

La parità di genere tra avvocati, il legittimo impedimento e il nuovo art. 81 bis, 3° comma disp. att. c.p.c.¹

1. L'art. 1, comma 465, della 27 dicembre 2017, n. 205 ha aggiunto un terzo comma all'art. 81 bis disp. att. c.p.c. che oggi recita 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'articolo 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”*.

Si tratta del primo tentativo del legislatore di attuare il principio di parità di genere tra avvocati nel processo civile, e si tratta, pertanto, di una novità che non può non trovare piena condivisione, spero da parte di tutti.

Da rilevare, tuttavia, che la parità di genere nel processo si connette in modo stringente al legittimo impedimento del difensore a comparire in udienza; e, sotto questo profilo, si deve preliminarmente evidenziare che, mentre nel processo penale il fenomeno era già da tempo disciplinato con l'art. 420 *ter* c.p.p., esso non esisteva affatto nel processo civile prima di questa novità.

In particolare, il 4° comma dell'art. 420 *ter* c.p.p. già statuiva che il giudice deve rinviare l'udienza nelle ipotesi nelle quali il difensore si trovi nella *“assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento”*, mentre una disposizione analoga non sussisteva, ne' sussiste, nel processo civile.

Cosa è successo allora?

E' successo che il legislatore della l. 27 dicembre 2017 n. 205 ha inteso ricomprendere in modo chiaro ed espresso fra le ipotesi di legittimo impedimento che giustificano il rinvio di udienza quello della gravidanza.

Dovendo inserire questo precetto nei codici di procedura penale e civile, il legislatore ha avuto gioco facile nel processo penale, poiché per esso ha aggiunto un comma al già esistente art. 420

¹ Alle amiche e agli amici del Foro di Siena, che hanno con lungimiranza e tempestività realizzato il protocollo sul legittimo impedimento per il proprio Tribunale, sottoscritto da tutte le parti in data 11 aprile 2018.

ter c.p.p. disciplinante il legittimo impedimento, ma ha avuto gioco più difficile nel processo civile, perché non sapeva dove collocare questa novità.

Con questa incertezza, egli ha pensato di aggiungere il nuovo precetto in un comma dell'art. 81 *bis* disp. att. c.p.c.

Ma è chiaro che una cosa è precisare che la gravidanza costituisce legittimo impedimento aggiungendo un comma in una disposizione quale l'art. 420 *ter* c.p.p. espressamente dedicata al fenomeno, altra cosa è aggiungere una medesima precisazione in un articolo dedicato al calendario del processo, che ha poco (o niente) a che vedere con il legittimo impedimento e con la parità di genere tra difensori.

Va così, che, nonostante il plauso per questo primo passo, il processo civile appare più confuso rispetto a quello penale nel dare concretezza al legittimo impedimento, e va da sé che l'inserimento del nuovo 3° comma nell'art. 81 *bis* disp. att. c.p.c. non dà disciplina soddisfacente a questo delicatissimo tema.

2. L'art. 81 *bis* disp. att. c.p.c. ha infatti i limiti che emergono dal testo, e precisamente:

a) essa attiene solo alla gravidanza e alla adozione nazionale e internazionale, con esclusione di ogni altro impedimento non riconducibile a questi, non essendoci nel processo civile, diversamente da quello penale, una disciplina generale del legittimo impedimento;

b) attiene solo alla fissazione del calendario del processo e sue eventuali proroghe, e non concerne pertanto ogni momento del processo, atteso che il calendario viene preparato dal giudice quando questi provvede sulle istanze istruttorie, e quindi in una fase già avanzata delle attività processuali;

c) attiene solo alle udienze e non ai termini processuali, cosicché anche la gravidanza o l'adozione non riescono ad essere causa di sospensione dei termini processuali relativi alla stesura degli atti, problema maggiormente esistente nel processo civile rispetto a quello penale, perché il primo, rispetto al secondo, è processo prevalentemente scritto;

d) è esclusa ove la trattazione sia urgente, e quindi, direi, è esclusa nella tutela cautelare, in quella possessoria, nell'udienze presidenziali di separazione e divorzio, nelle procedure prefallimentari, e in ogni altro caso, appunto, ove l'applicazione di queste guarentigie possa recare grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia.

Questi i limiti che emergono in modo chiaro dalla lettera dell'art. 81 *bis* c.p.c., 3° comma.

A livello esegetico aggiungerei ancora:

aa) la disposizione non sembra potersi applicare nelle ipotesi in cui la parte sia assistita da più di un difensore, poiché è evidente che in questi casi la gravidanza o l'adozione di un difensore non impedisce all'altro difensore di poter compiere la medesima attività nell'interesse del cliente.

Criteri deontologici, poi, dovrebbero evitare che il difensore possa chiedere l'impedimento per gravidanza o adozione solo con riguardo ad alcuni processi e non con riferimento ad altri, poiché la selezione delle cause in questo caso verrebbe effettuata per strategie processuali che niente avrebbero a che fare con l'impedimento. Dal che il difensore o si avvale del periodo di impedimento per tutti i processi, oppure vi rinuncia per tutti i processi: *tertium non datur*.

bb) La disposizione non pone però distinzione tra udienze e udienze, ovvero non si riferisce solo alle udienze nelle quali la presenza del difensore sia strettamente necessaria (ad esempio discussione della causa *ex art. 281 sexies c.p.c.*) rispetto ad udienze di meri adempimenti (ad esempio udienze di precisazione delle conclusioni), né la disposizione pone distinzioni tra casi nei quali il difensore impedito abbia la possibilità di farsi sostituire in udienza e casi nei quali al contrario non abbia questa possibilità; dal che il giudice non può valutare questi aspetti ai fini della fissazione del calendario del processo o della concessione di proroghe allo stesso.

cc) E dunque, direi, il giudice ha il potere di accertare la sussistenza o meno della fattispecie tracciata dalla norma, ma non ha potere discrezionale di concedere o non concedere la proroga se il caso si riconduce alla fattispecie dell'art. 81 *bis* 3° comma c.p.c.; se il fatto si riconduce alla norma, il giudice *deve* concedere la proroga, e deve concederla con riferimento ad ogni udienza, e a prescindere dalla circostanza che la gravidanza abbia o non abbia patologie connesse.

3. Ora, se questo è il quadro, non possiamo, come detto, non rilevare come il nuovo dall'art. 81 *bis* 3° comma c.p.c., seppur positivo negli intenti, non soddisfi tuttavia in modo sufficiente né la parità di genere tra avvocati, né, direi, maggiormente, la tutela del legittimo impedimento nel processo civile.

Terrei separati i due aspetti, e, muovendo dalla parità di genere, osserverei ancora:

a) la gravidanza e l'adozione non sono gli unici impedimenti che possono interessare una donna avvocato, poiché vi è anche, purtroppo, quello di esser stata vittima di "violenza di genere". Questa ipotesi, certamente di non minor gravità rispetto alle prime, non è stata però presa in considerazione dall'art. 81 *bis* 3° comma c.p.c.

b) L'art. 81 *bis* 3° comma c.p.c., inoltre, e come anticipato, consente di modulare le udienze nel rispetto di questi impedimenti solo per la fase istruttoria e decisionale del processo, ma non per quella iniziale di trattazione; cosicché, stando al tenore letterale della norma, l'avvocato impedito non può chiedere un rinvio, ad esempio, dell'udienza *ex art. 183 c.p.c.*, anteriore alla fissazione del calendario del processo, poiché ciò non è previsto dall'art. 81 *bis* 3° comma c.p.c.

c) L'impedimento, poi, non è in grado di sospendere i termini per il deposito e/o la notificazione degli atti se questi cadono nel periodo dell'impedimento stesso, ma solo, come visto, quello di modulare le udienze delle fasi istruttoria e decisionale, e questa è una lacuna che maggiormente si avverte processo civile, che è prevalentemente processo scritto.

E così, se il rinvio dell'udienza di precisazione delle conclusioni rinvia automaticamente anche i termini per il deposito delle comparse conclusionali, lo stesso non può dirsi per le memorie *ex art. 183 c.p.c.*, che non sembrano rinviabili in assenza della possibilità di rinviare l'udienza, ne' per gli atti di costituzione in giudizio (ad esempio, comparsa di risposta), ne' ancora, e soprattutto, per quelli di impugnazione.

4. In secondo luogo la carenza dell'art. 81 *bis* 3° comma c.p.c. è quella di *non* far riferimento, in modo generale, al "legittimo impedimento", *ma solo* in modo specifico alla gravidanza e all'adozione; cosicché nel processo civile, (e, se si vuole, sempre differentemente da quello penale), fuori dalla gravidanza e dall'adozione nessun altro impedimento può consentire all'avvocato di ottenere uno spostamento di udienza. Ma il legittimo impedimento potrebbe avere ad oggetto anche aspetti diversi: potrebbe riguardare, ad esempio, l'allattamento del bambino o le sue particolari esigenze fino (almeno) al suo terzo anno di vita, potrebbe avere ad oggetto una possibile malattia e/o infortunio dei figli di età inferiore a tre anni, potrebbe riguardare l'assistenza da prestare a familiari portatori di "handicap" di particolare gravità ai sensi della legge 104/1992, ed ancora potrebbe avere ad oggetto una malattia particolarmente invalidante, come sono le patologie oncologiche e le successive cure chemioterapiche, potrebbe riferirsi ad una improvvisa febbre alta, o alla necessità di partecipare al funerale di un prossimo congiunto; e gli esempi potrebbe continuare.

In particolare, poi, tutti questi impedimenti, a differenza dei precedenti, potrebbero riguardare non solo gli avvocati donna, ma anche gli avvocati uomini.

Su tutto questo l'art. 81 *bis* 3° comma c.p.c. niente dice.

Si dirà che, per tutto questo, è impensabile prevedere rinvii di udienza, che allungherebbero, in contrasto con l'art. 111 Cost., in modo abnorme la durata del processo, e che lo stesso art. 420 *ter* c.p.c., nel far riferimento alla "assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento", esclude molti dei casi qui richiamati, per come, almeno, la disposizione è stata fino ad oggi interpretata dalla giurisprudenza.

Tuttavia, per questi casi, si potrebbe egualmente immaginare, se non proprio un rinvio dell'udienza, quanto meno una agevolazione nell'ordine di trattazione dei procedimenti in favore dell'avvocato che si trovi in una simile situazione.

Gli avvocati sanno bene che gli orari di udienza sono spesso meramente indicativi, che in non sporadici casi l'avvocato attende di essere chiamato in udienza anche ore, che non è inusuale che alla medesima ora siano fissate un numero cospicuo di cause da trattare, e si formino così code d'udienza e lunghi periodi di attesa.

Ebbene, in tutti questi casi, dovrebbe corrispondere ad un comune sentire che l'avvocato che deve allattare, oppure assistere un familiare portatore di handicap, oppure prestarsi ad una chemioterapia, abbia la precedenza nell'ordine delle chiamate, e non sia costretto, al pari degli altri, a trascorrere l'intera giornata nel palazzo di giustizia.

5. Nel silenzio della legge su tutto ciò, ben vengano i protocolli a disciplina aggiuntiva dell'art. 81 *bis* 3° comma, disp. att. c.p.c.; e sono lieto che uno dei primi e più articolati protocolli al riguardo sia stato realizzato nella città di Siena.

E' necessario, infatti, che il legittimo impedimento e la parità di genere trovino completezza di disciplina in atti secondari, quali i protocolli, che, se condivisi da avvocati e giudici, sono in grado di portare a compimento aspetti tralasciati dalle norme primarie, nonché in grado di fare da monito al legislatore per nuovi interventi.

Gli avvocati e i giudici che intendano concordare protocolli sul legittimo impedimento dovrebbero, a mio sommo parere, muoversi nel seguente modo:

a) dovrebbero prendere atto che una cosa è il legittimo impedimento, altra l'eguaglianza di genere; l'eguaglianza di genere sta al legittimo impedimento in un rapporto di *species* a *genus*; i casi di eguaglianza di genere (gravidanza, adozione, violenza) sono infatti casi specifici di impedimento, e tuttavia il fenomeno "legittimo impedimento" è più vasto, e ricomprende altresì casi non necessariamente riconducibili all'eguaglianza di genere (familiari portatori di "handicap", patologie oncologiche e/o invalidanti, altro).

b) Al tempo stesso dovrebbero prendere atto che il legittimo impedimento non deve necessariamente comportare il differimento di udienza, ma può comportare anche solo una mera agevolazione nell'ordine di trattazione delle cause; possono così essere individuati casi principali e specifici di impedimento dai quali far discendere il differimento dell'udienza, e casi ulteriori di impedimento dai quali far dipendere solo una agevolazione nell'ordine di trattazione della causa.

c) Dovrebbero poi considerare che il processo civile, rispetto al processo, penale, è un processo prevalentemente scritto, con la conseguenza che, nei limiti del possibile, l'impedimento non dovrebbe riguardare solo l'udienza, ma dovrebbe riguardare anche gli incumbenti scritti del processo.

d) Dovrebbero infine superare il limite temporale che si trova nell'art. 81 *bis* 3° comma, disp. att. c.p.c., convenendo che l'impedimento può cadere in ogni momento del processo, e non solo nella fase istruttoria e decisionale, e può riguardare altresì anche le fasi di impugnazione, se non addirittura i termini per impugnare.

Ovviamente non tutto questo può essere oggetto di un protocollo, poiché è evidente che un protocollo non può spostare termini processuali o porre altre sospensioni delle attività processuali, cose sulle quali sono la legge può intervenire.

I protocolli tuttavia possono costituire un indirizzo e una linea-guida per il legislatore, affinché questi provveda con nuove norme a completare quel cammino già intrapreso con gli artt. 420 *ter* c.p.p. e 81 *bis*, 3° comma disp. att. c.p.c.

Si tratta, altresì, di formare una comune sensibilità in ordine a questi temi; si tratta di favorire politiche di pari opportunità e di assicurare, anche agli avvocati che per le ragioni più varie in un momento della loro vita possano trovarsi in difficoltà, di esercitare la professione a pari condizione rispetto agli altri; si tratta di far sì che a tutti appaia normale, anche a prescindere dalla legge, che un avvocato in gravidanza possa, per un breve periodo, e al pari delle altre lavoratrici, non avere incombenze, o che un avvocato che deve prestarsi ad una chemioterapia non debba trascorrere una intera giornata in tribunale per portare a termine una udienza che dura solo pochi minuti.