

Milano, 7 novembre 2019

Tematiche relative al legittimo impedimento

Giorgio Treglia

Una premessa ...

«La donna, in generale, è fatua, è leggera, è superficiale, emotiva, passionale, impulsiva, testardetta anzichenò, approssimativa sempre, negata quasi sempre alla logica, dominata dal «pietismo», che non è la «pietà»; e quindi inadatta a valutare obbiettivamente, serenamente, saggiamente, nella loro portata, i delitti e i delinquenti» (Così, letteralmente, E. Ranelletti, La donna giudice, ovvero la Grazia contro la Giustizia», Milano Giuffrè, 1957).

Oggi: «E' ora di lavorare per creare un welfare che permetta di archiviare alcune norme ormai datate per sostituirle con un sistema di supporto forte che permetta alle donne di partire ad armi pari nel mercato del lavoro» (T. Biagioni, in I nostri primi dieci anni, Quaderno del CPO, 2016, p. X)

Una definizione di legittimo impedimento in generale

Il legittimo impedimento, per quel che attiene l'avvocato, è un istituto tipico del diritto processuale, che permette di rinviare una udienza, qualora il difensore non possa presenziarvi per caso fortuito o per forza maggiore. L'accettazione o meno del legittimo impedimento è a discrezione del giudice incaricato del processo.

La legge 205 del 2017 nel processo civile

La legge 27 dicembre 2017, n. 205, entrata in vigore il 1° gennaio 2018, è intervenuta a codificare il legittimo impedimento, modificando, innanzitutto l'art. 81 bis disp. att. c.p.c. ed imponendo un diverso calendario del processo

- In caso di gravidanza, nel periodo compreso fra i 2 mesi antecedenti la data presunta del parto ed i 3 successivi
- In caso di adozione nazionale e internazionale
- In caso di affidamento del minore

... e in quello penale

La stessa norma è quella che ha mutato l'art. 420 *ter* c.p.p., introducendo un 5° comma bis, per il quale il difensore, che abbia comunicato prontamente lo stato di gravidanza, si ritiene legittimamente impedito a comparire nei 2 mesi precedenti la gravidanza e nei due successivi.

Dunque, in questo caso, il legittimo impedimento opera per legge.

La giurisprudenza in generale

Innanzitutto, il giudice valuta discrezionalmente se l'impedimento sia o meno legittimo secondo il proprio libero convincimento; può disattendere la prognosi contenuta in un certificato medico, in base alle regole di esperienza (Cass. pen. 23.3.2018, n. 26614).

È stato dichiarato legittimo il provvedimento con cui il giudice aveva rigettato l'istanza di rinvio dell'udienza, per impedimento del difensore ad essere presente, documentata da un certificato medico che si era limitato ad attestare la patologia sofferta e ad indicare una prognosi di alcuni giorni senza però precisare il grado di intensità di tale patologia e la sua attitudine a determinare l'impossibilità del difensore a lasciare la propria abitazione. (Cass. pen., sez. V , 25.2.2019 , n. 26046)

... e sulla gravidanza in particolare

Una avvocata al nono mese di gravidanza si era vista negare il differimento di udienza.

La S.C., pur intervenuta prima dell'entrata in vigore della Legge 205, ha dichiarato la nullità integrale dei precedenti gradi di giudizio affermando che il rigetto dell'istanza di differimento, pronunciato dal giudice di merito, aveva provocato una lesione gravissima del diritto di difesa (Cass. 18 dicembre 2018, n. 56970)

... segue

In sostanza la S.C. scriveva che l'art. 420 *ter* c.p.p., pur non avendo valore retroattivo, nel caso di specie, ha codificato, anche a seguito di numerosi e risalenti protocolli di intesa tra Consigli dell'Ordine e le corrispondenti Autorità, un sistema di tutela, in linea con il diritto di difesa e con il principio di uguaglianza sostanziale previsto dall'art. 3 Cost.

I protocolli di intesa

Particolarmente meritevole è stata l'attività del CPO in questi anni, anche per avere dato vita ad una serie di protocolli che vanno visti, sia pur brevemente.

Si è, infatti, sentita l'esigenza di una regolamentazione più sostenuta e più incisiva, rispetto alle norme programmatiche contenute nei vari codici di rito ed anche nelle leggi speciali

Il protocollo a tutela delle genitorialità del 2011

È un protocollo d'intesa, del 1° giugno 2011, sottoscritto fra i più importanti uffici giudiziari ed il Comitato Pari Opportunità presso il Consiglio Giudiziario e presso il Consiglio dell'Ordine di Milano, con il Consiglio dell'Ordine stesso e con la Camera Penale di Milano.

In esso è fatto riferimento non solo ad una tutela effettiva della maternità e paternità, ma si enfatizza: 1) la ricerca di una reale parità fra uomo e donna nell'organizzazione delle attività giudiziarie e nell'esercizio della vita professionale e familiare; 2) la conciliazione fra vita professionale e familiare; 3) la necessità di applicazione della normativa antidiscriminatoria; 4) il promovimento di condotte ed atteggiamenti funzionali alla tutela della gravidanza, della maternità e paternità e dei connessi principi di parità.

L'attuazione del protocollo

E, dunque:

- È indicato, quale motivo di rinvio dell'udienza o di trattazione ad orario specifico, lo stato di gravidanza e delle gravi necessità dei figli nei primi 3 anni di vita
- È prevista la necessità che il giudice tenga conto dello stato di gravidanza della donna e del periodo corrispondente al congedo per maternità stabilito dal d. lgs. 151/2001 nel fissare le udienze e nel disporre i rinvii
- È prevista la necessità che, ugualmente, il giudice consideri, quale motivo di rinvio dell'udienza o la trattazione ad orario specifico, le gravi necessità dei figli fino a tre anni di età o il periodo di allattamento
- Il giudice e gli avvocati concederanno la precedenza ai processi in cui il difensore è in istato di gravidanza o puerperio
- Le cancellerie e gli avvocati daranno la precedenza, per gli stessi motivi visti sopra; concederanno al precedenza al difensore, alla praticante ed alla delegata in istato di gravidanza o se vi siano altre ragioni urgenti (allattamento, cura della prole, altre gravi necessità).

Attuazione nel processo penale

Nel processo penale, con imputati sottoposti a custodia cautelare, il difensore potrà, nei casi appena visti, chiedere un differimento dell'udienza; tuttavia dovrà 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.

Nei procedimenti relativi a misure di prevenzione e sorveglianza e in quelli che presentano ragioni di particolare celerità, l'eventuale rinvio dell'udienza dovrà tenere conto «di ogni altro interesse confliggente e dei relativi termini processuali».

Il protocollo del 2018

Un ulteriore importante protocollo ha visto la luce il 29 maggio del 2018 e si pone come sostitutivo del precedente di cui recepisce i principi generali e diventa una linea guida che le parti (gli uffici giudiziari, il CPO e l'Ordine) si impegnano a promuovere e divulgare ad ogni livello di competenza per favorirne l'adozione.

Qui sono rimarcati alcuni principi quali il fatto che il giudice, nel processo penale, debba tener conto dello stato di gravidanza, avvenuta adozione o affido, della donna avvocato e del periodo di congedo per maternità. E ciò per la fissazione delle udienze, per la determinazione del calendario del processo.

... segue

Naturalmente i predetti provvedimenti non possono pregiudicare la trattazione dei procedimenti nei confronti di detenuti o di imputati sottoposti a misure personali cautelari.

Anche le condizioni allattamento o gravi necessità dei figli, nei primi 3 anni di vita, costituiscono motivo di rinvio dell'udienza o di differimento ad orario specifico, se il genitore avvocato ne abbia cura prevalente.

E', infine prevista la precedenza a favore del difensore in stato di gravidanza o puerperio.

Il protocollo sostituisce quello del 2011 e si propone come linea guida da divulgare ed adottare ad ogni livello di competenza.

Il protocollo dell'8 giugno 2017 fra CPO ed Ordine

E' qui rimarcato il principio di parità di accesso alla professione e, in particolare:

- l'osservanza di principi di opportunità e non discriminazione nella corrispondenza e nel linguaggio
- Il contemperamento di esigenze di vita, con riguardo alla genitorialità ed alle cure familiari, con privilegio delle comunicazioni a distanza
- È richiamato l'art. 40 del CDF e l'art. 41 della L. 247/2012, in relazione al principio di parità e non discriminazione
- E' sancita la parità di crescita professionale ex art. 39 CDF e l'uso di criteri trasparenti nella progressione di carriera

... segue

- È prevista l'incentivazione di ogni forma di organizzazione del lavoro per conciliare l'attività professionali e le cure familiari
- È previsto che i principi del CDF siano «attuativi del rispetto delle pari opportunità e della non discriminazione»

Esonero di crediti formativi

Con delibera del Consiglio dell'Ordine del 1° febbraio 2018 è stato riconosciuto l'esonero di ulteriori 3 crediti formativi, in aggiunta ai dieci crediti già previsti dalla precedente circolare del 13 luglio 2016.

CNF e Dipartimento Pari Opportunità

Da ricordare il protocollo di intesa siglato ed avente ad oggetto, in modo particolare:

- l'offerta di sostegno all'individuazione di azioni positive per favorire lo sviluppo delle pari opportunità nell'attività forense
- Il favorire il confronto, lo scambio e la divulgazione delle conoscenze in materia di pari opportunità
- La collaborazione per l'individuazione di campi di intervento nuovi e diversi rispetto a quelli convenuti

Il protocollo per le sostituzioni di udienza adottato da CPO e Ordine

Anche in questo caso, il protocollo viene incontro alle esigenze di realizzazione delle pari opportunità e si colloca anche come sistema per ovviare alle eventuali criticità derivanti da momenti di difficoltà lavorativa.

Infatti è prevista:

- l'istituzione di un elenco di avvocati - che non abbiano più di 40 anni e che non abbiano subito sanzioni disciplinari - che si pongano a disposizione quali sostituti di udienza e che dichiarino di essere in grado di trattare una o più specificate materie

... segue

- La eventuale disponibilità a recarsi fuori del circondario del Foro di Milano
- La possibilità di fruizione del servizio da parte di qualunque iscritto a qualunque Ordine professionale dell'Avvocatura
- L'obbligo per il sostituto di presenziare all'udienza, pena la cancellazione dall'elenco e l'eventuale segnalazione all'Ordine
- Obbligo di retribuzione a favore del sostituto da parte del collega richiedente la sostituzione, in base ad una tabella

Un cenno alle attività processuali

L'art. 28 della L. 150/2011 prevede che le controversie in materia di discriminazione siano regolate dal rito sommario di cognizione (art. 702 *bis* e segg. c.p.c.).

Importante il comma 4 riferito alla prova del fatto discriminante ed al suo assolvimento

Codice etico

Potrebbe essere opportuno che ogni studio legale predisponesse un codice etico – da adottare all'interno dello studio stesso - ove siano rimarcati i principi di parità, quelli che regolano il legittimo impedimento e, se è consentito, qualche regola di buona educazione di cui qualche volta sembra che si difetti...

**Grazie per la pazienza con
cui mi avete ascoltato**