

**DETERMINA DEL DIRIGENTE DELLA
AREA VASTA N. 4**

N. 507/AV4 DEL 19/09/2014

**Oggetto: SIG.RA T.S. C.P.S. INFERMIERE CAT. D) A TEMPO INDETERMINATO.
ASSEGNAZIONE TEMPORANEA EX ART. 42 D.LGS 151/2001 C/O AREA VASTA 5 DI
ASCOLI PICENO-SAN BENEDETTO DEL TRONTO. CONFERMA DINIEGO.**

**IL DIRIGENTE DELLA
AREA VASTA N. 4**

VISTO il documento istruttorio, riportato in calce alla presente determina, dal quale si rileva la necessità di provvedere a quanto in oggetto specificato;

RITENUTO, per i motivi riportati nel predetto documento istruttorio e che vengono condivisi, di adottare il presente atto;

VISTA l'attestazione del Dirigente Bilancio in riferimento al bilancio annuale di previsione;

- D E T E R M I N A -

1. Di confermare il diniego all'assegnazione temporanea ex art. 42 bis del D.Lgs. n. 151/2001 presso l'Area Vasta 5 di Ascoli Piceno – San Benedetto del Tronto, della Sig.ra Traini Sara, Collaboratore Professionale Sanitario Infermiere Cat. D) a tempo indeterminato, già espresso con determina n. 95/2014;
2. Di integrare le motivazioni del diniego, di cui al precedente punto 1), recependo, *in toto*, il contenuto della nota del Direttore di Area Vasta Prot. n. 8520 del 22/04/2014 e della nota del Dirigente Area Infermieristica/Ostetrica, Dr. Marco Gregorini, nota Prot. n. 87014/FMSPS del 14/04/2014 così come riportate integralmente nel documento istruttorio,
3. Di notificare il presente atto all'interessata ed al suo legale;
4. Di dare atto che il presente provvedimento non comporta impegno di spesa;
5. Di trasmettere copia del presente atto al Collegio Sindacale a norma dell'art. 17 della L.R. 26/96 e s.m..

Direttore U.O.C. Gestione Risorse Umane
Dott.ssa Oriana Andrenacci

La presente determina consta di n. 4 pagine di cui n. 0 pagine di allegati che formano parte integrante della stessa.

- DOCUMENTO ISTRUTTORIO -
(U.O.C GESTIONE RISORSE UMANE)

Normativa di riferimento:

- D. Lgs. n. 151 del 26/03/2001

Con determina n. 95/AV 4 del 19/02/2014 è stato espresso il diniego all'assegnazione temporanea c/o l'Area Vasta 5, ex art. 42 bis del D. Lgs. n. 151/2001, della Sig.ra Traini Sara, C.P.S. Infermiere cat. D) assunta per mobilità tramite utilizzo della graduatoria ASUR Marche per la copertura di posti di Infermiere addetti alla medicina penitenziaria.

Con nota Prot. n. 6364 del 25/03/2014, indirizzata ai Direttori delle Aree Vaste n. 4 e 5, il segretario della CISL FP di Ascoli Piceno ha contestato il diniego espresso da entrambe le Aree, all'assegnazione temporanea della Sig.ra Traini Sara ai sensi dell'art. 42 bis del D. Lgs. n. 151/2001, chiedendo di accogliere l'istanza della dipendente, stante il diritto sancito da una specifica norma di legge posta a tutela delle lavoratrici madri.

Con nota Prot. n. 8520 del 22/04/2014 il Direttore dell'Area Vasta 4, a riscontro alla suddetta richiesta CISL, ha comunicato, citando in dettaglio la nota Prot. n. 87014/FMSPS del 14/04/2014 con la quale il Dr. Gregorini, Dirigente dell'Area Infermieristica/Ostetrica, ha specificato i motivi del diniego, quanto segue *"....omissis...Per l'esame delle obiezioni espresse da codesta Segreteria in merito al suddetto provvedimento, va premessa una disamina dell'istituto dell'assegnazione temporanea, con particolare riferimento alla giurisprudenza più recente nella quale si rilevano orientamenti diversi ed articolati. Da un lato ci sono diverse sentenze che definiscono il beneficio di cui all'art. 42 bis del D.Lgs. come un diritto soggettivo del dipendente, dall'altro abbiamo sentenze che affermano l'esistenza di un potere discrezionale della P.A., negando al suddetto beneficio la natura di diritto soggettivo.*

La recente sentenza del Consiglio di Stato sez. III° n. 5036 del 16/10/2013 afferma che l'art. 42 bis D. Lgs. n. 151/2001, ad esempio, non configura l'assegnazione temporanea come un diritto del dipendente in quanto la sua concessione è subordinata all'assenso dell'amministrazione e/o amministrazioni interessate, con la precisazione che l'eventuale dissenso deve essere motivato.

Il Tribunale di Mantova sez. Lavoro con sentenza del 07/10/2013, pur sposando la tesi del diritto soggettivo, afferma che l'assegnazione temporanea ex art. 42 bis D. Lgs. n. 151/2001 costituisce un diritto soggettivo non assoluto, in quanto la tutela della famiglia va bilanciata con la salvaguardia delle esigenze organizzative e funzionali dell'amministrazione, la quale deve accertare che la concessione del beneficio non si riveli, in tal senso, gravemente dannosa. Secondo la sentenza del 29/06/2009 del Tribunale di Novara, infine, la norma imporrebbe all'amministrazione di analizzare con particolare attenzione la situazione dell'ufficio di provenienza, al fine di consentire la valutazione se e in che termini l'accoglimento della domanda porterebbe all'ufficio di appartenenza un concreto, effettivo ed irrimediabile disagio, tale da indurre a ritenere che le esigenze di servizio debbano prevalere sulla tutela della maternità e della famiglia.

*Un elemento da valutare con particolare attenzione, alla luce dell'obiezione espressa da codesta Segreteria sulla possibilità di sostituire la dipendente con un incarico a tempo determinato, è l'esatta portata del secondo comma dell'art. 42 bis sopra citato che recita testualmente *"il posto temporaneamente lasciato libero non si renderà disponibile ai fini di una nuova assunzione"*.*

L'analisi, condotta dal giudice di Mantova, dei concetti di "vacanza" e "disponibilità" del posto, pur riferita all'amministrazione di destinazione, si rivela a tal fine particolarmente significativa.

Secondo il giudice il posto vacante è quello esistente nella P.O. dell'ente e ciononostante non coperto, ossia definisce una scopertura di organico; disponibile è invece il posto che l'amministrazione abbia deciso di coprire, manifestando la propria volontà in tal senso.

È evidente che se il sopra citato comma 2 fosse riferito all'impossibilità di coprire in ruolo il posto lasciato libero sarebbe ultroneo dal momento che il posto lasciato temporaneamente libero in seguito all'assegnazione temporanea, non è tecnicamente vacante; ne consegue che il comma 2 dell'art. 42 bis del D. Lgs. n. 151/2001, nel dichiarare non disponibile de jure il posto lasciato temporaneamente libero, può essere inteso solo come preclusione per l'amministrazione di una copertura dello stesso tramite incarico a tempo determinato.

Nel caso specifico della Sig.ra Traini il Dirigente dell'Area Infermieristica/Ostetrica ha precisato ad ulteriore motivazione del diniego, come risulta dalla nota Prot. n. 87014/FMSPS del 14/04/2014, che " ...omissis... la dipendente, assunta da apposita graduatoria di mobilità regionale da utilizzare per le necessità di infermieri in ambito penitenziario, è indispensabile per la copertura dei turni, in concorso con le altre tre unità infermieristiche presenti, a garanzia della continuità del servizio in costanza di fruizione di ferie e di altri istituti contrattuali ovvero per la copertura di eventuali assenze improvvise per malattia.

L'infermiera Traini Sara ha, infatti, preso servizio a copertura del posto resosi vacante in ambito penitenziario per l'uscita in mobilità di altra infermiera.

A tutto questo si aggiunge un'ulteriore criticità, dovuta alla specificità della funzione ricoperta in ambito penitenziario, che non consente di reperire facilmente altri infermieri disponibili ad essere assegnati a tale delicato ambito. Ne è prova certa il fatto che, nel corso del 2013 e del 2014, sono stati emanati due avvisi interni all'AV4 per la copertura temporanea di tale posto che sono andati deserti.

Tutto quanto sopra ha indotto in passato ed induce tutt'ora a confermare il diniego alla richiesta espressa dalla dipendente Traini Sara di essere assegnata temporaneamente all'AV5.....omissis".

È evidente che la salute e l'assistenza sanitaria dei detenuti necessitano di una particolare tutela soprattutto nel momento in cui le difficili condizioni di vita nelle carceri italiane hanno occupato ed occupano, come protagoniste, la cronaca, a causa della procedura di infrazione europea; pertanto sulla base delle considerazioni sopra esposte si ritiene di dover confermare il diniego all'assegnazione temporanea ex art. 42 bis del D. Lgs. n. 151/2001 della Sig.ra Traini Sara...omissis"

Con nota PEC Prot. 23267 del 10/09/2014 l'avv. Giuseppe Natoli ha contestato il diniego, espresso con determina n. 95/2014, all'assegnazione temporanea della Sig.ra Traini Sara presso l'Area Vasta 5, diffidando l'Area Vasta 4 a riesaminare il provvedimento adottato, precisando che in caso contrario procederà alla tutela dei diritti della propria assistita presso l'Autorità Giudiziaria.

Ciò premesso, si ritiene di confermare il diniego all'assegnazione temporanea presso l'Area Vasta 5, ex art. 42 bis del D. Lgs. n. 151/2001, della Sig.ra Traini Sara, C.P.S. Infermiere cat. D) a tempo indeterminato, diniego già espresso con determina n. 95/2014, integrando la stessa, con le considerazioni svolte dal DAV nella nota Prot. n. 8520 del 22/04/2014 e le motivazioni espresse dal Dirigente Area Infermieristica/Ostetrica, Dr. Mirco Gregorini nella nota Prot. n. 87014/FMSPS del 14/04/2014.

Stante quanto sopra, si propone al Responsabile dell'U.O.C. Gestione Personale il seguente schema di determina:

1. Di confermare il diniego all'assegnazione temporanea ex art. 42 bis del D.Lgs. n. 151/2001 presso l'Area Vasta 5 di Ascoli Piceno – San Benedetto del Tronto, della Sig.ra Traini Sara, Collaboratore Professionale Sanitario Infermiere Cat. D) a tempo indeterminato, diniego già espresso con determina n. 95/2014;
2. Di integrare le motivazioni del diniego, di cui al precedente punto 1), recependo, *in toto*, il contenuto della nota del Direttore di Area Vasta Prot. n. 8520 del 22/04/2014 e della nota del Dirigente Area Infermieristica/Ostetrica, Dr. Mirco Gregorini, nota Prot. n. 87014/FMSPS del 14/04/2014 così come riportate integralmente nel documento istruttorio;
3. Di notificare il presente atto all'interessata ed al suo legale;
4. Di dare atto che il presente provvedimento non comporta impegno di spesa;
5. Di trasmettere copia del presente atto al Collegio Sindacale a norma dell'art. 17 della L.R. 26/96 e s.m..

Il Responsabile del Procedimento

Dott.ssa Annamaria Quinzi

Per il parere infrascritto:

RAGIONERIA, BILANCIO e CONTROLLO di GESTIONE

Il sottoscritto, vista la dichiarazione del responsabile del procedimento, attesta che dal presente atto non deriva alcun impegno di spesa a carico dell'azienda.

Il Direttore U.O.C. Bilancio

Dott. Luigi Stortini

Il Responsabile UOS Controllo di Gestione

Dott. Luigi Stortini

- ALLEGATI -

Nessun allegato