

RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO ALLA MATERNITA' PER LE AVVOCATE LEGITTIMO IMPEDIMENTO NEL PROCESSO

RATIO LEGIS

Il tema in discussione nasce dall'esigenza di colmare una lacuna normativa venutasi a creare perché al legislatore è sfuggita la tutela della donna libero professionista : al fondo della lacuna quello sterile e comune modo di pensare (id est fatalistico) per cui le difficoltà connesse alla maternità che può incontrare l'avvocata, e più in generale la libera professionista, sono inevitabili conseguenze di una scelta di campo.

Tale situazione è stata affrontata per alcuni Tribunali, dai Comitati Pari Opportunità che sono riusciti a siglare con gli Uffici Giudiziari dei protocolli d'intesa sul "riconoscimento del legittimo impedimento " con l'obiettivo di realizzare l'uguaglianza di genere " *de iure* " e " *de facto* " attraverso prassi virtuose volte a tutelare pienamente la condizione di maternità e genitorialità per le avvocate.

L'adozione dei suddetti protocolli ed anche l'impegno di quegli Operatori del Settore più sensibili al tema, hanno purtroppo avuto poca incidenza sulle " decisioni" ed infatti il panorama giurisprudenziale della Corte di Cassazione evidenzia significative pronunce che affermano l'insussistenza del "legittimo impedimento", vuoi facendo leva alla figura del sostituto processuale ed alla presenza di altri avvocati nello studio del difensore, vuoi alla valutazione discrezionale del Giudice della " gravità" dell'impedimento.

Di qui l'esigenza di disciplinare la materia temperando la tutela del diritto alla maternità all'esigenza "*di garantire l'esercizio della difesa in ogni stato e grado di qualunque procedimento e davanti a qualunque magistratura*" (Assemblea Costituente seduta 15 aprile 1947 commento art. 24 Cost.).

E' opportuno *in primis* sottolineare un principio fondamentale: la tutela del diritto alla maternità è espressione della tutela del diritto del bambino ed alle sue esigenze fisiologiche, relazionali ed affettive collegate allo sviluppo della sua personalità: dunque il legislatore deve intervenire per assicurare un'effettiva tutela " genitoriale" che, nell'ottica di una realtà paritaria tra uomini e donne nell'esercizio della professione forense, risponda anche ad una concreta politica del tema della conciliazione tra vita professionale e vita familiare.

La presente proposta suggerisce pertanto di prevedere, quale causa di legittimo impedimento dell'avvocata, il periodo di maternità (per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi) e il periodo di malattia per i figli fino ad otto anni di vita.

Altro tema centrale della proposta in commento è ovviamente il diritto di difesa (art. 24 Cost) che non può prescindere dal principio della personalità della prestazione professionale, principio che vale soprattutto nell'attività di udienza e che non può essere *sic et simpliciter* demandato a sostituti, benchè istruiti, perché tra la “ parte” e il “sostituto” non esiste alcun rapporto.

La difesa tecnica di un cittadino nel processo in generale non può subire contrazioni che non dipendono dalla sua volontà, perché il cittadino a “ quel” professionista si è affidato.

Nell'ambito del processo penale si è tenuto conto non solo della *vexata quaestio* sui termini di prescrizione, ma anche di quella relativa ai termini di custodia cautelare, dando ovviamente priorità alla “ volontà” dell'imputato sottoposto a custodia cautelare: si è previsto, infatti, l'obbligo per il difensore di informare il proprio assistito delle conseguenze dell'eventuale accoglimento dell'istanza sotto il profilo della sospensione del termine di durata della misura relativo alla fase in cui si trova il procedimento e che l'impedimento sarà ritenuto legittimo solo in caso di consenso dell'imputato stesso.

In definitiva si è tenuto conto di tutte le specifiche esigenze di carattere processuali al fine di confutare da subito quel diffuso, ma infondato, timore che il riconoscimento del “ legittimo impedimento” si traduca nell'esercizio “ dell'illegittimo abuso di istanze di rinvio pretestuose”!

Come sempre, al fondo delle cose, il problema è dare rilevanza a valori condivisi in un contesto di reciproca fiducia degli Operatori di Giustizia.

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

In linea generale si osserva che la disamina che ci si accinge ad affrontare dell'attuale disciplina normativa evidenzia uno squilibrio nella relazione tra lavoratori dipendenti e autonomi: è sufficiente sul punto richiamare la definizione fornita dalla Legge in apertura del D. Lgs. n. 151/2001 sulla tutela della maternità e paternità, che definisce (art. 2 lettera e) “lavoratore e lavoratrice i dipendenti, compresi quelli con contratto di apprendistato, di amministrazioni pubbliche, di privati datori di lavoro nonché i soci lavoratori di cooperative”.

Al fine di inquadrare il tema relativo al riconoscimento del legittimo impedimento a tutela del diritto alla maternità per le avvocate, si impone una corretta individuazione del dettato normativo (nazionale e comunitario) di riferimento, a partire dal dettato costituzionale:

- a) Il diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost. in quanto espressione della duplice garanzia di poter far valere in giudizio le proprie ragioni e di avere diritto alla assistenza legale, e il correlativo principio del giusto processo di cui all'111 Cost.
- b) Il principio di uguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3 che trova realizzazione nel prevenire e scongiurare la possibilità di discriminazioni e disuguaglianze anche sul piano del diritto al lavoro. In questo senso va letto l'art. 37 Cost. che impone di assicurare alla donna lavoratrice quelle condizioni di lavoro che consentano l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale ed adeguata protezione; nello stesso senso va interpretato l'art. 51 Cost. nella parte in cui è stata inserita una copertura costituzionale al fine di garantire le pari opportunità tra uomini e donne.
- c) Le norme comunitarie (cfr. Direttiva 76/207/CE come modificata dalla Direttiva 2002/73/CE – Direttiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo e Consiglio di stato del 5 luglio 2006) laddove sanciscono che la parità tra uomini e donne è un principio fondamentale del diritto comunitario, ai sensi dell'art. 2 e art. 3 paragrafo 2 del Trattato che ha istituito la Comunità Europea, tanto da assurgere a “compito” e “ obiettivo” concreto dell'attività della stessa Comunità, come testimoniato anche dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia.
- d) In Italia si è recepita la volontà normativa a livello europeo nel T.U. per la Tutela e sostegno della maternità e paternità emanato con D. Lgs. 26/3/2001 n. 151 (modificato con il d. Lgs. 23/4/2003 n. 115) che ha improntato la tutela al principio di un'effettiva parità di ruoli all'interno della famiglia.

- e) Il “ Codice delle pari opportunità tra uomo e donna” di cui al D.Lgs 11 aprile 2006 n. 198 nel testo coordinato con le modifiche introdotte dal D. Lgs. 25 gennaio 2010 n. 5 (Attuazione della direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.)

La lettura del Codice Pari Opportunità tra Uomo e Donna evidenzia in maniera più eclatante il silenzio del legislatore poiché nessuna norma ivi codificata richiama il Diritto alle Pari Opportunità nelle libere professioni.

Le avvocate dunque (in verità tutte le libere professioniste) possono solo far riferimento ad un quadro normativo Italiano carente di una tutela articolata e codificata delle Pari Opportunità nelle libere professioni.

Di qui l'esigenza di riempire un vuoto legislativo ed ottenere una riforma che regolamenti le esigenze delle avvocate in maternità.

PROPOSTA DI LEGGE

CODICE PROCEDURA PENALE

Articolo 420 ter cpc

Si propone di modificare il quinto comma:

5) Il giudice provvede a norma del comma 1 nel caso di assenza del difensore quando risulta che l'assenza stessa è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, comunicato, senza indugio, anche a mezzo PEC in cancelleria. Tale disposizione non si applica se l'imputato è assistito da due difensori e il difensore non impedito sia iscritto all'albo degli avvocati della Circoscrizione del Tribunale ove pende il giudizio o quando l'imputato chiede che si proceda in assenza del difensore impedito.

Si propone di aggiungere i seguenti commi:

6) Costituisce legittimo impedimento dell'avvocata il periodo di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi. Il Giudice, nel fissare l'udienza di rinvio, deve tener conto della scadenza naturale del legittimo impedimento.

7) Costituisce legittimo impedimento del difensore anche la malattia per figli fino ad otto anni di vita, purchè lo stato di malattia sia certificato dal medico curante o dall'Autorità Sanitaria competente e comunicato, senza indugi, anche a mezzo PEC in cancelleria, Il Giudice, nel differire l'udienza, dovrà tener conto esclusivamente dei giorni della malattia.

8) Le disposizioni di cui a commi 6 e 7 non si applicano se l'imputato è assistito da due difensori e il difensore non impedito sia iscritto all'Albo degli Avvocati nella Circoscrizione del Tribunale ove pende il giudizio o quando l'imputato chiede che si proceda in assenza del difensore impedito.

9) Per i periodi di impedimento di cui ai commi 6 e 7 resta sospeso il corso della prescrizione in deroga all'art. 159 primo comma n.3 e i termini di custodia cautelare di cui all'art. 303 c.p.p.

10) Nei procedimenti penali con imputati sottoposti a custodia cautelare il difensore, prima di richiedere il rinvio dell'udienza, ai sensi dell'art. 304 c.p.p. deve informare l'imputato delle conseguenze dell'eventuale accoglimento dell'istanza sotto il profilo della sospensione del termine di durata della misura relativo alla fase in cui si trova il procedimento e l'impedimento sarà legittimo solo in caso di consenso dell'imputato stesso.

CODICE PROCEDURA CIVILE

Libro I capo II “ dei difensori”

Si propone di aggiungere il seguente articolo:

Art. 84 bis Legittimo Impedimento del difensore

Il Giudice, su istanza del difensore che attesti di essere legittimamente impedimento a comparire in udienza, con ordinanza rinvia, anche di ufficio, ad altra udienza. Tale disposizione non si applica nell'ipotesi in cui risulti nominato un altro difensore iscritto all'albo degli avvocati della Circoscrizione del Tribunale ove pende il giudizio.

Costituisce legittimo impedimento della donna avvocato il periodo di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi, nonché la malattia per figli fino ad otto anni di vita, purchè lo stato di malattia sia certificato dal medico curante ovvero dall'Autorità Sanitaria competente e sia comunicato, senza indugio, anche a mezzo PEC in cancelleria.

DISPOSIZIONI PER L'ATTUAZIONE DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

All'art. 115 “ Rinvio della discussione” sono aggiunti i seguenti commi:

3) *Il Collegio rinvia la discussione della causa con ordinanza, anche di ufficio, su istanza del difensore che attesti di essere legittimamente impedito. Tale disposizione non si applica se risulti nominato un altro difensore iscritto all'albo degli avvocati della Circoscrizione del Tribunale ove pende il Giudizio.*

4) Costituisce legittimo impedimento dell'avvocata il periodo di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi, nonché la malattia per figli fino ad otto anni di vita, purchè lo stato di malattia sia certificato dal medico curante ovvero dall'Autorità Sanitaria competente e sia comunicato, senza indugio, anche a mezzo PEC in cancelleria.