

Legge 27 dicembre 2017, n. 205: il legittimo impedimento per le donne avvocato in stato di gravidanza e puerperio

SILVIA ASTARITA

SOMMARIO: 1. Il legittimo impedimento per le mamme avvocato prima della legge di riforma. – 2. Le nuove disposizioni normative.

1. Il legittimo impedimento per le mamme avvocato prima della legge di riforma.

Sino all'entrata in vigore della Legge 27 dicembre 2017, n. 205, tanto in sede processuale penale quanto civile, non era prevista alcuna disposizione normativa che tutelasse il diritto delle donne avvocato in stato di gravidanza e nei primi mesi di nascita del figlio ad astenersi, legittimamente, si come ogn'altra lavoratrice madre, dallo svolgimento della professione e, segnatamente, dalla partecipazione alle udienze.

Invero, le uniche "forme" di tutela avevano un contenuto meramente patrimoniale, avendo diritto l'avvocato donna in caso di maternità, ovvero in caso di adozione ed affidamento preadottivo, ad omonima indennità, corrisposta in unica soluzione ed erogata dalla Cassa di previdenza ed assistenza forense, determinata secondo criteri di calcolo previsti dalla legge¹, per un periodo compreso fra i due mesi di gravidanza antecedenti la data presunta del parto ed i primi tre successivi alla data effettiva dell'evento, per un totale di cinque mensilità, e ciò, invero, indipendentemente dalla circostanza che la professionista si astenesse o meno dallo svolgere la propria attività. È arresto giurisprudenziale consolidato in sede civile, infatti, che *«l'indennità di maternità... spetta per i periodi di gravidanza e di puerperio considerati dalla norma, anche se in detti periodi la professionista non si*

¹ Nello specifico, l'indennità di maternità, prevista dal d.lgs. n. 151 del 2001 è determinata in modo puntuale nella misura pari all'80% di 5/12 del reddito professionale Irfep netto prodotto nel 2° anno anteriore al verificarsi dell'evento parto. Indipendentemente dal reddito, tuttavia, non può essere inferiore a quella stabilita in base alle tabelle INPS vigenti nell'anno del parto (pari ad € 4.958,70 lordi per l'anno 2017) né superiore, di contro, a cinque volte l'importo minimo di cui sopra (pari ad € 24.793,50 lordi, per l'anno 2017). In caso di indennità di maternità corrisposta per adozione o affidamento preadottivo, si fa riferimento al reddito professionale Irfep netto prodotto nel 2° anno anteriore all'ingresso del minore nella casa materna.

*sia astenuta dall'attività lavorativa, considerata in particolare la finalità di speciale tutela perseguita dalla legge medesima che ha voluto che la professionista, per assolvere in modo adeguato alla funzione materna, non sia turbata da alcun pregiudizio alla sua attività professionale*².

Così strutturata, e per quanto apprezzabile, l'indennità di maternità è apparsa immediatamente strumento inadeguato a fronteggiare le difficoltà oggettive che molte donne avvocate incontrano nel quotidiano esercizio della professione forense, non facilmente conciliabile con esigenze personali e familiari, specie in caso di gravidanza e nei primi mesi di vita del bambino.

Peraltro, nelle concrete applicazioni giurisprudenziali, la gravidanza in sé, anche prossima al termine, non ha mai costituito legittimo impedimento giustificante *ex art. 420-ter*, co. 5, c.p.p. il differimento dell'udienza. In tali casi, in linea con il generale orientamento in tema di legittimo impedimento in forza del quale *«l'impedimento del difensore a comparire in udienza non comporta l'obbligo di nominare un sostituto processuale o di indicare le ragioni della mancata nomina solo qualora esso sia dovuto a ragioni di salute imprevedibili, oltre che adeguatamente documentate e tempestivamente comunicate»*³, in più di una occasione la S.C. è giunta ad affermare che, essendo la gravidanza una condizione certo non "imprevedibile", è necessario, onde vagliarne l'ostatività quale impedimento legittimo giustificante il rinvio, che dalla certificazione medica allegata alla richiesta e comprovante la data presunta del parto, si evinca in concreto un *«pericolo derivante dall'espletamento delle attività ordinarie o professionali»*⁴.

In forza di tale indirizzo interpretativo, talora sorretto anche dal riferimento ad esigenze di speditezza processuale in ossequio al principio di "ragionale durata", il Giudice del merito ha sempre esercitato un ampio potere discrezionale nel valutare la prova dell'assoluto impedimento a comparire con giudizio che, se congruamente motivato, si sottrae ad ogni censura in sede di legittimità, giungendo financo al S.C. ad escludere, a mero titolo esemplificativo, che potesse giustificare un rinvio dell'udienza lo stato di gravidanza giunto alla 37^a⁵ ovvero alla 39^a⁶ settimana, o addirittura al termine, ove la richiesta fosse formulata il giorno precedente la data presunta del parto⁷.

Invero, alcuni tentativi volti a colmare un evidente *deficit* di tutela sono stati compiuti nelle diverse sedi giudiziarie mediante la sottoscrizioni di accordi e/o protocolli siglati con gli organismi rappresentativi dell'avvocatura operanti sul territorio, accentuando oltremo-

² *Ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Lav., 13 luglio 1999, sent. n. 7447 del 1999, in *C.E.D.* 528577 - 01; Id., Sez. Lav., 19 maggio 2003, sent. n. 7857 del 2003.

³ Cass. pen., S.U., 21 luglio 2016, Nifo Sarrapochiello e altri, in *C.E.D.*, 267747, in una fattispecie in cui la S.C. ha censurato il provvedimento con cui il giudice di merito aveva rigettato l'istanza di rinvio dell'udienza motivandola in via esclusiva sulla mancata designazione, da parte del difensore impedito, del sostituto processuale.

⁴ Cass. pen., Sez. V, 14 febbraio 2007, Diavila e altri, in *C.E.D.*, 236526.

⁵ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 46564 del 2004.

⁶ Cass. pen., Sez. V, 14 dicembre 2005, Santelli.

⁷ Cass. pen., Sez. V, 18 aprile 2013, Di Rocco, sent. n. 21262 del 2013.

do il rischio di prassi difformi a discapito delle professioniste madri e soprattutto senza la previsione di specifiche invalidità processuali conseguenti alla inosservanza di volta in volta della disciplina concordataria.

2. Le nuove disposizioni normative.

L'esigenza di un intervento normativo in materia deriva dunque dalla constatazione di un effettivo vuoto di tutela, in pregiudizio non solo del diritto alla salute della donna, sì come del nascituro e del bambino previsto dall'art. 32 Cost. che rende al contempo priva di significato la previsione costituzionale secondo la quale, premesse pari opportunità di accesso e di permanenza nel mondo del lavoro, le condizioni alla donna riservate in tale ambito devono *“consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare ed assicurare alla madre ed al bambino una speciale, adeguata protezione”* (art. 37 Cost.), ma altresì il diritto alla effettività della difesa, da garantirsi in ogni stato e grado del giudizio, sia da un punto di vista sostanziale che in senso strettamente tecnico, derivante dalla stretta *“personalità”* della prestazione professionale.

Tali premesse hanno posto le basi per la riforma legislativa in commento.

Due le proposte di legge sul tema: la n. AC4000 (a firma on. Di Lello ed altri) e la n. AC4058 (a firma on. Rossomando), entrambe inizialmente piuttosto articolate, tanto nell'indicare termini e modalità di comunicazione *“senza indugio”* e comunque tempestivamente mediante deposito in cancelleria del Giudice che procede, dello stato di gravidanza, espressamente qualificato come legittimo impedimento, tanto nel prevedere una specifica disciplina ad oggetto la sospensione dei termini di prescrizione e nei procedimenti con imputati sottoposti a custodia cautelare.

In una prospettiva di maggiore semplificazione, senza distinzione di sorta, come pure era stato prospettato, fra difensori di fiducia e d'ufficio, la novella normativa è contenuta nell'art. 1, co. 465 e 467 della Legge 27 dicembre 2017, n. 205, in vigore dal 1° gennaio 2018.

Il primo dei citati commi, invero, si riferisce espressamente al procedimento civile, mediante l'inserimento di un ulteriore comma all'art. 81-*bis* disp. att. c.p.c. recante rubrica *“calendario del processo”*.

La nuova disposizione normativa prevede che *“quando il difensore documenta il proprio stato di gravidanza, il giudice, ai fini della fissazione del calendario del processo ovvero della proroga dei termini in esso previsti, tiene conto del periodo compreso tra i due mesi precedenti la data presunta del parto e i tre mesi successivi. La disposizione del primo periodo si applica anche nei casi di adozione nazionale e internazionale nonché di affidamento del minore avendo riguardo ai periodi previsti dall'art. 26 T.U. delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151. Dall'applicazione del presente comma non può derivare grave pregiudizio alle parti nelle cause per le quali è richiesta un'urgente trattazione”*.

Il successivo co. 466, in riferimento al processo penale, dispone l'inserimento nell'art. 420-*ter* c.p.p. di un nuovo comma 5-*bis* a mente del quale: *«5-bis. Agli effetti di cui al comma 5 il difensore che abbia comunicato prontamente lo stato di gravidanza si ritiene*

legittimamente impedito a comparire nei due mesi precedenti la data presunta del parto e nei tre mesi successivi ad esso».

Intervenendo in materia di legittimo impedimento in sede di udienza preliminare (ma la previsione, in forza del richiamo contenuto negli artt. 484, 598 e 441 c.p.p. è applicabile anche al giudizio di primo e di secondo grado, nonché in sede di giudizio abbreviato), al Giudice cui sia documentato lo stato di gravidanza non spetta alcun potere discrezionale dovendo egli limitarsi a prenderne atto disponendo il rinvio del processo ad altra data, al di fuori dell'intervallo temporale intercorrente fra i due mesi precedenti la data presunta del parto ed i tre mesi successivi.

Fermo restando che, ai sensi dello stesso art. 420-ter, co. 5, c.p.p. “*tale disposizione non si applica se l'imputato è assistito da due difensori e l'impedimento riguarda uno dei medesimi ovvero quando il difensore impedito ha designato un sostituto o quando l'imputato chiede che si proceda in assenza del difensore impedito*” alcune notazioni si impongono.

In primo luogo, diversamente da quanto parallelamente disposto in sede civile, in ambito processuale penale il periodo di “maternità” non risulta equiparato, ai fini del legittimo impedimento, ai casi di genitorialità derivante da adozione e/o affidamento preadottivo non rinvenendosi a livello di enunciati normativi espressi una previsione analoga a quella inserita nell'art. 81-bis disp. att. c.p.c.

Deve tuttavia apprezzarsi la mancata previsione di termini e forme attraverso le quali il difensore debba far “risultare” l'impedimento.

Deve rimarcarsi, infine, come di recente sottolineato dalla S.C., la natura processuale della norma la cui applicabilità nei procedimenti in corso, in difetto di una specifica disposizione transitoria, è soggetta alla consueta regola del *tempus regit acutum* e non trova applicazione, ora per allora, nemmeno in sede di legittimità, qualora la specifica questione del rigetto della istanza di rinvio per legittimo impedimento formulata in fase di merito abbia formato oggetto di specifico motivo di ricorso⁸.

⁸ Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 2018, Tocco, sent. n. 26614 del 2018,