

**Prestazioni** - Indennità di maternità - Domanda di concessione da parte del gestore di casa famiglia in caso di inserimento di minori - Mancanza del provvedimento giudiziale di affidamento - Inaccogliibilità.

**Tribunale di Milano - 18.7.2014 n. 2383 - Dr. Mariani - S.C. (Avv. Timpano) - INPS (Avv. Mostacchi).**

*Il sostegno economico e le indennità di maternità non possono essere riconosciuti nel caso di inserimento del minore in una comunità di tipo familiare, in quanto una tutela analoga a quella prevista per la maternità naturale è accordata dalla legge solo alle situazioni di adozione ed affidamento del bambino.*

FATTO - Con ricorso depositato in data 6 maggio 2014, S.C. ricorreva al Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, per sentire accogliere le sopra indicate conclusioni, nei confronti dell'INPS.

Rilevava la ricorrente di essere impiegata presso la Casa di Cura A. S.p.a., con contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Il 1° luglio 2011, insieme al marito e con il sostegno dell'Associazione amici dei bambini, la ricorrente aveva dato la propria disponibilità per il progetto di accoglienza di minori in difficoltà familiari, che vedeva la realizzazione di una "casa famiglia". Il progetto prevedeva l'affidamento familiare, cioè l'accoglienza di minori che si trovavano in difficoltà familiare e per i quali era opportuno il collocamento temporaneo presso un'altra famiglia.

Con l'arrivo dei minori in affidamento, S.C. aveva chiesto all'INPS 8 domande di congedo di maternità.

Le domande erano state accolte in toto dall'Istituto di previdenza ed erano stati liquidati i relativi trattamenti economici.

Solo in data 7 maggio 2013 alla ricorrente era pervenuta da parte di INPS un'unica busta contenente n. 7 lettere tutte datate 16/04/2013 (non protocollate), con cui venivano rigettate le domande di maternità.

Fra le sette lettere non era presente quella relativa ad un congedo pur richiesto (il n. 57685) la cui domanda era stata parimenti rigettata, come S.C. aveva potuto sapere a seguito di un accesso agli atti.

S.C. estesamente proposto ricorso in via telematica, che era stato rigettato sulla base del fatto che l'affidamento era stato concesso ad un ente morale e non ad una persona fisica.

Su tali basi in fatto, parte ricorrente avanzava le domande sopra riportate.

Si costituiva l'INPS chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza del 15 luglio 2014, pertanto, la causa veniva posta in decisione, previa discussione, con lettura del dispositivo.

DIRITTO - 1. Il ricorso di S.C. va rigettato. Le domande di congedo per maternità presentate dalla ricorrente e per cui è causa sono le seguenti:

- 1) n. 45180: congedo di maternità obbligatoria dal 05/12/2011 al 04/03/2012 presentata in data 07/12/2011 relativa alla minore T.D.;
- 2) n. 51237: congedo di maternità obbligatoria dal 10/05/2012 al 31/05/2012 presentata in data 04/05/2012 relativa alla minore S.M.;
- 3) n. 48749: congedo di maternità obbligatoria dal 5/03/2012 al 09/05/2012 presentata in data 8/03/2012 relativa alla minore U.M.;
- 4) n. 52714: congedo di maternità obbligatoria dal 17/06/2012 al 18/07/2012 presentata in data 30/05/2012 relativa al minore K.A.C.;
- 5) n. 57685: congedo di maternità obbligatoria dal 19/07/2012 al 18/10/2012 presentata in data 14/08/2012 relativa al minore D.K.A.;
- 6) n. 60512: congedo di maternità facoltativa dal 31/10/2012 al 31/12/2012 presentata in data 15/10/2012 relativa al minore D.K.A.;
- 7) n. 64226: congedo di maternità facoltativa dal 1/01/2013 al 28/02/2013 presentata in data 28/12/2012 relativa alla minore T.D.;
- 8) n. 67304: congedo di maternità obbligatoria dal 1/03/2013 al 30/05/2013 presentata in data 27/02/2013 relativa al minore M.Y..

Di tutte tali domande consta un primo *esito positivo* (come risulta dal *dettaglio istanza* di cui la doc. 1 fasc. ric.) e perfino una conseguente *erogazione* dei contributi di maternità, nonché una successiva reiezione, sebbene *non* nella forma di esercizio del potere di autotutela.

I dati documentali raccolti nei fascicoli di parte sono sufficienti per la decisione, senza necessità di procedere ad altra attività istruttoria.

2. L'INPS rileva che tutte le domande di maternità erano state accolte, tranne una, perché i minori per cui si richiedevano le prestazioni erano indicati da S.C. come *adottati o affidati*.

A seguito di verifiche approfondite svolte dall'Istituto, era emerso che la ricorrente *non era* la persona fisica affidataria dei minori, ma solo colei che gestiva la comunità familiare presso cui minori erano stati collocati dall'Ufficio minori dei Comuni di Corsico e di Melegnano.

Pertanto l'ufficio, all'esito delle verifiche, in assenza dei presupposti di legge per la concessione le prestazioni, aveva provveduto a rigettare in data 16 aprile 2013 tutte le domande di maternità presentate.

3. La prima eccezione della ricorrente riguarda la violazione del procedimento di autotutela, visto che i provvedimenti di revoca non erano stati comunicati a S.C..

L'INPS, dal canto suo, ritiene che l'eccezione sia irrilevante perché il giudice è chiamato ad accertare la legittimità del diritto vantato dalla ricorrente essendo del tutto secondario e irrilevante il procedimento adottato dall'Istituto per giungere alla determinazione di negare la prestazione richiesta.

Come è noto, l'autotutela è quella parte dell'attività amministrativa con cui la stessa P.A. provvede ad eliminare i vizi relativi ai propri atti, riconducibili ad errori materiali, di calcolo, su dati anagrafici o dovuti a mancanza di documentazione, successivamente sanata (artt. 7 e 21 nonies L. n. 241/90; art. 1, comma 136, L. n. 311/04; Circ. INPS 15 dicembre 2006 n. 146; Circ. INPS 11 ottobre 2011 n. 132).

Quando il procedimento di autotutela è avviato d'ufficio, come nella specie, il responsabile dello stesso è il Direttore centrale o il Direttore della Sede, presso cui opera l'unità organizzativa che ha emanato l'atto amministrativo oggetto di impugnazione. Il provvedimento di autotutela risulta però viziato qualora non sia stato preceduto dalla *comunicazione* dell'avviso preliminare di cui all'art. 7 L. n. 241/90.

Come statuito dalla Circ. INPS 15 dicembre 2006 n. 146 (*Regolamento di Autotutela, approvato dal Consiglio di Amministrazione con deliberazione n. 275 del 27 settembre 2006*) l'atto di avvio del procedimento di autotutela *deve essere comunicato* ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e agli eventuali controinteressati individuabili.

Oltre al destinatario del provvedimento e ai cointeressati, hanno facoltà di intervenire nel procedimento gli Enti di Patronato, i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati cui il provvedimento possa arrecare un pregiudizio.

Gli atti di intervento devono pervenire in un termine congruo dall'avvio del procedimento.

I soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento possono altresì presentare *memorie scritte e documenti* che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare, ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

Nella specie di causa, l'INPS non si cura di seguire il provvedimento formalizzato nelle sue stesse circolari, con il che pare doversi accogliere la prima delle eccezioni sollevate S.C..

4. Nondimeno, S.C. chiede al Tribunale, in via principale (e su questo ha concentrato anche integralmente la sua discussione orale), di riconoscere il proprio diritto alla maternità obbligatoria

(ed invero, parrebbe, anche facoltativa, anche se la domanda non reca questa ultima specificazione) in riferimento alle istanze amministrative citate sopra.

Ciò porta, in sostanza, ad un *assorbimento di fatto* della domanda esaminata al precedente paragrafo, visto che non si può accedere a tale tipo di accertamento nel senso auspicato dalla ricorrente.

La tutela accordata dalla legge alle lavoratrici madri (D.Lgs. n. 151/01) si inserisce nel più generale complesso di garanzie previste a favore della donna in tema di pari opportunità sul lavoro e di salvaguardia della sua funzione essenziale nella famiglia (artt. 29 e 30 Cost.). Una tutela analoga a quella prevista per la maternità naturale è accordata alle situazioni di *adozione ed affidamento* (temporaneo o preadottivo) del bambino.

Le lavoratrici o, alternativamente, i lavoratori che abbiano *adottato* un minore, hanno diritto ad un congedo di maternità (o di paternità) della durata massima di 5 mesi, anche qualora durante il congedo il minore raggiunga la maggiore età. Nel caso di *affidamento* di minore il congedo può essere fruito (in modo continuativo o frazionato) per un periodo massimo di 3 mesi entro 5 mesi dall'affidamento (artt. 26 e 31 D.Lgs. n. 151/01; art. 2, comma 452-454, L. n. 244/07; Circ. INPS 4 febbraio 2008 n. 16).

L'affidamento dei minori in questione, come rilevato dalla stessa ricorrente (ricorso, pag. 11), è avvenuto *nei confronti degli Enti comunali* (Comune di Corsico, Comune di Melegnano) con i decreti emessi dal Tribunale dei minorenni, tutti prodotti in causa nel fasc. INPS.

Peraltro, l'art. 2 delle L n. 184/83 distingue, come giustamente rilevato dall'INPS, fra *affidamento e inserimento*: "1. Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell'articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurarli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno.

2. Ove non sia possibile l'affidamento nei termini di cui al comma 1, è consentito l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato, che abbia sede preferibilmente nel luogo più vicino a quello in cui stabilmente risiede il nucleo familiare di provenienza. Per i minori di età inferiore a sei anni l'inserimento può avvenire solo presso una comunità di tipo familiare."

5. Non può, quindi, essere condivisa la teoria fatta propria dalla ricorrente nel proprio ricorso (pag. 14) secondo cui il sostegno economico e le indennità di maternità vanno riconosciuti anche agli affidatari di fatto, pur senza un provvedimento dell'autorità giudiziaria che li qualifichi tali.

Tale circostanza sembra alludere più propriamente all'*inserimento del minore in una comunità di tipo familiare*, che, pur riconosciuto dalla legge nella norma poco più sopra individuata, pure non coincide con l'*affidamento*.

Invero, è l'*affidatario* che esercita poteri connessi con la responsabilità genitoriale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie e che deve essere sentito nei procedimenti civili in materia di responsabilità genitoriale, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato (art. 5 L. n. 184/83).

Si tratta quindi di uno status che non può essere affidato ad una gestione *di fatto* del minore (per quanto svolta effettivamente e concretamente e dunque meritoria dal punto di vista sociale, cosa che il Tribunale certamente non sottovaluta) ma che richiede cautela e soprattutto certezza di situazioni giuridiche che solo la chiarezza degli atti del Tribunale dei minorenni riesce in effetti a dare.

L'accertamento richiesto da S.C. va pertanto rigettato.

**6.** Sussistono eccezionali ragioni, legate all'assenza di precedenti, per procedere alla compensazione fra le parti delle spese del giudizio.

*(Omissis)*

---