members or other persons participate in discussions with the lawyer. When necessary to assist in the representation, the presence of such persons generally does not affect the applicability of the attorney-client evidentiary privilege. Nevertheless, the lawyer must keep the client's interests foremost and, except for protective action authorized under paragraph (b), must look to the client, and not family members, to make decisions on the client's behalf.

[4] If a legal representative has already been appointed for the client, the lawyer should ordinarily look to the representative for decisions on behalf of the client. In matters involving a minor, whether the lawyer should look to the parents as natural guardians may depend on the type of proceeding or matter in which the lawyer is representing the minor. If the lawyer represents the guardian as distinct from the ward, and is aware that the guardian is acting adversely to the ward's interest, the lawyer may have an obligation to prevent or rectify the guardian's misconduct. See Rule 1.2(d) .

#### *Taking Protective Action*

[5] If a lawyer reasonably believes that a client is at risk of substantial physical, financial or other harm unless action is taken, and that a normal client-lawyer relationship cannot be maintained as provided in paragraph (a) because the client lacks sufficient capacity to communicate or to make adequately considered decisions in connection with the representation, then paragraph (b) permits the lawyer to take protective measures deemed necessary. Such measures could include: consulting with family members, using a reconsideration period to permit clarification or improvement of circumstances, using voluntary surrogate decision making tools such as durable powers of attorney or consulting with support groups, professional services, adult-protective agencies or other individuals or entities that have the ability to protect the client. In taking any protective action, the lawyer should be guided by such factors as the wishes and values of the client to the extent known , the client's best interests and the goals of intruding into the client's decision making autonomy to the least extent feasible, maximizing client capacities and respecting the client's family and social connections.

[6] In determining the extent of the client's diminished capacity, the lawyer should consider and balance such factors as: the client's ability to articulate reasoning leading to a decision, variability of state of mind and ability to appreciate consequences of a decision; the substantive fairness of a decision; and the consistency of a decision with the known long-term commitments and values of the client. In appropriate circumstances, the lawyer may seek guidance from an appropriate diagnostician.

[7] If a legal representative has not been appointed, the lawyer should consider whether appointment of a guardian ad litem, conservator or guardian is necessary to protect the client's interests. Thus, if a client with diminished capacity has substantial property that should be sold for the client's benefit, effective completion of the transaction may require appointment of a legal representative. In addition, rules of procedure in litigation sometimes provide that minors or persons with diminished capacity must be represented by a guardian or next friend if they do not have a general guardian. In many circumstances, however, appointment of a legal representative may be more expensive or traumatic for the client than circumstances in fact require. Evaluation of such circumstances is a matter entrusted to the professional judgment of the lawyer. In considering alternatives, however, the lawyer should be aware of any law that requires the lawyer to advocate the least restrictive action on behalf of the client.

### *Disclosure of the Client's Condition*

[8] Disclosure of the client's diminished capacity could adversely affect the client's interests. For example, raising the question of diminished capacity could, in some circumstances, lead to proceedings for involuntary commitment. Information relating to the representation is protected by Rule 1.6 . Therefore, unless authorized to do so, the lawyer may not disclose such information. When taking protective action pursuant to paragraph (b), the lawyer is impliedly authorized to make the necessary disclosures, even when the client directs the lawyer to the contrary. Nevertheless, given the risks of disclosure, paragraph (c) limits what the lawyer may disclose in consulting with other individuals or entities or seeking the appointment of a legal representative. At the very least, the lawyer should determine whether it is likely that the person or entity consulted with will act adversely to the client's interests before discussing matters related to the client. The lawyer's position in such cases is an unavoidably difficult one.

### **Traduzione: Commento alla Regola 1.14**

- 1) Il normale rapporto cliente/avvocato è basato sulla presunzione che il cliente, adeguatamente consigliato ed assistito, sia capace di prendere decisioni relative a questioni importanti. Tuttavia, quando il cliente è un minore o è affetto da una diminuita capacità mentale, può risultare impossibile mantenere riguardo a tutto l'ordinaria relazione cliente/avvocato  
In particolare, una persona gravemente incapace non ha il potere di prendere decisioni vincolanti. Tuttavia un cliente con capacità ridotta ha spesso l'abilità di capire, discutere e giungere a soluzioni relativamente a questioni che interessino il suo benessere. Per esempio, si considera che bambini di cinque o sei anni, e certamente quelli di dieci o dodici, abbiano opinioni che debbono essere tenute in conto nei procedimenti legali concernenti il loro affidamento. Parimenti si riconosce che alcune persone di età avanzata possono essere capaci di trattare questioni economiche di routine mentre hanno bisogno di una speciale protezione legale per gli affari di maggior importanza.
- 2) Il fatto che un cliente sia affetto da un'incapacità non affievolisce il dovere dell'avvocato di trattarlo con attenzione e rispetto. Anche se la persona ha un legale rappresentante, l'avvocato deve riconoscergli quanto più possibile lo status di cliente, soprattutto per ciò che attiene i contatti.
- 3) Il cliente può desiderare che persone di famiglia o altri partecipino ai colloqui con l'avvocato. Quando è necessaria per favorire la rappresentanza, la presenza di tali persone generalmente non pregiudica l'applicabilità al rapporto avvocato/cliente della prerogativa di non essere oggetto di prova. Tuttavia l'avvocato deve mantenere come prioritario l'interesse del cliente e, salvo il caso di azioni autorizzate a protezione del cliente di cui al paragrafo (b), deve rivolgersi al cliente, e non ai familiari di questo, per prendere decisioni nell'interesse del medesimo.
- 4) Se è già stato nominato un rappresentante legale del cliente, l'avvocato deve normalmente rivolgersi al rappresentante per le decisioni nell'interesse del cliente. In questioni relative ad un minore, dipenderà dal tipo di procedimento o dalla materia rispetto alla quale l'avvocato rappresenta il bambino se egli debba riferirsi ai genitori come naturali tutori. Se l'avvocato rappresenta il tutore in modo autonomo rispetto al pupillo, e si rende conto che il tutore sta operando contro l'interesse del pupillo, l'avvocato può avere il dovere di impedire o correggere la cattiva condotta del tutore.
- 5) Se l'avvocato ritiene ragionevolmente che un cliente sia esposto al rischio di grave danno fisico, economico o di altro tipo, se non viene preso un provvedimento, e che non possa essere mantenuto un normale rapporto cliente/avvocato come indicato al paragrafo (a) perché il cliente non ha sufficiente capacità di comunicare o di prendere adeguatamente decisioni ponderate in connessione con la rappresentanza, allora il paragrafo (b) consente all'avvocato di adottare le misure protettive ritenute necessarie. Tali iniziative possono includere: consultare familiari, usufruire di un periodo di riconsiderazione per rendere possibile un chiarimento o un miglioramento delle condizioni, utilizzare strumenti, come una procura a lungo termine, che

consentono di prendere decisioni al posto del cliente sulla base di un atto volontario di questi, o consultare gruppi di sostegno, servizi professionali, agenzie di aiuto per gli adulti o altre persone o enti che possano proteggere il cliente. Nel prendere qualsiasi iniziativa a protezione del cliente, l'avvocato deve essere guidato da fattori come i desideri ed i valori del cliente per quanto conosciuti, il miglior interesse del cliente e l'obiettivo di condizionare l'autonomia decisionale del cliente nella misura minima possibile, valorizzando al massimo le capacità del cliente e rispettando la rete familiare e sociale dell'assistito.

- 6) Nel determinare l'ampiezza della diminuzione di capacità di cui è affetto il cliente, l'avvocato dovrebbe considerare e confrontare fattori come: la capacità del cliente di esprimere ragionamenti che conducano ad una decisione, la mutevolezza degli stati mentali e la capacità di valutare le conseguenze di una decisione; la sostanziale correttezza della decisione; la coerenza di una decisione rispetto agli impegni e ai valori da molto tempo conosciuti del cliente. In certi casi, l'avvocato può chiedere una diagnosi da persona esperta per avere una guida.
- 7) Se non è ancora stato nominato un rappresentante legale, l'avvocato dovrebbe valutare se non sia necessario richiedere la nomina di un curatore speciale, di un amministratore o di un tutore per tutelare gli interessi del cliente. Inoltre, se il cliente affetto da diminuita capacità ha proprietà considerevoli che devono essere vendute a vantaggio del cliente, il perfezionamento della transazione effettiva può richiedere la nomina di un rappresentante legale. Ed ancora, le regole di procedura nei contenziosi qualche volta prevedono che un minore o una persona con diminuite capacità debbano essere rappresentate da un curatore speciale o da un "*next friend*" se non hanno un tutore. In molte circostanze, tuttavia, la nomina di un rappresentante legale può essere più costosa o traumatica per il cliente delle circostanze che di fatto la richiedono. La valutazione di tali circostanze è materia rimessa all'apprezzamento professionale dell'avvocato. In ogni caso, nel considerare le alternative possibili, l'avvocato deve sapere che la legge gli impone di intraprendere l'azione meno restrittiva per il cliente.
- 8) La rivelazione della diminuita capacità del cliente potrebbe essere contraria agli interessi di quest'ultimo. Per esempio, porre la questione della diminuita capacità potrebbe, in alcuni casi, condurre a procedimenti per il forzato internamento del cliente. Le informazioni relative alla rappresentanza sono soggette ai vincoli di protezione di cui alla regola 1.6. Inoltre, a meno che non sia autorizzato espressamente in tal senso, l'avvocato non può rivelare tali informazioni. Nel prendere le iniziative di protezione di cui al paragrafo (b), l'avvocato è implicitamente autorizzato alle rilevazioni necessarie, anche quando il cliente gli dia indicazioni in senso contrario. Tuttavia, stante i rischi della rivelazione, il paragrafo (c) limita il contenuto di quanto l'avvocato può rivelare consultandosi con altre persone o enti o chiedendo la nomina di un rappresentante legale. Prima di discutere le questioni relative al cliente, l'avvocato deve almeno determinare se sia probabile che la persona o l'ente consultati possano agire in senso contrario all'interesse del cliente stesso. La posizione dell'avvocato in casi come questi è inevitabilmente complessa.

## 2) AMERICAN BAR ASSOCIATION MODEL CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY

Ethical Consideration (EC) 7-12 Any mental or physical condition that renders a client incapable of making a considered judgment on his or her own behalf casts additional responsibilities upon the lawyer.

Where an incompetent is acting through a guardian or other legal representative, a lawyer must look to such representative for those decisions which are normally the prerogative of the client to make.

If a client under disability has no legal representative, the lawyer may be compelled in courts proceedings to make decisions on behalf of the client. If the client is capable of understanding the matter in question or of contributing to the advancement of his or her interests, regardless of whether the client is legally disqualified from performing certain acts, the lawyer should obtain

from the client all possible aid. If the disability of a client and the lack of a legal representative compel the lawyer to make decision for the client, the lawyer should consider all circumstances then prevailing and act with care to safeguard and advance the interests of the client. But obviously a lawyer cannot perform any act or make any decision which the law requires the client to perform or make, either acting for himself if competent, or by a duly constituted representative if legally incompetent.

Traduzione:

Considerazione etica n.7-12 Ogni condizione mentale o fisica che renda un cliente incapace di adottare una decisione ponderata nel proprio interesse attribuisce responsabilità addizionali all'avvocato.

Quando una persona incapace agisce attraverso un tutore o altro rappresentante legale, l'avvocato deve fare riferimento a tale rappresentante per quelle decisioni che normalmente spetta al cliente prendere.

Se un cliente affetto da incapacità non ha un rappresentante legale, può accadere che l'avvocato si trovi costretto, nei procedimenti giudiziari, a prendere decisioni nell'interesse del cliente. Se il cliente è capace di capire le questioni trattate o di contribuire alla promozione dei propri interessi, a prescindere se questi sia legalmente impedito dallo stipulare certi atti, l'avvocato deve ottenere dal cliente tutto l'aiuto possibile. Se l'incapacità del cliente e la mancanza di un legale rappresentante costringono l'avvocato a prendere decisioni per il cliente, l'avvocato deve considerare il contesto del cliente ed agire con attenzione per salvaguardare e promuovere gli interessi del medesimo. Ma naturalmente l'avvocato non può compiere atti o prendere decisioni che la legge richiede che sia il cliente a compiere o prendere, sia agendo personalmente, se capace, sia attraverso un rappresentante debitamente costituito secondo le previsioni di legge, se legalmente incapace.

**3) ABA STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYERS WHO REPRESENT CHILDREN IN ABUSE AND NEGLECT CASES (NACC REVISED VERSION)**

**(testo uguale in entrambe le linee guida)**

**A-1. The Child's Attorney.** The term "child's attorney" means a lawyer who provides legal services for a child and who owes the same duties of undivided loyalty, confidentiality, and competent representation to the child as is due an adult client.

**A-2. Lawyer Appointed as Guardian Ad Litem.** A lawyer appointed as "guardian ad litem" for a child is an officer of the court appointed to protect the child's interests without being bound by the child's expressed preferences.

**4) ABA STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYERS WHO REPRESENT CHILDREN IN ABUSE AND NEGLECT CASES (NACC REVISED VERSION)**

**(testo uguale in entrambe le linee guida)**

**B-2. Conflict Situations.**

(1) If a lawyer appointed as guardian ad litem determines that there is a conflict caused by performing both roles of guardian ad litem and child's attorney, the lawyer should continue to perform as the child's attorney and withdraw as guardian ad litem. The lawyer should request appointment of a guardian ad litem without revealing the basis for the request.

(2) If a lawyer is appointed as a "child's attorney" for siblings, there may also be a conflict which could require that the lawyer decline representation or withdraw from representing all of the children.

**5) ABA STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYERS WHO REPRESENT CHILDREN IN ABUSE AND NEGLECT CASES (NACC REVISED VERSION) (testo uguale in entrambe le linee guida)**

**B-3. Client Under Disability.** The child's attorney should determine whether the child is "under a disability" pursuant to the Model Rules of Professional Conduct or the Model Code of Professional Responsibility with respect to each issue in which the child is called upon to direct the representation.

**6) ABA STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYERS WHO REPRESENT CHILDREN IN ABUSE AND NEGLECT CASES**

**B-4. ABA Version**

**Client Preferences.** The child's attorney should elicit the child's preferences in a developmentally appropriate manner, advise the child, and provide guidance. The child's attorney should represent the child's expressed preferences and follow the child's direction throughout the course of litigation.

(1) To the extent that a child cannot express a preference, the child's attorney shall make a good faith effort to determine the child's wishes and advocate accordingly or request appointment of a guardian ad litem.

(2) To the extent that a child does not or will not express a preference about particular issues, the child's attorney should determine and advocate the child's legal interests.

(3) If the child's attorney determines that the child's expressed preference would be seriously injurious to the child (as opposed to merely being contrary to the lawyer's opinion of what would be in the child's interests), the lawyer may request appointment of a separate guardian ad litem and continue to represent the child's expressed preference, unless the child's position is prohibited by law or without any factual foundation. The child's attorney shall not reveal the basis of the request for appointment of a guardian ad litem which would compromise the child's position.

**7) ABA STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYERS WHO REPRESENT CHILDREN IN ABUSE AND NEGLECT CASES**

**B-5. ABA Version**

**Child's Interests.** The determination of the child's legal interests should be based on objective criteria as set forth in the law that are related to the purpose of the proceedings. The criteria should address the child's specific need and preferences, the goal of expeditious resolution of the case so the child can remain or return home or be placed in a safe, nurturing, and permanent environment, and the use of the least restrictive or detrimental alternative available.

**8) ABA STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYERS WHO REPRESENT CHILDREN IN ABUSE AND NEGLECT CASES (NACC REVISED VERSION)**

**B-4.NACC Version.**

**Client Preferences.** The child's attorney should elicit the child's preferences in a developmentally appropriate manner, advise the child, and provide guidance. The child's attorney should represent the child's expressed preferences and follow the child's direction throughout the course of litigation, except as specifically provided herein. Client directed representation does not include "robotic allegiance" to each directive of the client. Client directed representation involves the attorney's counseling function and requires good communication between attorney and client. The goal of the relationship is an outcome which serves the client, mutually arrived upon by attorney and client, following exploration of all available options.

(1) While the default position for attorneys representing children under these standards is a client directed model, there will be occasions when the client directed model cannot serve the client and exceptions must be made. In such cases, the attorney may rely upon a substituted judgment process (similar to the role played by an attorney guardian ad litem),

or call for the appointment of a guardian ad litem, depending upon the particular circumstances, as provided herein.

(2) To the extent that a child cannot meaningfully participate in the formulation of the client's position (either because the child is preverbal, very young or for some other reason is incapable of judgment and meaningful communication), the attorney shall substitute his/her judgment for the child's and formulate and present a position which serves the child's interests. Such formulation must be accomplished through the use of objective criteria, rather than solely the life experience or instinct of the attorney. The criteria shall include but not be limited to:

- a. Determine the child's circumstances through a full and efficient investigation;
- b. Assess the child at the moment of the determination;
- c. Examine each option in light of the two child welfare paradigms; psychological parent and family network; and
- d. Utilize medical, mental health, educational, social work and other experts.

It is possible for the child client to develop from a child incapable of meaningful participation in the litigation as set forth in section B-4 (2), to a child capable of such participation during the course of the attorney client relationship. In such cases, the attorney shall move from the substituted judgment exception of B-4 (2) to the default position of client directed representation described in section B-4 "Client Preferences."

If the child's attorney determines that the child's expressed preference would be seriously injurious to the child (as opposed to merely being contrary to the lawyer's opinion of what would be in the child's interests), the lawyer ~~may~~ shall, after unsuccessful use of the attorney's counseling role, request appointment of a separate guardian ad litem and continue to represent the child's expressed preference, unless the child's position is prohibited by law or without any factual foundation. The child's attorney shall not reveal the basis of the request for appointment of a guardian ad litem which would compromise the child's position.

## **9) STANDARDS FOR ATTORNEYS AND GUARDIANS AD LITEM IN CUSTODY OR VISITATION PROCEEDINGS - AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS**

### **C Representing Impaired Children**

2.7 When a child client, by virtue of his or her impairment, is unable to set the goals of representation, the child's lawyer shall not advocate a position with regard to the outcome of the proceeding or issue contested during the litigation.

## **10) ABA FAMILY LAW SECTION STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYERS REPRESENTING CHILDREN IN CUSTODY CASES (Committee final draft, April 24 , 2003)**

**Standard II-B-2 Best interests attorney:** a lawyer who provides independent legal services for the purpose of protecting a child's best interests, without being bound by the child's directives or objectives.

## **11) STANDARDS FOR ATTORNEYS AND GUARDIANS AD LITEM IN CUSTODY OR VISITATION PROCEEDINGS - AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS**

(Comment: Standard 2.2). "the essential qualities distinguishing an unimpaired client from an impaired one is the capacity to comprehend the issues involved in the litigation, to speak

thoughtfully about the case and the client's interests at stake, and to appreciate the consequences of the available alternatives”

**12) Allen E. Buchanan & Dan W. Brock, Deciding for Others: The Ethics for Surrogate Decision Making (1989)**

“The statement that a particular individual is (or is not) competent is incomplete. Competence is always competence *for some task* – competence *to do something*. ... [T]he notion of decision-making capacity is itself incomplete until the nature of the choice as well as the conditions under which it is to be made are specified. Thus competence is decision-relative, not global. A person may be competent to make a particular decision at a particular time, under certain circumstances, but incompetent to make another decision, or even the same decision, under different conditions. A competence determination, then, is a determination of a particular person's capacity to perform a particular decision-making task at a particular time and under specified conditions.”

**Riferimenti bibliografici**

- Proceedings of the Conference on Ethical Issue in the Legal Representation of Children, Vol. LXIV Fordham Law Review N. 4, March 1996
- Haralambie, Ann M., The Child's Attorney: A Guide to Representing Children in Custody, Adoption, and Protection Cases, Section of Family Law American Bar Association (1993)
- Haralambie Ann M. e Glaser Deborah L., Practical and Theoretical Problems with the AAML Standards for Representing “impaired”, Children Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol.13 pp.57-93 Summer 1995
- Proceedings of the Conference on Ethical Issues in the Legal Representation of Children, Vol. LXIV Fordham Law Review N.4, March 1996
- Peters Jean Koh, Representing Children in Child Protective Proceedings: Ethical and Practical Dimensions, Lexis Law Publishing Seconda edizione 2001
- Ventrell Marvin, Legal Representation of Children in Dependency Court: Toward a better Model-The ABA (NACC Revised) Standards of Practice
- Buchanan Allen E. e Brock Dan W., Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making (1989))
- Guggenheim Martin, A Paradigm for Determining the Role of Counsel for Children in Fordham Law Review N.4, March 1996
- Costello Jan, Representing Children in Mental Disability Proceedings, 1999
- Standards of Practice for Lawyers who Represent Children in Abuse and Neglect Cases (ABA Standards), American Bar Association, 1996
- Recommendations for Representation of Children in Abuse and Neglect Cases, National Association of Counsel for Children, 2001
- ABA Standards (NACC Revised Version), National Association of Counsel for Children, 2001
- Representing Children: Standards for Attorneys and Guardians ad Litem in Custody or Visitation Proceedings, American Academy of Matrimonial Lawyers, 1994
- Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody and Visitation Cases, American Bar Association Family Law Section (Bozza finale approvata dalla commissione il 24 aprile 2003)