

## Tutela della gravidanza e principi costituzionali. Il caso del legittimo impedimento dell'avvocato.

Saverio F. Regasto  
Università degli Studi di Brescia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione Penale, n. 919/2018, depositata il 12 gennaio 2018. - 3. Le novità processuali introdotte dall'art. 1, commi 465 e 466, della legge n. 205/2017 in tema di legittimo impedimento per maternità del difensore. – 4. Il decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151. – 5. La decisione della Corte Costituzionale n. 385/2005.

### 1. Premessa.

Il decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, rubricato “*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*”, è stato oggetto nel tempo di ripetute modifiche <sup>(1)</sup>. Tale normativa prende in considerazione sia i figli naturali, sia i casi di adozione e di affidamento nazionale e internazionale anche preadottivo.

Nonostante l'esistenza della richiamata specifica disciplina, che estende tipicamente il proprio contenuto anche alle ipotesi di lavoro autonomo e di libera professione in aggiunta a quella di lavoro subordinato, il sistema della giustizia ha convissuto per molti anni con una falla all'interno della normativa processuale penale e civile laddove, sino all'entrata in vigore della legge n. 205 del 27 dicembre 2017, non era previsto per il difensore il diritto al rinvio di udienza per esigenze legate alla maternità-paternità.

Sul punto, si rende tuttavia necessario segnalare come il legislatore del 2017 abbia inopinatamente tralasciato di prendere in considerazione i pari diritti del padre-avvocato, come invece disciplinati dal decreto legislativo n. 151/2001, facendo espresso riferimento solo alla madre-avvocato in palese violazione delle plurime norme di rango costituzionale di cui *infra*.

Nelle aule dei palazzi di giustizia gli avvocati hanno dunque dovuto confrontarsi negli anni con il distacco adottato dalla magistratura verso il loro *status* di padre e di madre a causa della mancanza di norme rituali *ad hoc*.

Simile omissione ha peraltro motivato una copiosa giurisprudenza, forgiata dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione, quale fonte impiegata dalla magistratura per il rigetto ovvero per l'accoglimento di istanze di rinvio di udienza - per legittimo impedimento dovuto a condizioni di maternità-paternità - formulate dagli avvocati nell'ambito di processi penali e civili.

L'intervento del legislatore del 2017 ha quindi fornito una prima positiva risposta, seppure in maniera ingiustificatamente incompleta sotto svariati profili, alle esigenze reclamate dalle madri-avvocato le quali sono oggi legittimate a pretendere l'applicazione di una norma in luogo di passate richieste “di cortesia” che, ahimè, sono rimaste e rimangono tutt'oggi inaudite se invocate dai padri-avvocato.

Sul punto, il passaggio dal vecchio al nuovo calendario del processo civile e penale è stato interessato dall'adozione, in numerosi Consigli Giudiziari, di protocolli di intesa volti a tenere conto dell'esigenza di conciliare la professione forense con la famiglia sia nella gestione delle udienze che nell'organizzazione delle attività giudiziarie e dei relativi servizi amministrativi. Nondimeno, la mancata diffusione a livello nazionale dei menzionati protocolli e la natura giuridica non vincolante degli stessi ha reso necessario l'intervento normativo in parola.

La celebrazione dei processi penali e civili nel periodo precedente alla entrata in vigore della legge n. 205/2017 è stata dunque oggetto di critica laddove si è tradotta in una palese limitazione professionale per le madri e per i padri avvocato durante i periodi e nei casi normati dal decreto legislativo n. 151/2001, nonché in una reale e concreta violazione del diritto di difesa inteso sia dal punto di vista dell'assistito sia da quello del difensore.

---

(<sup>1</sup>) Cfr., in ultimo, il d. lgs. n. 80 del 15 giugno 2015 e la legge n. 81 del 22.05.2017.

Nonostante la suddetta critica abbia assunto materialmente le vesti di specifiche questioni di legittimità costituzionale in ordine a norme processuali ovvero contenute nel decreto legislativo n. 151/2001 in riferimento anche all'art. 3 della Costituzione, oggi, ossia nell'epoca successiva all'entrata in vigore della legge n. 205/2017, persiste una lacuna processuale che non permette la tutela della genitorialità in capo al padre-avvocato in seno allo svolgimento della professione.

La menzionata lacuna non vive peraltro solitaria ove il legislatore omette *in toto* - in campo penale <sup>(2)</sup> - di considerare le ipotesi di adozione e di affidamento che, di contro, vengono invece valutate in sede civile <sup>(3)</sup> seppure sempre in riferimento alla sola madre-avvocato.

In ragione di tali riflessioni è opportuno evidenziare che se lo scopo della legge in commento deve essere rivolto alla garanzia delle <pari opportunità> degli avvocati tutti, in considerazione della tutela di cui godono gli uomini e le donne che a vario titolo concorrono all'esercizio e al buon funzionamento della giurisdizione, il legislatore del 2017 non ha attuato indistintamente i principi d'interesse enunciati dalla Costituzione. Tanto è non solo in riferimento all'uguaglianza fra uomo e donna in tema di tutela della <genitorialità> nell'ambito professionale, bensì anche in relazione alla <maternità> e al <diritto di difesa> che meritano un'indifferenziata tutela in capo alla madre-avvocato sia dell'imputato che della parte civile, ovvero, in ambito della giustizia civile, dell'attore, del convenuto, del terzo chiamato e dell'interveniente.

In buona sostanza, la disciplina omnicomprensiva della <genitorialità> deve essere necessariamente recepita nel processo quale istituto meritevole di tutela *sui generis*, indipendentemente dal sesso e dal ruolo difensivo assunto dall'avvocato. In quest'ottica, e solo con tale intendimento, i relativi precetti costituzionali perpetrano la loro reale e concreta attuazione nel nostro ordinamento <sup>4</sup>.

## 2. La Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione Penale, n. 919/2018, depositata il 12 gennaio 2018.

Con la Sentenza in commento, in applicazione della normativa antecedente alla entrata in vigore della legge n. 205/2017, la Suprema Corte espone il proprio orientamento in merito al noto quesito se la gravidanza dell'avvocata costituisca legittimo impedimento idoneo ai fini della concessione del rinvio di udienza nell'ambito del processo penale.

Nel caso *de quo* il difensore dell'imputato, una donna in stato di gravidanza con complicanze la cui istanza di rinvio d'udienza fu respinta dalla Corte d'Appello di Milano, ha adito la Corte di Cassazione al fine di chiedere l'annullamento del provvedimento impugnato per la violazione di una serie di norme, fra cui gli articoli 2, 3 e 24 della Costituzione, l'art. 420-ter, quinto comma, cod. proc. pen. e il decreto legislativo n. 151/2001, nonché per il mancato rispetto del Protocollo d'intesa degli uffici giudiziari di Milano <sup>(5)</sup> e della Sentenza della Corte Costituzionale n. 385/2005 <sup>(6)</sup>.

Fra le proprie considerazioni in diritto la Suprema Corte ritiene che “*lo stato di gravidanza, pur potendo costituire un legittimo impedimento, non comporta il venire meno delle ulteriori condizioni normalmente richieste dalla giurisprudenza affinché possa essere riconosciuta come tale, onde il difensore rimane tenuto non solo a comunicare tempestivamente e a documentare adeguatamente le ragioni che ne impediscono la presenza all'udienza, ma anche ad accompagnare tale comunicazione con la puntuale esposizione dei motivi per i quali non può avvalersi di un sostituto processuale*”<sup>(7)</sup>. Secondo i giudici della Corte, dunque, la gravidanza dell'avvocata dell'imputato non rientrerebbe in una ipotesi di legittimo impedimento in quanto, per sua natura, non integra un evento di salute imprevedibile.

(2) Art. 420-ter, comma 5-bis, cod. proc. pen.

(3) Art. 81-bis, terzo comma, disp. att. cod. proc. civ.

(4) L. CASSETTI, “*Commentario alla Costituzione*”, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, UTET, Torino, 2006; M. LUCIANI, “*La protezione della maternità davanti alla Corte. Brevi note sulla Sent. n. 405 del 2001*”, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 3916 ss.

(5) Secondo il Protocollo *cit.* “*il giudice, nel fissare le udienze e disporre i rinvii, terrà conto dello stato di gravidanza dell'avvocato e del periodo corrispondente al congedo per maternità stabilito in particolare dal d. lgs. n. 151/2001 e successive modifiche*”.

(6) Con la menzionata pronuncia la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 70 e 72 del decreto legislativo n. 151 del 26 marzo 2001 nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità - dunque anche il relativo congedo - attribuita solo a quest'ultima.

(7) La Corte di Cassazione, con la Sentenza in parola, si è dunque conformata al proprio precedente orientamento espresso a Sezioni Unite con la Sentenza n. 41432 del 21 luglio 2016.

A sostegno di tale considerazione la Suprema Corte fa rinvio ad una propria precedente decisione pronunciata a Sezioni Unite <sup>(8)</sup> del seguente tenore “*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*”.

L’anzidetto richiamo, unito all’invocazione della tutela costituzionale del principio della ragionevole durata del processo, ha motivato la dichiarazione di inammissibilità del ricorso in commento in quanto, secondo il dettato del Supremo Consesso, “*il legittimo impedimento, se è prevedibile, non può ragionevolmente <frenare> la sequenza processuale con evidente lesione della ragionevole durata del processo che è valore paritario con ogni valore che possa essere insito nel diritto alla maternità di una professionista*”.

La pronuncia in commento si segnala per il palese errore in cui è incorsa la Corte di Cassazione in merito alla qualificazione giuridica dello stato di gravidanza e che ha all’evidenza causato una decisione che si presta ad una fondata critica. La gravidanza, quale condizione biologica della donna, non è infatti assimilabile alla malattia, quale alterazione del corpo, e per ciò deve prescindere da una valutazione in punto di prevedibilità costituendo la stessa una ipotesi del tutto autonoma.

Tale ovvia e nota distinzione avrebbe quindi dovuto indurre la Corte a concludere per l’accoglimento del ricorso data l’impossibilità, nella fattispecie sottoposta al suo esame, di imporre all’avvocata in gravidanza di nominare un sostituto.

Il preteso accoglimento avrebbe peraltro trovato spazio anche in applicazione del decreto legislativo n. 151/2001 e della Sentenza della Corte Costituzionale n. 385/2005 per le ragioni che a seguire saranno oggetto di un breve commento.

In ultima battuta vale la pena di evidenziare come l’ora criticata Sentenza risulti oggi superata in campo penale anche laddove il giudice di legittimità, al fine di elevare la gravidanza quale causa di legittimo impedimento, ha ritenuto essere necessaria non solo la comunicazione di detto *status* ma anche il deposito di una adeguata documentazione delle ragioni che avrebbero impedito la presenza in udienza dell’avvocata; ebbene, il comma 5-*bis* dell’art. 420-*ter* cod. proc. pen., come introdotto dalla legge n. 205/2017, prevede espressamente che solo la “*pronta comunicazione*” dello stato di gravidanza sia idonea ad integrare l’ipotesi in commento.

3. *Le novità processuali introdotte dall’art. 1, commi 465 e 466, della legge n. 205/2017 in tema di legittimo impedimento per maternità del difensore.*

La legge n. 205/2017, in vigore dal 1° gennaio 2018, introduce nel processo civile e nel processo penale la specifica disciplina dello *status* di gravidanza della donna-avvocato e dei casi di adozione e di affidamento in capo a quest’ultima.

Nello specifico, seppur ad integrazione di istituti naturalmente differenti in ragione della tipologia del processo preso in considerazione, il legislatore introduce le anzidette ipotesi di gravidanza, di adozione e di affidamento fra i motivi idonei a giustificare un legittimo slittamento dei tempi della giustizia su istanza di parte, *rectius* della sola avvocata. Segnatamente, il “nuovo” comma terzo dell’art. 81-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile <sup>(9)</sup> inserisce sul punto una ragione di regolamentazione del “*calendario del processo*” ovvero “*della proroga dei termini in esso previsti*”, mentre il “nuovo” comma 5-*bis* dell’art. 420-*ter* del codice di procedura penale <sup>(10)</sup> prevede una ulteriore ipotesi di “*legittimo impedimento*”.

Dalla messa a confronto delle suddette norme emerge *ictu oculi* una tripla carenza di tutela: la prima a discapito del padre-avvocato - sia nel processo civile che in quello penale - per la mancata

---

<sup>(8)</sup> Cass. Pen., Sezioni Unite, n. 41432 del 21 luglio 2016, *cit.*

<sup>(9)</sup> Ibidem, <Calendario del processo> “*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 del testo unico 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*”.

<sup>(10)</sup> Ibidem, <Impedimento a comparire dell’imputato o del difensore> “*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*”.

previsione in suo favore delle ipotesi di congedo di paternità (a tutela della genitorialità) ovvero di adozione e di affidamento nei casi già previsti *ex lege* <sup>(11)</sup>; la seconda a discapito della stessa madre-avvocato laddove - nel processo penale - non è prevista l'ipotesi di adozione e di affidamento quale causa di legittimo impedimento per il difensore dell'imputato; la terza a svantaggio della madre-avvocato, in qualità di difensore della parte civile nel processo penale, in capo alla quale il legislatore del 2017 ha omesso ingiustamente di tutelare lo *status* di gravidanza, in palese contrasto con i plurimi e noti principi dettati sul punto dalla nostra carta costituzionale, oltre alle ipotesi di adozione e di affidamento.

L'incongruenza dell'intervento legislativo nei due codici di rito è tanto più manifesta se si considera che l'esplicito richiamo alla disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 151/2001 è stato inopinatamente operato dal legislatore del 2017 solo in ordine al processo civile <sup>(12)</sup>.

Tale esplicita omissione, sfavorevole al processo penale, lascia tuttavia spazio ad una interpretazione che consenta - in pratica - di estendere anche in questa sede l'applicazione di quel decreto dal momento che il comma 5-*bis* dell'art. 420-*ter* cod. proc. pen. quantifica la durata del legittimo impedimento comprendendola nei "*due mesi precedenti la data presunta del parto e nei tre mesi successivi ad esso*" rinviando così implicitamente al citato decreto legislativo n. 151/2001. La logica adottata dal legislatore del 2017 nello stendere l'ora citato "nuovo" comma 5-*bis* dimostra che il menzionato decreto legislativo ha costituito il punto di partenza delle attuate integrazioni tanto in maniera esplicita quanto implicita.

Se così fosse, come pare sia e come è possibile sostenere, l'istituto del legittimo impedimento in ambito penale non è stato investito da una indubbia disciplina idonea a ricomprendervi in maniera chiara e precisa tutte le ipotesi connesse alla tutela della <genitorialità>.

A fronte della menzionata incertezza legislativa all'operatore del diritto non resta dunque che invocare la Costituzione, quale fonte primigenia, che insegna come i principi dettati in tema di <famiglia>, di <uguaglianza> e di <difesa> debbono essere sempre garantiti indipendentemente dal ruolo difensivo assunto dall'avvocato (per l'imputato o per la parte civile) ovvero a prescindere dal sesso del medesimo; con ciò seguendo il canone ermeneutico più volte propugnato dalla Corte Costituzionale secondo cui la norma va interpretata, in caso di diverse possibili letture, *secundum Constitutionem* <sup>(13)</sup>.

Certo è che, pur a fronte del recente intervento normativo auspicato da molto tempo anche dal Consiglio Nazionale Forense, simili lacune creano o lasciano persistere nel nostro ordinamento lo spazio ad innumerevoli questioni pratiche che, anziché trovare una definitiva risposta nel dettato della legge, rimangono ancorate ai differenti orientamenti delle Corti a svantaggio di quella nota certezza di cui il diritto è perennemente alla ricerca.

Se innumerevoli sono le ragioni di natura processuale che inducono a ritenere incostituzionale la mancata previsione del legittimo impedimento in capo al difensore della parte civile nel processo penale, come elencate e commentate nel primo capitolo della presente trattazione ed alle quali qui si fa rinvio, ad esse si deve ora aggiungere l'omessa regolamentazione dello *status* di gravidanza, ovvero delle ipotesi di adozione e di affidamento, anche in favore dell'avvocata della persona offesa divenuta parte nel processo.

Tale omissione incardina non solo una gravissima lacuna normativa ma rende pure pacificamente illegittimo il differente trattamento processuale imposto alla donna in gravidanza quale avvocato della parte civile rispetto a quello dettato in favore dell'avvocata dell'imputato la quale solamente può beneficiare della tutela connessa al proprio *status*. Lo stesso valga in punto di adozione e di affidamento, nonché in riferimento alle difese assunte dal padre-avvocato.

Come già detto, nella prima parte di questa stesura si è tentato di argomentare le svariate ragioni di stampo processuale a sostegno del riconoscimento del legittimo impedimento per <malattia> in capo anche al difensore della parte civile. L'intervento sul punto del legislatore del 2017 ha riguardato,

---

<sup>(11)</sup> Cfr. il decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità).

<sup>(12)</sup> Cfr. art. 81-*bis*, terzo comma, disp. att. cod. proc. civ.

<sup>(13)</sup> Secondo A. FALZEA, la *ratio constitutionis* costituirebbe addirittura l'autentica *ratio legis*.

invece, il differente caso della tutela della <maternità> ma senza estensione al concetto della <genitorialità>.

In riferimento a questo ultimo appunto chi scrive ritiene che, al fine di riconoscere il legittimo impedimento anche ai difensori (padre e madre) della parte civile, si debba necessariamente prescindere da ogni valutazione processuale in ordine sia alla posizione eventuale di quest'ultima e sia al carattere accessorio delle proprie domande posto che gli articoli 30 <sup>(14)</sup> e 31 <sup>(15)</sup> della Costituzione non si prestano affatto ad un raffronto con l'art. 111 *ibidem*.

La ragione di incostituzionalità della neo-norma processuale penale, laddove non prevede l'ipotesi di legittimo impedimento anche a favore dell'avvocata della parte civile in gravidanza (oltre ai casi di adozione e di affidamento), si ravvisa nell'omessa tutela della <maternità> quale istituto del tutto indipendente dalle regole del giusto processo. Un'identica argomentazione deve essere adottata a sostegno della pretesa incostituzionalità delle nuove norme introdotte in ciascuno dei due processi, quello penale e quello civile, dalla legge n. 205/2017 nella parte in cui non includono nella loro previsione la figura del padre-avvocato a tutela della <genitorialità>.

#### 4. Il decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151.

Il decreto indicato in epigrafe è meglio noto come “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53”. In esso il legislatore ha disciplinato tanto il congedo di maternità quanto il congedo di paternità, anche con riferimento alle ipotesi di adozione e di affidamento nazionale e internazionale; nonché, a favore di entrambi i genitori, il congedo parentale e i congedi per la malattia del figlio.

Di particolare interesse ai fini che qui ci occupano è la disciplina contenuta nel capo XII del citato testo normativo dedicata alla regolamentazione della materia *de quo* a vantaggio dei “*liberi professionisti*” tra i quali rientra sicuramente la categoria degli avvocati. Nell'esposizione sin qui stesa, si è ribadita più volte la necessità di proteggere anche la figura processuale del padre-avvocato, a prescindere dalla sede giurisdizionale nella quale egli presti la propria opera professionale. Ebbene, tra le ragioni dell'invocata necessità rientra di certo, oltre all'inevitabile rispetto dei dettami costituzionali sull'argomento, la conformità al decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 80 che ha trasformato la vecchia rubrica contenuta nel citato Testo Unico e intitolata “*libere professioniste*” nell'attuale di stampo generale. Ma v'è di più, dal momento che nemmeno può essere ignorata la parola della Consulta <sup>(16)</sup> laddove si è pronunciata in punto di legittimità costituzionale degli articoli 70 <sup>(17)</sup> e 72 <sup>(18)</sup> del decreto legislativo n. 151/2001 nella parte in cui non citano espressamente la figura paterna.

Segnatamente, con gli articoli 70 e 72 *cit.* il legislatore ha concesso i medesimi diritti della madre lavoratrice dipendente alla madre libera professionista; pari diritti sono stati poi estesi anche al padre in libera professione per il merito dell'ora menzionata decisione della Corte Costituzionale.

Il legislatore del 2017, con la legge n. 205, nel riconoscere i diritti dell'avvocata in gravidanza (quale libera professionista) nell'ambito del processo civile e penale ove la stessa abbia assunto la difesa, ha operato l'espresso richiamo al decreto legislativo n. 151/2001 - in punto di maternità ovvero di adozione e di affidamento - in riferimento alla sola giurisdizione civile. Tuttavia, analogo riferimento non è stato fatto, per lo meno in maniera esplicita come già più sopra illustrato, in ordine alla figura dell'avvocata operante nella differente giurisdizione penale, laddove peraltro viene esclusa da ogni forma di tutela l'avvocata in gravidanza della parte civile.

Ad un facile confronto fra le due normative, risulta dunque ingiustificato il lacunoso intervento del legislatore del 2017 rispetto a quello del 2001 ove quest'ultimo è volto *in primis* alla realizzazione della tutela della <famiglia>, della <madre>, del <nascituro e del neonato nei primi mesi di vita> e

---

<sup>(14)</sup> *Ibidem*, “E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio”.

<sup>(15)</sup> *Ibidem*, “La Repubblica ... protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”.

<sup>(16)</sup> Cfr. Corte Costituzionale, Sent. n. 385 dell'11-14 ottobre 2005 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 70 e 72 *cit.* nella parte in cui non prevede il principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima.

<sup>(17)</sup> *Ibidem*, “Indennità di maternità per le libere professioniste”.

<sup>(18)</sup> *Ibidem*, “Adozioni e affidamenti”.

della <genitorialità> quali noti principi costituzionali applicabili indistintamente ed a prescindere dalle specifiche circostanze di tecnica processuale.

Vale la pena di evidenziare come la Corte Costituzionale, con la Sentenza n. 3 pronunciata il 26 gennaio 1998, pur affermando che l'art. 37 della Costituzione “*attiene soltanto alla tutela del lavoro subordinato, restando del tutto estraneo al lavoro autonomo ed a quello dei liberi professionisti*” e pur riconoscendo la diversa posizione delle lavoratrici dipendenti “*soggette ad etero-direzione*” rispetto alle libero professioniste “*che possono scegliere liberamente le modalità di lavoro da conciliare con le esigenze professionali e con il prevalente interesse dei figli*”<sup>(19)</sup>, ha riconosciuto la necessità, in conformità al diritto alla <salute>, che venga tutelata “*la donna e il nascituro nel periodo cruciale per la salute del bambino*” e che “*la donna possa vivere questo delicato e fondamentale momento in piena serenità di modo che non vengano a frapporsi né ostacoli né remore alla gravidanza ed alla cura del bambino nel periodo del puerperio*” e che, dunque, anche “*la libero professionista non debba essere turbata da alcun pregiudizio alla sua attività professionale*”.

A ciò deve pertanto aggiungersi che, in attuazione dell'ulteriore principio costituzionale di <difesa> processuale, l'imputato ovvero la parte civile sono entrambi titolari del diritto di scegliere il proprio difensore e non debbono essere costretti a rinunciarvi qualora costui sia legittimamente impedito<sup>(20)</sup>. Sul punto sia concesso allo scrivente di rafforzare tale orientamento a vantaggio della parte civile rilevando come a quest'ultima non sia peraltro nemmeno concesso di beneficiare della difesa d'ufficio (!).

L'avvenuta tipizzazione della natura legittima dell'impedimento dell'avvocata in gravidanza rappresenta così l'attuazione di molteplici principi costituzionali altrimenti violati: l'art. 3 in quanto vi sarebbe una discriminazione della donna avvocato, l'art. 4 per il pregiudizio e la limitazione che si determinerebbe a discapito del diritto al lavoro della medesima, l'art. 24 per la palese violazione che graverebbe sul diritto di difesa della parte assistita dal difensore prescelto e sullo stesso difensore, l'art. 29 in punto di tutela della gravidanza e della maternità quali elementi connessi alla tutela della famiglia, l'art. 30 posto a tutela della genitorialità, l'art. 32 in ordine al diritto alla salute della madre, del nascituro e del neonato e l'art. 37 che tutela il diritto al lavoro ed alla serena maternità della lavoratrice donna anche libero professionista.

Risulta interessante segnalare a tale proposito la decisione favorevole emessa dalla Corte d'Appello di Firenze, I Sezione Penale, in data 6 febbraio 2013 che, nonostante di epoca pregressa rispetto all'entrata in vigore della legge n. 205/2017, motiva in maniera esaustiva le ragioni di opportunità che hanno originato il suddetto intervento normativo. Il caso ha ad oggetto l'avvenuta proposizione al Tribunale di un'istanza di rinvio dell'udienza preliminare corroborata dalla certificazione di parto avvenuto venticinque giorni prima rispetto alla predetta. Il giudice per l'udienza preliminare ebbe tuttavia a respingere tale domanda motivando che “*il certificato sottoscritto dall'ostetrica non documentava un assoluto impedimento a comparire (dell'avvocata) essendo il parto avvenuto venticinque giorni prima e non risultando né essendo state addotte complicazioni per la medesima né altre situazioni che le precludessero la partecipazione all'udienza preliminare*”; veniva così celebrata l'udienza con la presenza di un difensore nominato ai sensi dell'art. 97, quarto comma, cod. proc. pen.

Ebbene, la Corte d'Appello ha ritenuto di accogliere la proposta impugnazione sul punto in quanto l'istanza in commento risultava essere debitamente documentata, nonché “*rilevante in base al protocollo d'intesa all'epoca vigente nell'ufficio giudiziario di Pistoia, richiamante la normativa di cui al decreto legislativo n. 151/2001 sulla tutela della maternità il cui art. 16 proibisce di adibire al lavoro la donna durante i tre mesi dopo il parto, donna che è onerata di presentare entro trenta giorni dal parto il certificato di nascita del figlio (art. 21, secondo comma)*”.

---

<sup>(19)</sup> Ibidem, “*mentre infatti, per le lavoratrici dipendenti, soggette ad una etero-direzione della loro attività, la legge ha dovuto imporre ai datori di lavoro di impegnare le gestanti negli ultimi due mesi di gravidanza e nei tre mesi successivi al parto, il diverso sistema di autogestione dell'attività consente alle donne professioniste di scegliere liberamente modalità di lavoro tali da conciliare le esigenze professionali con il prevalente interesse del figlio*”. Cfr. anche Corte Cost., Sent. n. 150/1994 e Sent. n. 181/1993 secondo cui “*non mancano certo delle differenze tra le lavoratrici subordinate e quelle autonome, non trovandosi queste ultime sotto la pressione (con effetti anche psicologici) di direttive, di programmi, di orari, di attività obbligatorie e fisse, ma potendo distribuire più elasticamente tempo e modalità di lavoro, e sopperendo così in qualche misura alle difficoltà derivanti dalla temporanea incapacità fisica di prestare la normale attività lavorativa*”.

<sup>(20)</sup> Cfr. Cass., II Sez. Pen., del 22 maggio 2008, n. 20574 che, seppur incidentalmente, ha riconosciuto che la gravidanza e il puerperio costituiscono “*tipiche forme di impedimento*”.

Il giudice del merito ha ritenuto di applicare, con il giusto rigore, i dettami costituzionali in essere a tutela dell'avvocata considerata sotto il duplice aspetto di donna e di professionista con i suoi rispettivi e conseguenti diritti e doveri.

La citata sentenza di secondo grado, per il tramite di una fonte non vincolante - un Protocollo d'intesa -, ha *quid pluris* introdotto, a sostegno della propria motivazione, il pertinente riferimento al decreto legislativo n. 151/2001 al quale il legislatore del 2017 si è poi ispirato seppur in modo alquanto lacunoso.

In ragione delle svariate fonti richiamate - di rango costituzionale, di stampo normativo ovvero giurisprudenziale di merito e di legittimità - risulta davvero evidente e *contra ius* l'omessa espressa previsione in campo penale di una tutela a favore della madre-avvocato, anche della parte civile, che sia in linea con il decreto legislativo n. 151/2001. Tanto è, lo si ripete, anche in ragione della mancata tutela, da parte del legislatore del 2017, della <genitorialità> che ha condotto ad una totale esclusione del padre-avvocato dal novero del legittimo impedimento.

Sono dunque reali e concrete le opportunità di intervento normativo laddove, ad esempio, sorgano necessità legate all'allattamento del neonato, avanzate da padri avvocati che abbiano la cura esclusiva o prevalente del minore, in cui il giudice debba mettere in atto tutte le agevolazioni ritenute necessarie per favorire l'attività di difesa; nonché ogni qual volta la paternità debba essere riconosciuta quale causa di legittimo impedimento alla partecipazione degli avvocati e dei praticanti abilitati alle udienze civili e penali nei primi tre mesi di vita del bambino ove analogo beneficio non sia fruito dall'altro genitore.

Non di meno risulta necessaria la tangibile previsione del legittimo impedimento alla partecipazione alle udienze penali degli avvocati in caso di adozione nazionale ed internazionale ovvero di affidamento del minore nonché, in ogni caso, in capo ai difensori della parte civile <sup>(21)</sup>.

Allo stato, in considerazione del dettame di tutte le fonti richiamate, simili lacune non trovano alcuna valida e legittima ragion d'essere e lasciano spazio ad una ferma critica a carico di un legislatore che si è dimostrato distratto e disattento alla tutela di diritti personali invero imprescindibili.

D'altronde, è oltremodo difficile per l'interprete del diritto trovare una ragionevole motivazione da addurre a sostegno della originale scelta legislativa secondo la quale solo nell'ambito del processo civile l'avvocata è soggetta ad un obbligo di "*documentazione*" del proprio stato di gravidanza, mentre in ambito penale vale la regola della "*pronta comunicazione*".

##### 5. *La decisione della Corte Costituzionale n. 385/2005.*

Prima di volgere l'attenzione all'analisi della Sentenza in commento si ritiene opportuno premettere che gli articoli 29, 30, e 31 della Costituzione, dedicati alla famiglia, non recano espressi riferimenti alla <paternità> ad eccezione dell'ultimo comma dell'art. 30 *cit.* in cui si prescrive "*la necessità di una conferma costituzionale di una oculata legislazione in materia di ricerca della paternità*" <sup>(22)</sup>.

Con tale omissione la Costituzione continua tutt'oggi ad esprimere implicitamente la supremazia giuridica che fu rivestita dalla figura del padre all'epoca della sua promulgazione, allorché il principio costituzionale della parificazione morale e giuridica dei coniugi risultava in contrasto con le norme del Codice Civile prescriventi l'obbligo del cognome paterno alla moglie e ai figli ovvero il dovere di coabitazione al fine di affermare teoricamente la "certezza della paternità", atteso che la madre è sempre certa ma il padre incerto.

La permanenza nella Costituzione di tale superata idea di supremazia, attraverso la mancata introduzione della figura paterna nell'ambito dei rapporti di famiglia da essa disciplinati, crea non pochi problemi laddove sorga l'opportunità di tutelare gli interessi del padre in svariati settori, tra i quali rientra quello della libera professione di avvocato coinvolgente anche diritti di terzi: gli assistiti.

La esplicita previsione dell'uguaglianza dei coniugi ha tuttavia eliminato la figura del *pater familias* ossia di colui che nel passato rappresentava la famiglia.

---

<sup>(21)</sup> Cfr. il Protocollo d'intesa per la tutela dei diritti di pari opportunità e di genitorialità presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Foggia del 3 ottobre 2016.

<sup>(22)</sup> V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Mondadori, Milano 1979, p. 112.

Si può allora tranquillamente sostenere che oggi la donna trova nel nostro ordinamento giuridico una plurima ed esplicita tutela di ogni propria condizione.

Le considerazioni così esposte per evidenziare la ricca legislazione in vigore a vantaggio della figura femminile omnicomprensivamente considerata appaiono utili se si considera che in tal modo si è di molto affievolita la necessità di ulteriormente focalizzare l'attenzione del legislatore a prerogativa della moglie e della madre; ciò proprio al fine di evitare il rischio opposto, ovvero quello di vedere propendere la bilancia a sfavore del marito e del padre, come di fatto si è invece verificato con le lacunose previsioni sul punto operate dalla legge n. 205/2017.

In realtà, la paternità è il punto di inizio e anche di ritorno del circolo della vita umana al cui interno si inserisce la maternità. La paternità individua dunque la sua dimensione nella stessa misura in cui la trova la maternità e insieme costituiscono la <genitorialità>.

Le premesse esposte, con le quali si intende coinvolgere con la giusta e doverosa attenzione la figura del padre - e dunque, nello specifico della presente trattazione, anche del padre-avvocato (pure della parte civile) - sono utili per individuare correttamente l'oggetto della tutela a cui i padri della Costituzione si sono ispirati nella stesura dei succitati articoli. Se dal punto di vista storico la nostra carta fondamentale dimostra perennemente la propria attualità, dal punto di vista pratico essa richiede un'interpretazione che ne consenta un'effettiva attuazione in ogni ambito, dunque anche familiare e processuale quali ambienti ospitanti l'aspetto privato e lavorativo di padri e di madri avvocato.

Tale verità consente di comprendere al meglio le ragioni che hanno condotto la mano evoluta dell'interprete laddove egli ha ritenuto che la tutela costituzionale della <maternità> debba essere identificata non solo nella salvaguardia della salute della madre e del bambino, pure in ambito lavorativo, bensì anche quale “*luogo delle relazioni affettive da tutelare in nome dell'interesse superiore dell'equilibrio psico-fisico del bambino*”<sup>(23)</sup> a cui contribuisce inevitabilmente anche il padre.

Il menzionato progresso interpretativo si pone quale fondamento per attuare concretamente una tutela che oramai è orientata verso il più ampio e completo concetto di <genitorialità>.

La stessa Corte Costituzionale con la nota Sentenza n. 385/2005 ha ritenuto, dopo avere esposto nel proprio “considerato in diritto” l'*excursus* normativo e giurisprudenziale che ha tessuto la materia in commento<sup>(24)</sup>, di abbracciare questo nuovo sistema di lettura delle menzionate norme costituzionali ed ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 70 e 72 del decreto legislativo n. 151/2001 nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire, in alternativa alla madre, l'indennità di maternità attribuita solo a quest'ultima.

Nel caso in esame il Tribunale di Sondrio, in funzione di giudice del lavoro, ebbe a premettere di essere stato adito da un libero professionista il quale, essendo affidatario di un minore unitamente alla moglie, aveva chiesto di beneficiare dell'indennità di maternità per i primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino in famiglia, in alternativa alla madre, anch'ella libera professionista.

La Consulta sottolinea il ruolo fondamentale assunto nel nostro ordinamento dal decreto legislativo n. 151/2001 che rappresenta “*l'esito di un'evoluzione legislativa che ha modificato profondamente la disciplina della tutela della maternità, estendendo al padre lavoratore ed ai genitori adottivi i diritti in precedenza spettanti*”

---

<sup>(23)</sup> L. CASSETTI, *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I. Utet, Torino, 2006, p. 641 ss.

<sup>(24)</sup> La panoramica richiamata è la seguente: L. 26 aprile 1950, n. 860 “*Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri*”; L. 30 dicembre 1970, n. 1204 “*Tutela delle lavoratrici madri*”; L. 9 maggio 1977, n. 903 “*Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*”; L. 19 maggio 1975, n. 151 “*La riforma del diritto di famiglia*”; L. 4 maggio 1983, n. 184 “*Diritto del minore ad una famiglia*”; Corte Cost., Sent. n. 1/1987 che ha riconosciuto anche al padre lavoratore il diritto all'astensione al lavoro e il diritto ai riposi giornalieri, ove l'assistenza della madre al minore sia divenuta impossibile per decesso o grave infermità; Corte Cost., Sent. n. 322/1988 che ha riconosciuto alle lavoratrici il diritto all'astensione facoltativa per il primo anno dall'ingresso del bambino in famiglia, nell'ipotesi di affidamento provvisorio, e il diritto all'astensione obbligatoria nei primi tre mesi successivi all'ingresso del bambino in famiglia, in caso di affidamento preadottivo; Corte Cost., Sent. n. 341/1991 che ha riconosciuto al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice, il diritto all'astensione obbligatoria in caso di affidamento provvisorio; Corte Cost., Sent. n. 179/1993 che ha esteso al padre lavoratore in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri per l'assistenza al figlio nel primo anno di vita; Corte Cost., Sent. n. 104/2003 che ha riconosciuto il diritto ai riposi giornalieri, in caso di adozione e affidamento, entro il primo anno dall'ingresso del minore in famiglia, anziché entro il primo anno di vita del bambino.



*alla sola madre, a protezione del preminente interesse della prole*”; in particolare, sono stati riconosciuti in capo ai genitori adottivi o affidatari i medesimi diritti già attribuiti ai genitori biologici <sup>(25)</sup>.

Nella Sentenza in commento viene tuttavia posta in luce la mancata parificazione fra entrambi i genitori nei differenti ambiti del lavoro subordinato ed in libera professione rilevando di conseguenza l'incompletezza normativa sul punto a carico del Testo Unico n. 151/2001. Così, infatti, recita la Corte Costituzionale *“alle madri libere professioniste è dedicato il Capo XII del d.lgs. n. 151 del 2001: in particolare, l'art. 70, primo comma, riconosce <alle libere professioniste, iscritte ad un ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza un'indennità di maternità>, che l'art. 72, primo comma, estende, poi, all'ipotesi di adozione o affidamento. Anche in questo caso la lettera della legge è di chiara interpretazione e, nel fare esclusivo riferimento alle libere professioniste, esclude in linea di principio i padri liberi professionisti dal godimento del detto beneficio”*.

La ragione posta a fondamento della dichiarazione di incostituzionalità delle norme sotto lente è ravvisabile nella motivazione stesa dai giudici della Consulta secondo i quali *“tale discriminazione rappresenta un vulnus sia del principio di parità di trattamento tra le figure genitoriali e fra lavoratori autonomi e dipendenti, sia del valore della protezione della famiglia e della tutela del minore”* <sup>(26)</sup>.

Infine, dal punto di vista interpretativo, la Corte sostiene che *“gli istituti nati a salvaguardia della maternità...non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino. Ciò è tanto più vero nell'ipotesi di affidamento e di adozione, ove l'astensione dal lavoro non è finalizzata alla tutela della salute della madre ma mira in via esclusiva ad agevolare il processo di formazione e crescita del bambino <creando le condizioni di una più intensa presenza della coppia, i cui componenti sono entrambi affidatari, e come tali entrambi protagonisti, nell'esercizio dei loro doveri e diritti”* <sup>(27)</sup>.

L'attenta lettura della decisione in commento pone in luce una volta di più l'omissione ingiustificata operata dal legislatore del 2017 laddove non ha previsto nel processo penale alcun rinvio al contenuto del decreto legislativo n. 151/2001. Simile carenza determina l'ingiusta esclusione dal novero delle cause di legittimo impedimento sia dei padri-avvocato di figli legittimi, adottivi o in affidamento, sia delle madri-avvocato di figli adottivi o in affidamento. Quanto, invece, alla introduzione del legittimo impedimento invocato dall'avvocata in gravidanza ed in qualità di difensore del solo imputato, e non già anche della parte civile, deve ritenersi che la nuova disposizione introdotta dal legislatore del 2017 pecchi di incostituzionalità per il mancato rispetto, *in primis*, del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione.

Basti sul punto rammentare quanto espresso dalla Consulta con la decisione ora in commento secondo cui *“la violazione del principio di uguaglianza appare ancor più evidente se si considera che il legislatore ha riconosciuto tale facoltà ai padri che svolgono un'attività di lavoro dipendente”, dunque, “il non aver esteso analoga facoltà ai liberi professionisti determina una disparità di trattamento fra lavoratori che non appare giustificata dalle differenze, pur sussistenti, fra le diverse figure e non consente a questa categoria di padri-lavoratori di godere, alla pari delle altre, di quella protezione che l'ordinamento assicura in occasione della genitorialità, anche adottiva”*.

Non si può quindi ragionevolmente porre in dubbio che simili impeccabili ragionamenti debbano essere necessariamente estesi anche alla madre-avvocato della parte civile nel processo penale la quale è stata di fatto illegittimamente estraniata da ogni forma di tutela.

---

<sup>(25)</sup> Corte Cost., Sent. n. 385/2005.

<sup>(26)</sup> Ibidem.

<sup>(27)</sup> Ibidem.