

## LA CONSULENZA E LA GIURISPRUDENZA\*

di Paolo Pascucci \*\*

### 1. *Premessa*

Il cortese invito ad intervenire in questo importante convegno merita un sentito ringraziamento che non è solo a titolo personale, ma anche del gruppo di persone che collaborano con me intorno all'Osservatorio "Olympus" della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino "Carlo Bo". Un Osservatorio nato nel 2006 dalla collaborazione tra Ateneo urbinato, Regione Marche, Direzione regionale INAIL e che, grazie al suo sito web dedicato alla legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro nonché alle ripetute iniziative di studio di questi anni, è divenuto un considerevole punto di riferimento per i vari operatori anche al di fuori dei confini regionali.

Mi preme altresì sottolineare che quanto andrò dicendo in questo intervento costituisce il frutto di una riflessione comune del gruppo di lavoro di Olympus, che ringrazio qui in particolare nelle persone dei colleghi ed amici Alberto Andreani, Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Silvano Costanzi e Michela Bramucci Andreani.

### 2. *Oggetto dell'indagine e incidenza della natura interna del RSPP sulla sua funzione consulenziale. RSPP interno e subordinazione*

Il tema di questa comunicazione riguarda un aspetto di importanza centrale nel sistema della prevenzione nei luoghi di lavoro, quello della rilevanza giuridica del ruolo dei consulenti del datore di lavoro, siano essi consulenti che svolgono formalmente le funzioni di Responsabile del Servizio di prevenzione e protezione (RSPP) o più semplicemente consulenti per così dire "puri".

In un sistema in cui il datore di lavoro continua ad essere configurato come il principale obbligato in materia di sicurezza, l'assolvimento di tale obbligo rende sempre più necessario il ricorso ad esperti in grado di supportare l'attività del datore di lavoro specialmente sotto il profilo tecnico.

---

\* Relazione presentata al Convegno regionale su "Il lavoro e la salute nelle Marche: le possibili strategie per un intervento comune", organizzato dal Comitato regionale di coordinamento per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro delle Marche (Jesi, 27 settembre 2010).

\*\* Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino "Carlo Bo" e Presidente della Commissione tecnico-scientifica dell'Osservatorio "Olympus" (<http://olympus.uniurb.it/>).

Tale necessità è emersa nella legislazione italiana derivata dalla direttiva comunitaria n. 391/1989 mediante la introduzione delle figure del RSPP e dello stesso Servizio: un'innovazione tesa a stemperare il preoccupante isolamento in cui il datore di lavoro era relegato prima dell'avvento di tale legislazione.

D'altro canto, la stessa previsione secondo cui il RSPP e lo stesso Servizio possono essere anche esterni all'azienda, fatti salvi alcuni casi particolari, evidenzia la consapevolezza del legislatore (già del 1994 ed ora) del 2008 che l'assetto organizzativo delle imprese italiane, sovente di ridotte dimensioni, non sempre è tale da poter ragionevolmente inglobare competenze tecniche così delicate quali quelle in materia di sicurezza.

Di qui l'importanza di figure proiettate a sostenere l'opera del datore di lavoro mediante una precipua funzione consulenziale, la quale, per la verità, non cessa di essere tale neppure quando è svolta da soggetti formalmente inseriti all'interno dell'organigramma aziendale. Infatti, come è ormai evidente nella riflessione scaturita in seguito all'emanazione del d.lgs. n. 626/1994, del d.lgs. n. 195/1993 e da ultimo del d.lgs. n. 81/2008, il RSPP e lo stesso Servizio si collocano in tale organigramma in una dimensione di *staff* e non di *line*.

La funzione consulenziale del RSPP non è esclusa neppure ove questi sia interno, anche perché tale ruolo "interno" non corrisponde necessariamente alla configurazione di un rapporto di lavoro subordinato tra tale soggetto ed il datore di lavoro. Se è vero che l'art. 31, comma 4, d.lgs. n. 81/2008 rende obbligatorio il ricorso a persone o servizi esterni in assenza di "dipendenti" in possesso dei requisiti di cui all'art. 32, è invece dubbio che il termine "dipendenti" sia sinonimo di "lavoratori subordinati".

A tale proposito occorre considerare che la moderna organizzazione aziendale si avvale sempre più spesso dell'apporto di soggetti che prestano continuativamente la propria opera a favore dell'imprenditore pur non essendo da questo formalmente dipendenti (si pensi alle collaborazioni coordinate e continuative a progetto): soggetti che, pur in assenza di un vincolo di subordinazione *ex art. 2094 c.c.*, possono configurarsi "interni" all'impresa.

D'altro canto, l'amplessima definizione di "lavoratore" ora accolta dall'art. 2, lett. a, d.lgs. n. 81/2008 (pur riferendosi al soggetto destinatario della tutela) fa leva non già sulla subordinazione, bensì sull'inserimento di un lavoratore nell'organizzazione aziendale, qualunque sia la tipologia contrattuale che lo riguarda. Pare quindi ragionevole sostenere che quel termine "dipendenti" costituisca un refuso o un inconsapevole retaggio del d.lgs. n. 626/1994 (incentrato ancora sul lavoro subordinato) e che, pertanto, debba essere interpretato in senso estensivo, come del resto accade nel caso di altre disposizioni dello

stesso d.lgs. 81/2008 che, pur parlando espressamente di “dipendente” o di “impresa”, non possono non riferirsi ai più ampi concetti di “lavoratore” e di “datore di lavoro”.

Né potrebbe escludersi che, in base ad un’interpretazione evolutiva, il termine “dipendenti” di cui all’art. 31, comma 4, d.lgs. n. 81/2008 stia a segnalare una dipendenza meramente economica e non giuridica, come si evidenzia anche nelle collaborazioni autonome a progetto.

Considerazioni non dissimili potrebbero riguardare un’altra figura chiamata a collaborare strettamente con il datore di lavoro con compiti di carattere consulenziale, vale a dire il Medico competente. In base alle argomentazioni appena svolte, potrebbe infatti essere dubbio che l’art. 39, comma 2, lett. c, d.lgs. n. 81/2008, indicando i possibili ruoli del Medico competente, con l’espressione di “dipendente del datore di lavoro” intenda esclusivamente riferirsi ad un lavoratore subordinato e non anche, ad esempio, parasubordinato.

In sintesi, ciò che si vuol qui sottolineare, sia per quanto attiene al RSPP sia per quanto riguarda il Medico competente, è che la loro posizione contrattuale appare neutra rispetto alla funzione svolta, la quale, indipendentemente dal rapporto che intercorre con il datore di lavoro, conserva in ogni caso natura consulenziale con finalità di supporto tecnico nei confronti di quest’ultimo.

### *3. Ampiezza di una possibile indagine sulla consulenza e necessaria delimitazione dell’intervento*

Il richiamo alla figura del Medico competente evidenzia come sarebbe comunque riduttivo limitare una riflessione sul ruolo consulenziale in materia di sicurezza del lavoro al solo RSPP.

D’altra parte, il tema potrebbe ancor più ampliarsi considerando quanto lo stesso d.lgs. n. 81/2008 prevede all’art. 10 in ordine alle attività di consulenza che una nutrita serie di soggetti pubblici e privati possono svolgere in favore dei datori di lavoro. A tale proposito pare opportuno precisare che i destinatari di tale consulenza non si esauriscono nelle imprese artigiane, agricole, nelle piccole e medie imprese e nelle rispettive associazioni di categoria: tali soggetti sono infatti considerati “in particolare”, il che significa da un lato che essi meritano una particolare considerazione, ma dall’altro che anche altri datori di lavoro sono meritevoli. Non dovrebbe infatti dimenticarsi che, stante la vocazione universalistica del d.lgs. n. 81/2008, la consulenza dovrebbe riguardare, ad esempio, anche i

datori di lavoro pubblici che, specialmente nel caso degli enti di minori dimensioni, hanno esigenze non dissimili dalle piccole imprese.

Una ulteriore riflessione dovrebbe poi riguardare il rapporto che il d.lgs. n. 81/2008 instaura tra attività di vigilanza e consulenza, dovendocisi interrogare a fondo sull'esatto significato del termine "consulenza" stante la rigida previsione dell'art. 13, comma 5. Per altro verso, l'analoga disposizione che impedisce ai medici dipendenti pubblici assegnati agli uffici che svolgono attività di vigilanza di prestare attività di Medico competente (art. 39, comma 3) appare decisiva proprio per confermare il carattere consulenziale dell'attività dello stesso medico competente.

È evidente che i limiti di questo intervento non consentono di occuparsi di tutto ciò. Pertanto, chiarito che il tema meriterebbe ben altra trattazione, qui ci si soffermerà soltanto su di uno dei tanti aspetti che esso evoca, vale a dire quello delle responsabilità del consulente del datore di lavoro, prendendo tuttavia in considerazione soltanto quelle figure consulenziali che operano o come RSPP "interni" o "esterni", oppure come veri e propri consulenti "puri" senza rivestire formalmente incarichi previsti dalla legge. Di ciò si parlerà tenendo conto degli orientamenti elaborati in questi anni dalla giurisprudenza e dalla dottrina, avvertendo peraltro che, data la giovane età del d.lgs. n. 81/2008, tale elaborazione deriva ancora prevalentemente dall'interpretazione del d.lgs. n. 626/1994. Tale avvertenza è quanto mai necessaria perché se è probabile che molti dei principi costruiti dal 1994 in poi trovino conferma anche dopo l'emanazione della recente disciplina, non può però affatto escludersi che alcune delle sue nuove previsioni inducano i giudici a rivedere alcuni orientamenti.

#### 4. *La funzione consulenziale del RSPP*

L'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 81/2008 conferma la funzione consulenziale del RSPP, convalidando il ruolo di supporto tecnico di *staff*, di tipo consultivo e promozionale, svolto dal Servizio di prevenzione e protezione nei confronti del datore di lavoro, al quale il Servizio stesso – ed in primo luogo il suo Responsabile, che al datore "risponde" (art. 2, lett. *f*) – è legato da uno stretto rapporto funzionale. Ciò trova ulteriore conferma nell'art. 33, comma 3, secondo cui il servizio in questione "è utilizzato dal datore di lavoro". Il Servizio di prevenzione e protezione è quindi essenzialmente uno strumento tecnico nelle mani del datore di lavoro, per permettergli di adempiere correttamente l'obbligo di sicurezza che grava su di lui.

Come afferma anche di recente la giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., sez. IV, 15 gennaio 2010, n. 1834), il Responsabile del servizio, al pari dei suoi componenti, è “una sorta di consulente del datore di lavoro ed i risultati dei suoi studi e delle sue elaborazioni, come pacificamente avviene in qualsiasi altro settore dell’amministrazione dell’azienda, vengono fatti propri dal datore di lavoro che lo ha scelto, con la conseguenza che quest’ultimo delle eventuali negligenze del consulente è chiamato comunque a rispondere”.

Pertanto, è sul datore di lavoro che continuano a gravare tutti gli obblighi relativi alla prevenzione, non risultando egli sollevato dalle proprie responsabilità in materia neppure tramite il ricorso a persone o servizi esterni (art. 31, comma 5). Come rilevato più volte in giurisprudenza, la sola nomina del RSPP non esonera il datore di lavoro da tali responsabilità (v. da ultimo Cass. pen., 26 agosto 2010, n. 32357), non dovendosi peraltro trascurare che il legislatore, in relazione alle attribuzioni del Servizio e del suo Responsabile, parla di “compiti” e non di obblighi (v. la rubrica dell’art. 33), alludendo quindi a funzioni non operative, ma strumentali all’attività richiesta al datore di lavoro.

Dal carattere consulenziale delle attività svolte dal Servizio di prevenzione e protezione discende la perdurante mancanza di sanzioni penali speciali a carico del Responsabile e degli Addetti a tale Servizio in caso di violazione dei loro compiti, non disponendo essi di poteri d’intervento per attuare le norme di prevenzione (Cass. pen., 22 novembre 2006, n. 38430).

##### *5. Le responsabilità del RSPP negli orientamenti dei giudici*

Tuttavia, come evidenzia la giurisprudenza, seppur con accenti diversi, l’assenza di esplicite sanzioni negli artt. 55 e ss. del d.lgs. n. 81/2008 non significa che il Responsabile e gli Addetti del Servizio di prevenzione e protezione non abbiano alcuna responsabilità nel caso di infortuni o malattie professionali ove l’omesso assolvimento, o l’assolvimento inadeguato (per imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline) di un compito risulti causalmente rilevante nella produzione dell’evento lesivo, ovvero quando quest’ultimo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che il soggetto in questione avrebbe avuto l’obbligo di conoscere e segnalare, così da consentire l’adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzarla (cfr. di recente, Cass. pen., sez. IV, 20 agosto 2010, n. 32195; Cass. pen., sez. IV, 26 aprile 2010, n. 16134; Cass. pen., sez. IV, 15 gennaio 2010, n. 1834).

Infatti, occorre “distinguere nettamente il piano delle responsabilità prevenzionali, derivanti dalla violazione di norme di puro pericolo, da quello delle responsabilità per reati colposi di evento, quando, cioè, si siano verificati infortuni sul lavoro o tecnopatie”. Se il RSPP “non può essere chiamato a rispondere per il solo fatto di non avere svolto adeguatamente le proprie funzioni di verifica delle condizioni di sicurezza, proprio perché, come si è visto, difetta una espressa sanzione nel sistema normativo”, egli potrà invece, secondo le regole generali, “essere tenuto a rispondere – proprio perché la sua inosservanza si pone come concausa dell’evento – dell’infortunio in ipotesi verificatosi proprio in ragione dell’inosservanza colposa dei compiti di prevenzione attribuitigli dalla legge”. Più in particolare, “l’assenza di capacità immediatamente operative sulla struttura aziendale non esclude che l’eventuale inottemperanza a tali funzioni – e segnatamente la mancata o erronea individuazione e segnalazione dei fattori di rischio delle lavorazioni e la mancata elaborazione delle procedure di sicurezza nonché di informazione e formazione dei lavoratori – possa integrare una omissione rilevante per radicare la responsabilità tutte le volte in cui un sinistro sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa ignorata o male considerata dal responsabile del servizio” (Cass. pen., sez. IV, 20 agosto 2010, n. 32195).

La giurisprudenza osserva inoltre che qualora il datore di lavoro, in quanto privo di adeguate cognizioni, non potesse rilevare l’errore compiuto, egli potrebbe perfino essere esonerato da ogni responsabilità, purché, ovviamente, non sia ravvisabile nella sua condotta qualche ulteriore profilo di colpa, potendo al RSPP risultare ascrivibile “un titolo di colpa professionale che può assumere anche un carattere addirittura esclusivo” (Cass. pen., 31 marzo 2006, n. 11351; Cass. pen., 20 giugno 2008, n. 25288; Cass. pen., sez. IV, 20 agosto 2010, n. 32195; Cass. pen., sez. IV, 14 luglio 2010, n. 27362).

Anzi, secondo la giurisprudenza di legittimità, il d.lgs. n. 195/2003, con cui sono stati rivisti i requisiti per la figura del RSPP, rappresenterebbe la fonte della costituzione, in capo allo stesso RSPP, di una vera e propria posizione di garanzia, gravandolo di responsabilità ogni qualvolta un infortunio sia riconducibile anche alla mancata segnalazione di una situazione di pericolo che egli aveva l’obbligo di evidenziare: una posizione di garanzia, tuttavia, da non confondere con quella del soggetto espressamente delegato alla predisposizione delle misure di sicurezza ed alla vigilanza sulla loro attuazione (Cass. pen., 10 giugno 2009, n. 23929).

Inoltre, al di là della possibile responsabilità del RSPP anche sul piano civilistico per le conseguenze dell'errata o incompleta attività di consulenza (con ciò ne deriva in merito al diritto di rivalsa del datore di lavoro nei suoi confronti), non si deve trascurare come la responsabilità del RSPP e degli ASPP, quando siano "interni", possa ricondursi all'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008.

#### 6. *La responsabilità del consulente "puro"*

Sebbene la legge (d.lgs. n. 81/2008) non lo prenda espressamente in considerazione, anche per il consulente "puro", cioè che non ricopra il ruolo di RSPP, possono evidenziarsi profili di responsabilità.

Non si deve infatti dimenticare che, secondo la giurisprudenza, "anche un estraneo all'organigramma aziendale può assumere – nello specifico un consulente esterno – la figura di dirigente, come tale destinatario esclusivo o concorrente del rispetto della normativa antinfortunistica; tuttavia occorre un esame rigoroso dei comportamenti concretamente e costantemente tenuti con speciale riguardo alla sicurezza degli impianti e del lavoro. Occorre cioè che siano rintracciabili condotte dalle quali, per ricorrenza, costanza e specificità, possa desumersi che l'esterno abbia svolto funzioni dirigenziali, come tali riconosciute da tutti in ambito aziendale, anche nel campo della sicurezza del lavoro con poteri decisionali al riguardo. Non è pertanto sufficiente per l'autoassunzione di posizioni di garanzia fonte di responsabilità, l'interessamento, accanto alla consulenza aziendale generale in materia finanziaria e commerciale, a problemi tecnici comuni con quest'ultima, ma sono necessari elementi idonei a dimostrare che il consulente abbia, andando al di là dei propri compiti contrattuali, trasformato in concreto questi ultimi fino ad essere ed apparire ai garantiti come un effettivo dirigente nella esplicazione di funzioni sovraordinate capaci di incidere significativamente nella complessiva organizzazione dell'azienda e specificamente nell'ambito proprio della sicurezza del lavoro" (Cass. pen., sez. IV, 23 febbraio 2000, n. 7386, con riguardo al caso di un dottore commercialista).

Tale orientamento pare del resto in linea con la norma di chiusura ispirata al principio di effettività contenuta nell'art. 299 d.lgs. n. 81/2008, secondo la quale le posizioni di garanzia relative alle figure di datore di lavoro, dirigente e preposto gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti.

### 7. Mancanza di una preclusione sul cumulo tra il ruolo di RSPP e di “delegato”: considerazioni critiche

Il d.lgs. n. 81/2008 non ha purtroppo risolto il dilemma relativo alla cumulabilità del ruolo di RSPP con altre posizioni e/o incarichi operativi, così implicitamente avallando la prassi ricorrente della delega di funzioni al RSPP.

Si tratta di una prassi che la stessa giurisprudenza ha ritenuto ammissibile – con la possibile condanna del RSPP “delegato” (Cass. pen., 21 giugno 2007, n. 24479) – a dispetto della evidente differenza che in materia di sicurezza esiste tra le funzioni di *staff* e quelle di *line* (Cass. pen., sez. IV, 1° giugno 2010, n. 20592) e, più in particolare, tra quelle del RSPP e quelle del “delegato”. Come osservato dalla Cassazione, se la condotta del RSPP, “ancorché oggettivamente violatrice di taluno (dei precetti prevenzionali), non potrà mai essere considerata caratterizzata da un titolo di colpa specifica e, quindi, il reato nei suoi confronti risulterà perseguibile solo ad istanza della persona offesa”, diverso discorso dovrà farsi, con la conseguente procedibilità d’ufficio, qualora al RSPP sia stata conferita specifica delega: il RSPP “è, infatti, esente da responsabilità prevenzionali, derivanti dalla violazione delle norme di puro pericolo, qualora agisca come tale, ma non se il datore di lavoro lo investa di delega, ne faccia, ai fini prevenzionali o a determinati fini prevenzionali, il proprio *alter ego*, assumendo il delegato, in questo caso, gli stessi oneri del datore di lavoro e, quindi le stesse, eventuali, responsabilità” (Cass. pen., 31 marzo 2006, n. 11351).

La mancanza nel d.lgs. n. 81/2008 di un esplicito divieto di attribuzione di delega al RSPP suscita non poche perplessità e c’è da chiedersi se costituisca elemento davvero decisivo per ritenere pienamente ammissibile tale possibilità. Non si deve infatti dimenticare che il d.lgs. n. 81/2008, a differenza del d.lgs. n. 626/1994, ha esplicitamente e dettagliatamente disciplinato l’istituto della delega di funzioni nell’art. 16, il quale tuttavia consente la delega a certe condizioni eccezion fatta per i casi in cui sia espressamente esclusa.

Gli artt. 16 e 17 d.lgs. n. 81/2008 escludono espressamente la possibilità di delega soltanto da un punto di vista oggettivo, individuando i due obblighi datoriali indelegabili (valutazione dei rischi e designazione del RSPP: art. 17), senza prevedere alcunché in ordine ad eventuali preclusioni soggettive. Sul piano letterale, dunque, le apposite norme sulla delega non escludono la possibilità di una delega di funzioni datoriali al RSPP.

È evidente come l’ammissibilità di tale delegabilità sconvolga il modello di prevenzione in azienda che il legislatore ha opportunamente delineato, distinguendo accuratamente – anche dal punto di vista della collocazione delle relative norme – le

previsioni concernenti gli obblighi di garanzia (Capo III, Sezioni I e II) da quelle attinenti al Servizio di prevenzione e protezione (Capo III, Sezione III).

Come già prima dell'emanazione del d.lgs. n. 81/2008 ampia parte della dottrina aveva rilevato, la coincidenza nella medesima persona fisica dei ruoli operativi e di quelli consulenziali finirebbe per dar luogo ad una intollerabile confusione e sovrapposizione di ruoli e compiti non certo gradito al legislatore e che produrrebbe lo svilimento sia delle responsabilità di garanzia gravanti sui soggetti collocati nella *line* aziendale (datore, dirigenti, preposti, lavoratori) sia del precipuo ruolo di consulenza e supporto tecnico all'effettivo ed efficace assolvimento di quelle responsabilità che, in una evidente logica di *staff*, fa capo al Servizio di prevenzione e protezione ed *in primis* al suo Responsabile.

D'altra parte, la spiccata autonomia del ruolo consulenziale e di supporto del Responsabile e degli Addetti del Servizio di prevenzione e protezione è sicuramente confermata dal fatto che, come sottolineato in precedenza, il d.lgs. n. 81/2008 non li ha assoggettati alle proprie specifiche sanzioni penali ed amministrative in merito allo svolgimento dei loro compiti (fatti salvi i possibili profili di responsabilità sul piano del diritto penale comune e del diritto civile di cui si è già detto).

E d'altronde, scendendo più in dettaglio, la primaria funzione consulenziale tecnica del RSPP, vale a dire quella di necessario collaboratore del datore nella valutazione dei rischi (art. 29, comma 1), risulterebbe quanto mai compromessa, per non dire vanificata, ove egli dovesse anche rivestire, in forza di una delega, il ruolo di attuatore delle misure di prevenzione identificate in detta valutazione. In altri termini, più si indebolisce l'indipendenza tecnica del RSPP, più il suo ruolo finisce per rivelarsi sostanzialmente inutile.

Questi rilievi critici potrebbero forse trovare qualche sostegno sul piano sistematico mediante la combinazione tra l'art. 17, lett. *a* (indelegabilità della valutazione dei rischi) e l'art. 29, comma 1 (necessaria collaborazione del RSPP alla valutazione dei rischi), dalla quale, neppure tanto implicitamente, pare emergere l'inaammissibilità di quella attenuazione della "alterità" di tale Responsabile rispetto al datore di lavoro che invece si evidenzerebbe ove fosse anche un suo delegato.

Questa combinazione normativa potrebbe forse consentire una più ampia rilettura dell'altra previsione dell'art. 17 (la lett. *b*), nel senso che non solo la designazione del RSPP deve costituire il frutto di una scelta organizzativa ascrivibile esclusivamente alla

responsabilità del datore di lavoro, ma che anche il suo ruolo deve essere estraneo al regime della delega.

Ulteriori elementi che sul piano della ragionevolezza sembrano deporre in questa direzione potrebbero poi rinvenirsi nello stesso art. 16, sia nella sua versione originaria sia in quella innovata dal d.lgs. n. 106/2009. Si pensi innanzitutto al fatto che, in quanto delegato, il RSPP dovrebbe essere assoggettato alla vigilanza del datore delegante (comma 3), così confondendosi e stemperandosi l'attività di controllo che il datore dovrebbe invece svolgere sull'operato di tale Responsabile inteso funzionalmente come suo consulente. E si pensi inoltre alla possibilità del delegato di sub-delegare ora specifiche funzioni previa intesa con il datore di lavoro (comma 3-bis), così mescolandosi indebitamente e pericolosamente funzioni di *staff* e di *line* ove la sub-delega provenisse da un RSPP delegato dal datore.

D'altra parte, anche il confronto tra i compiti del Servizio di prevenzione e protezione (art. 33) e gli obblighi del datore e del dirigente (art. 18) evidenzia chiaramente la distanza tra il ruolo progettuale e consulenziale del RSPP e quello di garanzia degli altri due soggetti.

Le considerazioni fin qui svolte non sembrano contraddette dal fatto che l'art. 34 d.lgs. n. 81/2008, in certi casi (Allegato II) e fatte salve alcune eccezioni (art. 31, comma 6), consente al datore di lavoro di svolgere direttamente i compiti di prevenzione e protezione. Occorre infatti sottolineare come tale ipotesi non solo costituisca comunque un'eccezione alla regola generale, che ne esce quindi confermata, ma debba essere anche correttamente inquadrata come una facoltà ("può svolgere") che, come tale, va esercitata con la massima accortezza e, a ben guardare, non deve essere enfatizzata. Del resto tale previsione, di per sé non priva di ragionevolezza specialmente sul piano economico, presenta tuttavia una *ratio* contraddittoria nel momento in cui paradossalmente legittima lo svolgimento diretto dei compiti di prevenzione e protezione proprio da parte di quei datori di lavoro che avrebbero maggiormente bisogno di consulenza ed *expertise*.

Ovviamente, tutto quanto si è fin qui affermato in merito alla auspicabile incompatibilità tra il compito del RSPP ed i doveri connessi alle deleghe di funzioni deve essere bene inteso. Qui si è infatti voluto solamente evidenziare come, da un lato, un'interpretazione sistematica delle norme del d.lgs. n. 81/2008 non avalli oltre misura quella confusione di ruoli e come, da un altro lato, ragioni di efficacia ed effettività dell'azione di prevenzione inducano a ritenere quanto mai opportuno tenerli distinti.

Altra cosa è invece pretendere di trarre inequivocabilmente da queste considerazioni critiche la conseguenza dell'invalidità ed inefficacia della delega conferita al RSPP, con conseguente riconduzione della responsabilità in capo al datore di lavoro. Non si deve infatti trascurare che la materia *de qua* ha rilevanza sul piano penale, dominato da principi di stretta legalità e tassatività.

Sarà tuttavia interessante verificare se la giurisprudenza che si pronuncerà sul d.lgs. n. 81/2008 saprà cogliere e valorizzare gli spunti ricostruttivi qui accennati, fermo restando il compito del legislatore di sancire *expressis verbis*, nella distinzione dei ruoli, la funzione esclusivamente consulenziale del predetto Responsabile.

Al di là dell'ammissibilità o meno di una delega a tale soggetto, resta in ogni caso sullo sfondo il problema dell'esercizio di fatto di poteri direttivi da parte dello stesso Responsabile. Problema da risolvere alla stregua di quanto previsto nella già richiamata norma di chiusura ispirata al principio di effettività contenuta nell'art. 299 d.lgs. n. 81/2008.

#### 8. *Ulteriori criticità sulla configurazione legislativa della consulenza*

In chiusura di questo intervento pare opportuno svolgere alcune brevissime riflessioni su ulteriori aspetti critici relativi al ruolo dei consulenti in materia di sicurezza del lavoro.

La prima di queste riguarda la discutibile *asimmetria sul piano sanzionatorio* che il d.lgs. n. 106/2009 ha introdotto tra RSPP e Medico competente in relazione alla mancata collaborazione con il datore di lavoro per la valutazione dei rischi: asimmetria emergente dall'art. 58, lett. *c*, d.lgs. n. 81/2008 che punisce con pena alternativa solo il Medico competente, sollevando seri dubbi di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 3 Cost.

In tal modo il decreto correttivo stravolge indebitamente il ruolo consulenziale che il Medico competente, al pari del Responsabile del Servizio di prevenzione e protezione, gioca in sede di valutazione dei rischi. Se è vero che, a differenza di quest'ultimo, il Medico competente non può non essere gravato di una serie di obblighi stringenti connessi alla sua insostituibile funzione di garante della sorveglianza sanitaria e come tali giustamente presidiati da sanzioni, è altresì vero che, per quanto attiene alla valutazione dei rischi, il d.lgs. n. 81/2008, fin dal suo testo originario, lo aveva comunque configurato come collaboratore del datore (art. 2, lett. *b*; art. 29, comma 1), esaltandone la funzione

consulenziale. Funzione che, nel caso del Medico competente, a differenza del RSPP, va ad aggiungersi agli specifici obblighi previsti a suo carico fin dal d.lgs. n. 626/1994.

Anche questa discutibile previsione, come per altro verso il silenzio dell'art. 16 sulle ipotesi di inammissibilità soggettiva della delega, pare confermare l'incerta attenzione del legislatore per le attività consulenziali in materia di sicurezza del lavoro espletate a livello professionale individualmente o tramite prestazioni di servizi.

Se nel caso della sanzione per il Medico competente di cui si è parlato non è possibile correggere la svista del legislatore in via interpretativa stante il principio di tassatività e legalità vigente in materia penale, in altre ipotesi pare opportuno adottare *interpretazioni che valorizzino quanto più possibile la funzione di supporto al datore di lavoro*. È il caso, ad esempio, dell'art. 31, comma 8, nel quale il riferimento ai "gruppi di imprese" in merito all'istituzione di un unico Servizio di prevenzione e protezione pare doversi estendere anche ai consorzi di piccoli comuni.

Lo svolgimento di attività consulenziale da parte di esperti in materia di sicurezza del lavoro avrebbe meritato ben altro rilievo anche in relazione all'istituto dell'*interpello* disciplinato dall'art. 12, il quale riserva soltanto agli organismi associativi a rilevanza nazionale degli enti territoriali ed agli enti pubblici nazionali, nonché alle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed ai consigli nazionali degli ordini o collegi professionali la possibilità di presentare quesiti alla Commissione per gli interpellati.

Così, anche per la perdurante carenza di disciplina delle libere professioni più strettamente connesse alla gestione della prevenzione che, più di altre, si misurano quotidianamente con l'interpretazione delle norme in materia, non possono direttamente presentare interpellati proprio i soggetti che più di altri potrebbero ravvisarne la necessità.

Più in generale, è evidente che il tema della consulenza evoca il problema strategico della *formazione dei consulenti*, che non può certo ritenersi integralmente risolto dalle importanti ma minimali prescrizioni poste dall'art. 32 d.lgs. n. 81/2008 sulla scorta di quanto introdotto dal d.lgs. n. 195/2003.

Pur nel rispetto di quelle prescrizioni, occorre al più presto recepire, sviluppandoli, i timidi segnali emergenti dall'art. 32, comma 5, che indica in alcune lauree i titoli di studio maggiormente adatti per lo svolgimento delle attività consulenziali. Lauree da intendere tuttavia non già, come accade oggi, alla stregua di titoli che semplicemente esonerano dalla frequenza degli specifici corsi di formazione, ma invece fondate su percorsi formativi *ad hoc*

maggiormente strutturati che valorizzino il più possibile le specificità della consulenza in questa materia e che nel contempo forniscano agli aspiranti consulenti una robusta conoscenza sistemica dell'organizzazione aziendale.

Infatti, nessuna competenza specialistica potrà mai garantire la realizzazione di un'adeguata prevenzione ove non sia sorretta dalla chiara consapevolezza dell'importanza che l'*organizzazione aziendale e del lavoro* rivestono a tale proposito.

In attesa di una auspicabile revisione degli attuali requisiti per l'espletamento delle attività consulenziali di tipo professionale, revisione che coinvolge necessariamente anche le Università, un ruolo non trascurabile può essere svolto dagli *organismi paritetici*, specialmente raccordando la loro tradizionale funzione in materia di formazione con i loro nuovi compiti relativi alle attività ed ai servizi di supporto al sistema delle imprese, anche per quanto attiene ai *modelli di organizzazione e gestione della sicurezza* (art. 51, commi 3 e 3-bis).

Nonostante alcune comprensibili esitazioni, indotte anche dall'incerto regime giuridico che riguarda tali modelli, nessuno comunque dubita della loro importanza specialmente dopo le prime pronunce dei giudici in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (Trib. Trani, Sez. Molfetta, 26 ottobre 2009). Del resto, non è minimamente immaginabile che, alle soglie del secondo decennio del terzo millennio, i consulenti in materia di sicurezza del lavoro, soprattutto ove siano RSPP, non padroneggino adeguatamente la materia dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza.

Infine, ma non certo per importanza, va sottolineata la sempre più netta importanza delle *associazioni di categoria dei datori di lavoro* che, fra l'altro, l'art. 31, comma 1, d.lgs. n. 81/2008 individua, insieme agli organismi paritetici, come possibili sedi per i servizi esterni di prevenzione e protezione.

Credo che questa previsione vada letta in senso dinamico, inquadrando cioè le associazioni datoriali non solo come mere fornitrici di tali servizi alle aziende, ma anche come soggetti capaci di investire sulla formazione e la crescita delle competenze necessarie per far sì che gli stessi servizi siano sempre più efficaci.