



Stefano Testa Bappenheim

(Ph.D. in diritto ecclesiastico europeo, *doctor Communitatis Europaeae*,
Paris XI, *Marie Curie Fellow*,
professore a contratto di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di
Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino).

"Morgen, Morgen! Nur nicht heute!"

Il lavoro dei religiosi secondo la legislazione tedesca *

SOMMARIO: Introduzione - 1. Indicazione ad alcune questioni che si possono porre relative ad aspetti tributari o di previdenza sociale - 2. Nessun legame di lavoro con i contratti di servizio - 2.1. Requisiti per l'Istituto - 3. Natura giuridica del *Gestellungsvertrag* - 3.1. Terminologia - 3.2. *Gestellungsvertrag*: costruzione illegale o contratto *sui generis*? - 4. Cambiamenti della giurisprudenza - 4.1. Giurisprudenza del *Reichsfinanzhof* - 4.2. Giurisprudenza del *Bundesfinanzhof* - 4.3. La prassi dell'autorità finanziaria - 5. Aspetti prettamente giuridici dei *Gestellungsverträge* - 5.1. Questioni giuridiche generali sulla costituzione aziendale relativa all'attività dei professi in un istituto estraneo all'Ordine.

Introduzione

Contro un legame lavorativo o paralavorativo parla, oltre alla realtà dei fatti, anche l'art. 5 Abs. 2 nr. 3 *BetrVG*, secondo il quale chi svolgesse attività per motivi religiosi o caritativi non andrebbe considerato un lavoratore dipendente¹.

Fra le altre, anche la LSG della Baviera ha stabilito che il particolare legame fra un Istituto religioso ed i propri componenti non abbia natura lavorativa². I religiosi non appaiono, infatti, obbligati ad una specifica mansione lavorativa, ma sono a disposizione del loro Istituto: fra questo ed i suoi componenti non pare esservi, secondo la giurisprudenza tedesca, un legame di natura lavorativa³.

* Il contributo è destinato agli *Scritti in onore del Prof. Paolo Pastori*, in corso di stampa.

¹ G. MÜLLER, *Zum Recht des Ordensvertrages*, Paderborn, 1956, pag. 14; W. HERSHEL, *Der Ordensvertrag*, in *BarbBl*, 1957, pagg. 754 ss.

² Bay. LSG, *Breithaupt* 54 (1965), 916 ss.

³ BSGE 40, pagg. 179 ss. 182; *SozR* 4100 § 36 AFG nr. 8, 15, 17; *KirchE*, XV (1980), 21, 24; RAG ERAG/LAG 12, 450, 451; BAG, in *NJW*, XLIII (1990), pagg. 2082 ss.



Una differenza sostanziale fra un datore di lavoro laico ed uno religioso non è innanzi tutto da stabilire, se il lavoratore è un religioso, ed a prescindere dalla giurisdizione del Vescovo diocesano con l'assunzione o la conclusione di un ufficio ecclesiastico⁴ con religiosi. Le disposizioni fondamentali del lavoro ecclesiastico, nell'ambito di legami di lavoro ecclesiastici, esentano di norma i religiosi dalla validità di queste disposizioni⁵.

La professione religiosa sottintende l'adesione ad un modo di vita basato sui consigli evangelici. Essa è, *in primis*, un atto religioso, attraverso il quale viene creato un particolare legame fra il professore e Dio; ma, *in secundis*, è anche, sotto un duplice punto di vista, un atto giuridico: come atto costitutivo e come atto d'incorporazione⁶.

Atto costitutivo, nella misura in cui fosse costitutiva, per il professore, d'un nuovo status nella Chiesa, con diritti e doveri previsti dal Codice di diritto canonico⁷.

Atto d'incorporazione, nella misura in cui desse vita ad un legame fra professore ed Istituto religioso, in virtù del quale quello sia incorporato in questo, e da quest'incorporazione conseguano diritti e doveri specifici⁸.

A differenza degli altri istituti di vita consacrata, nei quali la professione dei consigli evangelici può attuarsi mediante altri vincoli sacri⁹, nella vita religiosa tale professione esige l'assunzione dei consigli mediante voto pubblico¹⁰. Ciò comporta, da un lato, che, in quanto

⁴ Per l'impostazione teorica generale, v. **M.G. BELGIORNO DE STEFANO**, *La parrocchia prima e dopo il Concilio Vaticano II*, in *Studi in onore di P.A. D'Avack*, I, Milano, 1976, pagg. 206 ss.; **V. DE PAOLIS, CS**, *Schema-tipo di convenzione per l'affidamento delle parrocchie ai religiosi*, in *Informationes SCRIS*, XII (1986), pagg. 133 ss. e 233 ss.

⁵ Art. 3: "Sotto queste disposizioni non rientrano i collaboratori che siano attivi per legami di servizio in quanto sacerdoti o appartenenti ad un istituto religioso". Si tratta delle disposizioni emanate dai Vescovi cattolici della Germania, in vigore dal 1 gennaio 1994: v. *Amtsblatt des Erzbistums Köln*, Stück 25, n. 198, pagg. 222-224. Cfr. **G. THÜSING**, *Das Arbeitsrecht in der Kirche - Ein Nachtrag der aktuellen Entwicklungen*, in *NZA*, 2002, pagg. 306 ss.

⁶ **V. S. TESTA BAPPENHEIM**, *Il danno da uccisione di religioso, negli ordinamenti francese, tedesco ed italiano*, Cosenza, 2007.

⁷ Cann. 662-672.

⁸ **P. BELLINI**, *L'autonomia privata nei rapporti fra ordinamento canonico ed altri ordinamenti*, in *AA.VV.*, *La norma en el derecho canónico*, *Actas del III congreso internacional de derecho canónico*, Pamplona, 1979, pagg. 710 ss.; **G. GÄNSWEIN**, voce *Treueid*, in **A. VON CAMPENHAUSEN - I. RIEDEL-SPANGENBERGER - R. SEBOTT**, *Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht*, Paderborn - Wien - München, 2002; **R. PUZA**, voce *Inkardination*, in *Lexikon des Mittelalter*, München - Zürich, 1980.

⁹ **L.F. NAVARRO**, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa*, Roma, 2000, pag. 134.

¹⁰ Cann. 607, § 2, e 654.



voto, il vincolo con cui il religioso si impegna ad osservare i consigli evangelici sia quello più stabile, e che, in quanto pubblico, la professione religiosa sia ricevuta dal legittimo superiore, in nome della Chiesa¹¹. Perciò la professione religiosa è sempre un atto pubblico, fatto dinanzi alla Chiesa, che colloca la persona del fedele in una posizione nella quale questi dovrà testimoniare, anche pubblicamente, la propria consacrazione. La professione religiosa non è solo l'atto con il quale il candidato diventi membro dell'Istituto (giacché, in tal caso, si tratterebbe solo dello strumento per l'incorporazione in un'entità associativa¹²), bensì, principalmente, un atto di consacrazione a Dio, di donazione totale, con una particolare rilevanza pubblica. Perciò la professione si fa *coram Ecclesia*, in una cerimonia liturgica¹³, è ricevuta dal Superiore legittimo in nome della Chiesa, e non solo in nome dell'Istituto¹⁴. La professione, dunque, innanzitutto consacra la persona a Dio, e, poiché non esiste vita religiosa senza Istituto religioso¹⁵, simultaneamente incorpora la persona nell'Istituto. Quest'atto d'incorporazione all'Istituto genera un rapporto giuridico fra l'Istituto ed il singolo professo, che troverà concreta traduzione in diritti e doveri specifici.

Dal canto proprio, l'Istituto ha l'obbligo di prendersi cura dei propri membri, anche in vecchiaia e malattia, nonché di mettere a loro disposizione tutte quelle cose che, a norma delle costituzioni, siano necessarie per realizzare il fine della loro vocazione¹⁶.

Da parte del professo corrisponde l'obbligo di osservare la norma sulla "*cassa communis*", come dispone il CIC¹⁷: "*Quidquid religiosus propria acquirit industria vel ratione Instituti, acquirit Instituto. Quae ei ratione pensionis, subventionis vel assecurationis quoquo modo obveniunt, Instituto acquiruntur, nisi aliud iure proprio statuatur*"¹⁸.

¹¹ Can. 1192, § 1.

¹² V., per l'impostazione teorica generale, M. TEDESCHI, *Preliminari a uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa*, Milano, 1974; J. RATZINGER, voce *Fraternité*, in *Dictionnaire de Spiritualité*, Paris, 1953 ss.

¹³ *Ordo professionis religiosae, praenotanda*, nn. 1 - 8, promulgato dalla SACRA CONGREGAZIONE PER IL CULTO DIVINO, decreto del 2 febbraio 1970, Città del Vaticano, 1975, pagg. 7-9.

¹⁴ Il can. 654 sottolinea, infatti, che "con la professione religiosa i membri... sono consacrati a Dio mediante il ministero della Chiesa e vengono incorporati all'Istituto".

¹⁵ L.F. NAVARRO, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa*, cit., pag. 135.

¹⁶ Can. 670. Cfr. M. TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 2004, pagg. 178 ss.

¹⁷ Cfr. M. TEDESCHI, *La codificazione canonica. Problemi metodologici*, in *Dir. eccl.*, CII (1992), pagg. 113 ss.

¹⁸ Can. 668, § 3: "Tutto ciò che un religioso acquista col proprio lavoro o a motivo dell'Istituto, rimane acquisito all'Istituto stesso. Ciò che gli proviene come pensione,



Ne consegue che, nell'ambito giusciviltistico e giuslaburistico tedesco, il paradigma contrattuale migliore per regolare i rapporti di lavoro dei religiosi sia il *Gestellungsvertrag*.

Un contratto individuale fra una suora ed un ospedale, riguardante l'attività di quest'ultima come infermiera stabile, non viene di norma preso in considerazione, stante lo *status* di suora che ha fatto voto di povertà. Perciò viene stipulato un c.d. *Gestellungsvertrag*, dove la controparte contrattuale dell'ospedale sarà l'Istituto religioso, e non la singola suora. L'Istituto religioso si obbliga, per esempio, ad inviare all'ospedale quattro suore come infermiere, senza però indicarle nominalmente. Lo stipendio spetterà all'Istituto religioso, non alle singole suore. Questo tipo di contratto, chiamato, appunto, *Gestellungsvertrag*, viene considerato ideale per regolare il lavoro dei religiosi. Laddove esso, per una qualsiasi ragione, non fosse possibile od opportuno, oppure laddove venisse richiesto uno specifico religioso, a causa di una particolare qualificazione professionale, verrà certo posto in essere un contratto individuale, ma contemporaneamente, attraverso accordi interni all'Ordine, verrà assicurato che lo stipendio dell'interessato venga versato all'Istituto religioso.

1 - Indicazione ad alcune questioni che si possono porre relative ad aspetti tributari o di previdenza sociale

Le disposizioni tributarie e di previdenza sociale sono naturalmente differenti nei varî *Länder*. In Baviera, *ad ex.*, il compenso del *Gestellungsvertrag* è pressoché esente da tassazione. In determinati casi, inoltre, i religiosi sono anche esentati dai pagamenti per la previdenza sociale obbligatoria¹⁹, esenzione che, però, può presentare

sussidio o assicurazione, a qualunque titolo, resta similmente acquisito all'Istituto, tranne che sia disposto diversamente dal diritto proprio".

¹⁹ "Esenzione dalla previdenza sociale sussiste per i religiosi, se essi come impiegati od in qualche modo occupati dello Stato federale, di un Land, di un comune o di un'unione di comuni, di enti di diritto pubblico, istituti, fondazioni o unioni di enti di diritto pubblico, secondo le disposizioni normative degli impiegati, in caso di malattia hanno diritto a sussidi... Esenti sono anche i componenti di ordini religiosi cattolici, le diaconesse protestanti e le persone equiparabili, se essi prevalentemente per motivi ideali o religiosi sono impegnate nella cura dei malati, nell'insegnamento od in altre attività di interesse sociale, e non ricevono nulla più del semplice mantenimento o un piccolo stipendio": **B. PRIMETSHOFER**, *Kirchenspezifische Dienstverhältnisse, III Religiosen*, in *Handbuch des Vermögensrecht der kath. Kirche*, Regensburg 1993, pag. 725; **R. PUZA**, *Ordensstand und Treuhand. Überlegungen zur Rechtsstellung des Ordensangehörigen*, in **P. LEISCHING – F. POTOTSCHNIG – R. POTZ** (a cura di), *Ex aequo et bono. W.M.Plöchl zum 70. Geburtstag*, Innsbruck, 1977,



anche svantaggi: nel caso d'espulsione dall'Istituto, agli interessati non spetterebbe alcuna pensione; quindi l'essenza del *Gestellungsvertrag* è che la controparte non sia un singolo lavoratore, ma l'Istituto, che di norma può sostituire il religioso Tizio con il religioso Caio²⁰. Per questa ragione ci si può chiedere, di fronte all'età media dei componenti di molti Istituti religiosi ed alle sempre crescenti problematiche per il mantenimento economico di molti religiosi anziani, se i vantaggi di un normale contratto di lavoro non possano forse diventare preferibili²¹.

Secondo l'opinione dominante, i religiosi non sono da considerare, proprio in virtù del loro legame religioso, come lavoratori dipendenti o similari²².

pagg. 423 ss.; **H.S. GLENSKI**, *Die Stellung der Ordensangehörigen in der Krankenversicherung*, Köln, 2000, *passim*.

²⁰ **R. HENSELER, CSSR**, *Ordensrecht*, in **K. LÜDICKE** (a cura di), *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Essen, 1985, pag. 30; *Erg-Lfg. Dez.*, 1998, pagg. 19 ss.

²¹ Per far fronte a questa situazione è stato fondato, il 19 novembre 1991, a München, da parte della VOD (*Vereinigung Deutscher Ordensoberinnen*), della VDO (*Vereinigung Deutscher Ordensoberer*) e dalla VOB (*Vereinigung der Ordensobern der Brüderorden und -kongregationen*), il "Solidarwerk der Katholischen Orden Deutschlands"; v. **R. HENSELER, CSSR**, *Ordensrecht*, *cit.*; **W. SCHUMACHER**, *Kommentar zur Satzung des Solidarwerks der katholischen Orden Deutschlands*, in *OK*, XXXIII (1992), pagg. 179-198.

²² *BSG*, in *KirchE*, XV (1978), pagg. 21 ss.; *BAG AP § 5 ArbGG n. 1*; *BayLSG*, in *Breithaupt*, LIV (1965), pagg. 916 ss.; ed *ivi*, LIX (1970), pagg. 651 ss.; ed in *KirchE*, XXVI (1988), pagg. 395 ss.; **G. MÜLLER**, *Zum Recht des Ordensvertrages*, Paderborn, 1956, pagg. 14 ss.; **A. SCHEUERMANN**, *Die Lohn- bzw. Einkommensteuerpflicht von Ordensangehörigen aus der Sicht des kirchlichen Rechts*, in *AfkKR*, CXXX (1961), pagg. 325 ss.; **W. RÜFNER**, *Zur vermögensrechtlichen Stellung der Ordensleute nach dem staatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland*, in *OK*, XV (1974), pagg. 50 ss.; **H. GRENZ**, *Zur Krankenversicherung von Ordensmitgliedern in gesetzlichen Krankenkassen insbesondere zur Frage: Wie sind die Beiträge zu berechnen?*, *ivi*, XXII (1981), pagg. 35 ss.; **E. D. MENGES, OCist**, *Die vermögensrechtliche Auswirkung der Mitgliedschaft in einem kanonischen Lebensverband*, *ivi*, XXXIV (1993), pagg. 171 ss.; **G. OPPINGER**, *Die Rechtsstellung der Ordensmitglieder*, *ivi*, XXII (1981), pagg. 181 ss.

Cfr. anche **G. DOLE**, *Les professions ecclésiastiques*, Paris, 1987, *passim*; **M. TEDESCHI**, *Associazioni ecclesiastiche e autonomia negoziale*, in *Dir. eccl.*, CIV (1994), pagg. 533-556; **M.G. BELGIORNO DE STEFANO**, *Il lavoro delle suore negli ospedali: rapporto di pubblico impiego in illecito appalto di manodopera?*, in *Temi rom.*, 1978, pagg. 207 ss.; *EADEM*, *Natura della retribuzione percepita dai sacerdoti per l'attività di culto*, *ivi*, 1977, pagg. 519 ss.; *EADEM*, *Licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa nelle c.d. organizzazioni di tendenza*, *ivi*, 1980, pagg. 310 ss.; **M. DE STEFANO**, *L'ente ospedaliero quale illegittimo datore di lavoro del personale religioso*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di P.A. D'Avack*, II, Milano, 1976, pagg. 33 ss.; **M.G. BELGIORNO DE STEFANO – M. DE STEFANO**, *Rilevanza ed effetti dell'onerosità nelle prestazioni lavorative del personale religioso*, in *Dir. eccl.*, LXXXIX (1979), pagg. 239 ss.; **J.I. ARRIETA**



Ciò emerge dalla riconoscibile volontà del legislatore, secondo la quale i religiosi non fanno parte del novero di persone occupate dietro retribuzione salariale²³.

Fra un Istituto religioso ed i suoi componenti sussistono solamente legami parafamiliari²⁴, poiché non si tratta d'una semplice attività lavorativa, ma d'un "intreccio fra i legami personali con l'Istituto e l'attività lavorativa basata sulla comunità di vita parafamiliare dell'Istituto"²⁵.

I religiosi sono da considerare come un gruppo particolare di persone²⁶, alla base della cui attività si trova una motivazione religiosa, e non il desiderio di guadagno²⁷.

Questo appare dalle disposizioni normative d'ogni Istituto religioso, teleologicamente preordinate all'adempimento dei doveri religiosi²⁸.

Tillmann, a questo proposito, sostiene come il lavoro dei religiosi non si trovi in un rapporto sinallagmatico con l'obbligo di mantenimento che, nei confronti dei propri componenti, ha l'Istituto religioso: quelli, infatti, non adempiono i compiti affidati loro per ottenere in cambio il semplice mantenimento, ma presteranno la propria opera sulla base della loro posizione parafamiliare nell'Istituto²⁹.

OCHOA DE CHINCHETRU, *Fattori territoriali e personali di aggregazione ecclesiale*, in *Ius Ecclesiae*, XIV (2002), pagg. 23 ss.; **R. BOTTA**, *Il lavoro dei religiosi*, Padova, 1984, *passim*.

²³ Relazione del Governo federale in merito alla materia pensionistica, del 31 agosto 1970, Deutscher Bundestag, 6. Wahlperiode, Drucks, VI/1126, pagg. 44 ss.

²⁴ LSG NRW, in *DAnGVers*, VII (1960), pagg. 332 ss.; BayLSG, in *Breithaupt*, LIV (1965), pagg. 916 ss.; NayLSG, in *OK*, XXII (1981), pagg. 184 ss.; BayLSG, in *KirchE*, XXVI (1988), pagg. 395 ss.; **H. GRENZ**, *Zur Krankenversicherung von Ordensmitgliedern in gesetzlichen Krankenkassen insbesondere zur Frage: Wie sind die Beiträge zu berechnen?*, *cit.*, pagg. 35 ss.; **G. OPPINGER**, *Die Rechtsstellung der Ordensmitglieder*, *cit.*, pagg. 181 ss.

²⁵ BayLSG, 17 luglio 1980, Az. L 11 An 114/78, in **G. OPPINGER**, *op. cit.*

²⁶ BayLSG, in *KirchE*, XXVI (1988), pagg. 395 ss.; **H. GRENZ**, *Zur Krankenversicherung von Ordensmitgliedern in gesetzlichen Krankenkassen insbesondere zur Frage: Wie sind die Beiträge zu berechnen?*, *cit.*, pagg. 35 ss.

²⁷ BSG, in *KirchE*, XV (1975/76), pagg. 21 ss.; OLG Celle, 3 dicembre 1987, 5 U 299/86, *ivi*, XXV (1987), pagg. 386 ss., ed in *NJW*, 1988, pagg. 2618 ss.; BayLSG, in *KirchE*, XXVI (1988), pagg. 395 ss.

²⁸ *BAGE*, II, pagg. 289 ss.; *BSGE*, XIII, pagg. 76 ss., ed in *KirchE*, V (1959/61), pagg. 222 ss.; *BSGE*, XXI, pagg. 247 ss.; ed *ivi*, XXV, pagg. 24 ss.; ed in *KirchE*, VIII (1966), pagg. 76 ss.

²⁹ **R. TILLMANN**, *Die Krankenversicherungspflicht der Mitglieder von geistlichen Gnossenschaften*, in *SGb* 1999, pagg. 450 ss.



Viene, inoltre, rifiutata la comparazione delle attività interne al convento con quelle proprie d'una casalinga, poiché queste ultime costituiscono l'adempimento dei doveri di mantenimento stabiliti per legge, mentre il religioso si vincola ad attività non pagate sulla base delle disposizioni normative dell'Istituto e dei voti³⁰.

Schulin è, però, dell'opinione secondo la quale il legame fra l'Istituto ed i suoi componenti mostri, dal punto di vista delle leggi statali della sicurezza sociale, tutte le caratteristiche d'un legame lavorativo. Egli ritiene, in particolare, che la dipendenza d'un religioso dalla sua comunità sia maggiore di quella nascente da un legame lavorativo civile, poiché ne deriverebbe una totale inclusione dei religiosi nella struttura dell'Istituto.

Il diritto al mantenimento da parte dell'Istituto, conseguito con la professione, configurerebbe, perciò, il concetto di retribuzione *ex* § 14 Abs. 1 SGB IV.

Sarebbe, quindi, da considerare come avente natura retributivo-salariale ogni entrata, ordinaria o straordinaria, derivante da un'attività, a prescindere, sussistendo il diritto giuridicamente fondato alla retribuzione, da quale denominazione avesse o dalla forma con cui venisse corrisposta, nonché dal fatto ch'essa fosse successiva o contemporanea alla prestazione.

Il concetto di compenso ricomprende, secondo il legislatore, "ogni bene, espresso od esprimibile in denaro", e può anche venir pagato in natura³¹.

L'utilizzo della teoria familiare non potrebbe portare a negare un legame occupazionale rilevante ai fini della sicurezza sociale, e quindi a sottrarre i religiosi alla protezione della GKV³²; in caso contrario verrebbe rovesciata nel suo contrario l'originaria funzione della teoria familiare, ovvero quella di garantire la sicurezza sociale dei suoi componenti³³.

Il legislatore, secondo la teoria di Schulin, avrebbe, in riferimento con la posizione dei religiosi nella GKV, riconosciuto l'evidenza, ossia

³⁰ OLG Celle, 3 dicembre 1987, *cit.*

³¹ BT-Drucks, 7/4122, 32 sul § 14.

³² B. SCHULIN, *Das Verhältnis zwischen Staat und Kirche im Bereich des Sozialversicherungsrechts*, in W. GITTER – W. THIEME – H. F. ZACHER (a cura di), *Festschrift für Georg Wannagat*, Köln, 1981, pagg. 521 ss.

³³ ID., *Fragen der gesetzlichen Krankenversicherung bei Ordensleuten unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Beitragsbemessung*, in VSSR, VIII (1980), pagg. 165 ss.



che si tratterebbe d'un rapporto lavorativo fondamentalmente soggetto alle leggi sulla sicurezza sociale³⁴.

A ciò sarebbe conforme la preparazione del contratto di professione religiosa secondo il diritto canonico, che illustra un contratto bilaterale sinallagmatico.

All'aspetto religioso potrebbe avvicinarsi nell'ambito dei diritti sociali solo il valore d'un motivo non osservabile, rilevante solo nell'ambito canonico³⁵.

Questa teoria, però, non trova nessun riscontro nelle normative laburistiche tedesche, dal momento che al diritto degli Istituti religiosi viene riconosciuta priorità, *ex art.* 137 Abs. 3 WRV i.V.m. Art. 140 GG³⁶.

Schulin, inoltre, richiama l'attenzione su alcuni elementi comuni fra i legami religioso-parafamiliari e quelli impiegatizi. L'impiegato dello Stato si trova per la maggior parte della vita in rapporti tali con il proprio datore di lavoro da mettere l'intera capacità lavorativa personale a disposizione di quest'ultimo³⁷.

Tuttavia, mancando un tipico rapporto sinallagmatico, non si tratta d'un tradizionale legame di lavoro, ma d'un legame giuridico *sui generis*. Ragione fondamentale del mantenimento è che il funzionario si dedichi totalmente al servizio dello Stato³⁸.

Herschel vuole trarre conseguenze giuridiche dal fatto che una gran parte dei religiosi oggi svolga attività lavorativa presso terzi sulla base d'un semplice *Gestellungsvertrag*. Egli argomenta, quindi, che, derivandone un effetto ben preciso, vi sia bisogno d'una armonizzazione fra l'ambito giuridico canonico e quello civile³⁹.

La formulazione da lui scelta rivela come anch'egli abbia sostanzialmente la stessa posizione di Schulin.

Questa formula viene criticata da Schnizer⁴⁰, secondo il quale l'opinione di Schulin non persuaderebbe sino in fondo.

³⁴ ID., *Das Verhältnis zwischen Staat und Kirche im Bereich des Sozialversicherungsrechts*, cit., pag. 538.

³⁵ ID., *Fragen der gesetzlichen Krankenversicherung bei Ordensleuten unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Beitragsbemessung*, cit., pag. 174.

³⁶ BayLSG, in *Breithaupt*, LIV (1965), pagg. 916 ss., ove l'applicabilità dei concetti di lavoratore e di datore di lavoro è esclusa con riferimento ai legami religiosi.

³⁷ W. RÜFNER, *Zur vermögensrechtlichen Stellung der Ordensleute nach dem staatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland*, cit.

³⁸ C.H. ULE, *Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer sozialversicherungsrechtlichen Lösung der Beamtenversorgung, Geistliche und Kirchenbeamte in der Angestelltenversicherung*, in *VSSR*, I (1973), pagg. 1 ss.

³⁹ W. HERSCHEL, *Der Ordensvertrag*, in *BArbBl*, VIII (1957), pagg. 754 ss.

⁴⁰ H. SCHNIZER, *Arbeitslohn von Ordensleuten*, in *Rechtssubjekt, Rechtswirksames Handeln und Organisationsstrukturen*, Freiburg in der Schweiz, 1995, pagg. 595 ss.



Fondamentalmente gli occupati dietro compenso sono obbligati alla previdenza sociale in ogni ambito del diritto del lavoro, *ex* § 2 Abs. 2 SGB IV. Ma il legislatore non ha esteso questa conseguenza agli appartenenti ad un Istituto religioso, dal che si desume che questo non volesse venissero considerati come lavoratori.

Secondo la formulazione del § 5 Abs. 1 Nr. 7 SGB V, il fatto che persone "che si occupino in attività" (nel senso della parallela formulazione nel § 172 Abs. 1 Nr. 6 RVO) siano libere dall'obbligo della previdenza sociale, evidenzerebbe come in questo caso non si stesse parlando di lavoratori dipendenti o di attività da lavoro dipendente, non essendo il verbo stato usato nella forma passiva (persone "che vengano occupate")⁴¹.

A favore di quest'interpretazione depone anche il § 1 S. 5 i.V.m. S. 1 Nr. 4 SGB VI, secondo il quale il componente d'una comunità religiosa "è da considerare, ai fini della legge", come un impiegato, espressione che evidenzia trattarsi d'una finzione giuridica⁴².

2 - Nessun legame di lavoro con i contratti di servizio

Come *Gestellungsverträge* si intendono i contratti con terzi esterni all'Istituto, sulla base dei quali i religiosi svolgono attività a favore di questi ultimi.

Ogni singolo religioso, quindi, agirà secondo le istruzioni del proprio superiore, ponendo se stesso a disposizione, senza nessuna influenza sul contenuto del contratto, come il luogo, il tempo, il modo della attività o l'ammontare della controprestazione che il terzo farà a favore dell'Istituto.

Tipici casi sono, *ad ex.*, quello dell'insegnante di religione o dell'infermiera⁴³.

Convento ed impresa possono essere contrattualmente legati in molti modi differenti, ma vi sono fondamentalmente due modelli: la comunità religiosa può sia inviare un numero prefissato di propri membri per l'adempimento dei compiti assegnatile, sia farsi carico da sola dell'intero adempimento.

In quest'ultimo caso, l'impresa terza potrà addossarsi in prima persona solo la gestione complessiva, affidando l'attività pratica della prestazione all'Istituto, oppure integrare il personale religioso unendovi

⁴¹ H. GRENZ, *Zur Krankenversicherung von Ordensmitgliedern in gesetzlichen Krankenkassen insbesondere zur Frage: Wie sind die Beiträge zu berechnen?*, cit., pagg. 35 ss.

⁴² H. SCHNIZER, *op. ult. cit.*

⁴³ B. HEGEMANN, OP, *Die Stellung der Orden in Staat und Kirche*, in OK, X (1969), pagg. 289 ss.



altri addetti, non facenti parte dell'Istituto, al quale spetterebbe, perciò, solo una parte del lavoro complessivo⁴⁴.

L'istituto giuridico del *Gestellungsvertrag* ha riscosso favore crescente nelle comunità religiose, dal momento che oggi il lavoro dei religiosi si svolge in gran parte in strutture non appartenenti ad Istituti religiosi (ospedali, case di riposo per anziani, scuole, etc.)⁴⁵.

Sussiste, tuttavia, anche la possibilità che i singoli religiosi si impegnino, sulla base di contratti individuali, ad attività lavorative nei confronti di soggetti terzi e laici⁴⁶, quantunque, ad onore del vero, il numero di questi contratti individuali sia relativamente esiguo⁴⁷.

Il *Gestellungsvertrag* ha riscosso il plauso dell'assemblea plenaria delle diocesi tedesche, che ne ha predisposto un prototipo e ne ha raccomandato l'utilizzo⁴⁸.

2.1 - Requisiti per l'Istituto

I requisiti necessari per la stipula d'un *Gestellungsvertrag* dipendono, per quanto riguarda l'Istituto, da quale fenotipo questo abbia.

Da un lato vi sono entità federali (*ad ex.*, gli Ordini monastici), con singoli conventi indipendenti (*ad ex.*, i Trappisti ed i Benedettini), dall'altro vi sono entità centralizzate, che sono articolate in Generalati, Province e singole case (*ad ex.*, i Francescani ed i Gesuiti)⁴⁹.

Se un Istituto volesse concludere un *Gestellungsvertrag*, esso dovrebbe in ogni caso prima aver riflettuto sul fatto che ai suoi componenti venga consentita una vita conforme alle costituzioni, vale a dire che siano effettivamente garantite la vita comunitaria e l'adempimento dei doveri connessi con il loro apostolato. L'accettazione

⁴⁴ A. FEHRINGER, *Klöster in nichteigenen Anstalten*, Paderborn, 1956, pagg. 18 ss.

⁴⁵ K. SIEPEN, *Vermögensrecht der klösterlichen Verbände*, Paderborn, 1963, pagg. 109 ss.

⁴⁶ V. O. FUMAGALLI CARULLI, *I laici nella normativa del nuovo Codex Iuris Canonici*, in *Mon. Eccl.*, CVII (1982), pagg. 491 ss.; R. PUZA, *Der Laie im neuen Codex Iuris Canonici*, in *ThQ*, CLXIV (1984), pagg. 88 ss.

⁴⁷ J. LISTL – D. PIRSON (a cura di), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Bd., 2. Aufl., Berlin, 1994, pagg. 841 ss.

⁴⁸ J. PFAB (a cura di), *Mitteilungen der Ordenskorrespondenz*, in *OK*, XXXIII (1992), pagg. 336 ss.

⁴⁹ R. SEBOTT, *Ordensrecht*, Frankfurt am Main, 1995, can. 596.



d'un'attività in una struttura esterna all'Istituto non permette di esonerare i religiosi dagli obblighi connessi al loro *status religiosus*⁵⁰.

Nell'esecuzione dell'attività affidata, il componente d'un Istituto religioso può recarsi in una struttura ad esso esterna, e poi ritornare al convento, oppure il datore di lavoro può concedere ai religiosi attivi presso di lui spazi per la conduzione della loro vita comunitaria e l'adempimento dei loro obblighi religiosi.

Quest'ultima possibilità non trova nessuna menzione nell'idealtipo di *Gestellungsvertrag*, o *MGV*⁵¹: dovrà, dunque, esservi apportata una modifica, cosa possibile *ex* § 7 Abs. 3 *MGV*.

A questo scopo deve venir prevista la costruzione d'una struttura che valga come sezione distaccata del convento.

Il concetto di sezione distaccata d'un convento non si trova nel *CIC*, tuttavia vi è una dichiarazione della Congregazione dei Religiosi, secondo la quale si tratterebbe d'una succursale senza propria comunità e proprio patrimonio; la sezione distaccata del convento è da considerare, perciò, come una parte non autonoma od indipendente d'un convento vero e proprio, che non viene tuttavia creato, perché non opportuno⁵².

3 - Natura giuridica del *Gestellungsvertrag*

Secondo l'opinione dominante, il *Gestellungsvertrag* sarebbe da qualificare come contratto d'opera *ex* § 631 *BGB*, impegnandosi l'Istituto religioso a raggiungere un determinato risultato, ovvero ad adempiere ad un concordato compito, ed a questo scopo mettendo a disposizione propri membri.

Pare irrilevante se debbano venir obbligati membri dell'Istituto nominativamente e personalmente indicati nel contratto, oppure indistintamente e genericamente determinati⁵³.

⁵⁰ Per l'impostazione teorica generale v. **G. DOSSETTI**, *Il concetto giuridico dello 'status religiosus' in Sant'Ambrogio*, in AA.VV., *Sant'Ambrogio nel XVI centenario della nascita*, Milano, 1940.

⁵¹ **J. PFAB** (a cura di), *Mitteilungen der Ordenskorrespondenz*, cit.

⁵² *AAS*, XVI (1924), pag. 95.

⁵³ *BFH*, in *KirchE*, VI (1962/63), pagg. 84 ss.; *FG Karlsruhe*, *ivi*, pagg. 140 ss.; **A. SAILER**, *Die Stellung der Ordensangehörigen im staatlichen Sozialversicherungs- und Vermögensrecht*, Berlin, 1996, pagg. 224 ss.; **A. SCHEUERMANN**, *Die Lohn- bzw. Einkommensteuerpflicht von Ordensangehörigen aus der Sicht des kirchlichen Rechts*, cit.; **B. HEGEMANN**, *OP*, *Die Stellung der Orden in Staat und Kirche*, in *OK*, X (1969), pagg. 289 ss.; **B. SCHULIN**, *Fragen der gesetzlichen Krankenversicherung bei Ordensleuten*, cit., pagg. 165 ss.



Decisivo è, invece, il fatto che la classificazione giuridica consideri rilevanti solo il legame, fundamentalmente di diritto civile, fra un terzo e l'Istituto.

Nei *Gestellungsverträge* è chiaro come il religioso inviato dall'Ordine al lavoro non debba né voglia diventare un dipendente del terzo⁵⁴.

In massima parte, d'altronde, neanche il terzo desidera venga considerato sussistente un legame di lavoro, con le conseguenze giuridiche di diritto del lavoro, della previdenza sociale, *etc.*⁵⁵

D'altro canto, nemmeno il religioso vuole dar vita ad un legame di lavoro, dal momento ch'egli non mette a disposizione del terzo la propria attività lavorativa per un corrispettivo economico, ma per svolgere la propria missione apostolica⁵⁶.

Nell'ambito del diritto del lavoro, il motivo per il quale le persone lavorassero non avrebbe rilevanza, ma proprio esso porta qui ad escludere ci si trovi nell'ambito del diritto del lavoro⁵⁷.

I religiosi svolgono il loro lavoro sulla base del vincolo associativo canonico-religioso, e non sulla base d'un contratto individuale⁵⁸.

Questo appare chiaramente dalla professione religiosa⁵⁹, con la quale il professo mette la propria attività a disposizione dell'Ordine.

Dal *Gestellungsvertrag* non trae origine nessun legame di lavoro mediato od indiretto⁶⁰: una cosa del genere avverrebbe se venisse concluso un contratto di lavoro fra un terzo come datore di lavoro ed un'interpostasi persona come intermediario, in nome proprio, sulla base del quale la forza lavoro procurata al terzo dovrebbe considerare quest'ultimo come proprio datore di lavoro, *ex* § 242 BGB⁶¹.

Questo non è però il caso del *Gestellungsvertrag*, giacché il terzo non appare come datore di lavoro del religioso.

⁵⁴ A. OFNER, *Spitaldefizit und katholische Restauration, Geistliche Gemeinschaften und Innovation in Öffentlichen Krankenanstalten*, in ÖAKR, XL (1991), pagg. 70 ss.

⁵⁵ BFH, in *KirchE*, VI (1962/63), pagg. 84 ss.

⁵⁶ A. OFNER, *Spitaldefizit und katholische Restauration, Geistliche Gemeinschaften und Innovation in Öffentlichen Krankenanstalten*, *cit.* pag. 86.

⁵⁷ BVerwG, 29 aprile 1966, AP nr. 1 zu § 3 PersVG Baden-Württemberg; LAG Hamm, in *DB*, 1972, pagg. 295 ss.; BAG, in *NZA*, 1986, pagg. 690 ss.

⁵⁸ BAGE, XXX, pagg. 247 ss.

⁵⁹ B. HEGEMANN, OP, *Die Kranken- und Altersversorgung der Ordensleute*, in AA.VV., *Ecclesia et ius, Festgabe für Audomar Scheuermann*, München 1968, pagg. 339 ss.

⁶⁰ BFH, in *KirchE*, VI (1962/63), pagg. 83 ss.; A. SCHEUERMANN, *Die Lohn- bzw. Einkommensteuerpflicht von Ordensangehörigen aus der Sicht des kirchlichen Rechts*, *cit.*, pagg. 325 ss.

⁶¹ LAG Düsseldorf, in *DB*, 1961, pagg. 1459 ss.



Non vi è nessun legame contrattuale fra un componente dell'Istituto ed il terzo, neppure un legame di fatto, dal momento che il religioso lavora, spinto dai voti professati, solo per l'Ordine.

Ogni altra interpretazione della realtà di fatto disconoscerebbe la particolarissima natura della professione religiosa.

La stipula d'un *Gestellungsvertrag* non significa che un legame di lavoro fra il membro dell'Istituto religioso ed il terzo sia stato creato⁶².

Se si desiderasse cercare in un libro di diritto del lavoro il concetto di *Gestellungsvertrag*⁶³, non si troverebbe probabilmente nessuna informazione⁶⁴. O il concetto non emerge nemmeno nell'indice, oppure viene, assai brevemente, spiegato come, attraverso i *Gestellungsverträge*, vengano introdotte infermiere in ospedali dal loro Istituto religioso o dalla loro organizzazione femminile, oppure che i *Gestellungsverträge* vengono posti in essere in relazione ad un rapporto di lavoro in prestito⁶⁵. La bibliografia relativa è veramente esigua, e risale, di norma, a tesi degli anni '60⁶⁶ ed a sentenze della Corte federale del lavoro, le quali prioritariamente trattano questioni inerenti il sindacato dei lavoratori⁶⁷. Oppure si trova negli scritti che s'occupano

⁶² LAG Hamm del 9 settembre 1971, AP Nr. 3 zu 611 BGB Ordensangehörige; BAG, in NZA, 1986, pagg. 690 ss.; BVerwG del 3 settembre 1990, AP Nr. 2 zu § 4 BPersVG; in merito al § 172 I Nr. 6 RVO, v. **K. BRACKMANN**, *Handbuch der Sozialversicherung einschließlich des Sozialgesetzbuchs und angrenzender Gebiete*, 11. Aufl., St. Augustin, 1989, pagg. 322 ss.; **G. TRIESCHMANN**, *Die Gestellungsverträge der Schwesternorganisationen*, in RdA, 1955, pagg. 454 ss.; **G. MÜLLER**, *Zum Recht des Ordensvertrages*, cit., pagg. 11; **A. FEHRINGER**, *Klöster in nichteigenen Anstalten*, cit., pagg. 51 ss.; **H. GRENZ**, *Zur Krankenversicherung von Ordensmitgliedern in gesetzlichen Krankenkassen insbesondere zur Frage: Wie sind die Beiträge zu berechnen?*, cit., pagg. 35 ss.

⁶³ **G. RAUFUß**, *Der Gestellungsvertrag*, Bonn, 2000, passim.

⁶⁴ Cfr. **U. BATTIS**, *Beleihung anlässlich der Privatisierung der Postunternehmen*, in *Unternehmen, Recht und Wirtschaftsordnung*, in AA.VV., *Festschrift für Peter Raisch*, Köln, 1995, passim; **H. BENZ**, *Die Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beleihung einer Aktiengesellschaft mit Dienstherrenbefugnissen*, Frankfurt am Main, 1995, passim; **T. BLANKE – D. STERZEL**, *Privatisierungsrecht für Beamte*, Baden-Baden, 1999, passim.

⁶⁵ **G. SCHAUB**, *Arbeitsrechtshandbuch*, 8. Auflage, München, 1996, § 120 I 7 a; **W. ZÖLLNER – K.G. LORITZ**, *Arbeitsrecht*, 4. Auflage, München, 1992, § 27 V 1.

⁶⁶ **K. BROSIUS**, *Die Rechtstellung der Rotkreuz-Schwestern aus arbeitsrechtlicher Sicht*, Köln, 1968, passim; **J. KNUTH**, *Die arbeitsrechtliche Stellung der Rotkreuzschwester*, Köln, 1968, passim; **W. VON TEICH**, *Die Rechtstellung der Krankenschwestern und Krankenpflegehelferinnen in ihren Verbänden und in der Krankenanstalt*, Würzburg, 1972, passim; **L. VON REHREN**, *Die arbeitsrechtliche Stellung von Krankenschwestern*, Hamburg, 1960, passim.

⁶⁷ BAG, 18 febbraio 1956 - 2 AZR 294/54, in BAGE II, pagg. 289 ss.; BAG, 3 giugno 1975 - 1 ABR 98/74, in BAGE XXVII, pagg. 163 ss.; BAG, 4 luglio 1979 - 5 AZR 8/78, AP nr. 10 zu § 611 BGB Rotes Kreuz; BAG, 20 febbraio 1986 - 6 ABR 5/85, AP nr. 2 zu



della cessione di lavoratori, notando come i *Gestellungsverträge* di suore non rappresentino una figura giuridica ulteriormente trattata⁶⁸. Verrà, quindi, ripreso il tradizionale ambito d'applicazione dei *Gestellungsverträge*. Oggi questa forma contrattuale emerge in un contesto completamente nuovo: con la privatizzazione nel diritto pubblico e nell'amministrazione pubblica. Il personale desidera spesso, nonostante la privatizzazione del posto di lavoro, restare nel pubblico impiego - sicurezza del posto di lavoro, forme d'assistenza aggiuntive, protezione dal licenziamento, *etc.* Per i datori di lavoro pubblici si delineano difficoltà di svolgimento (selezione con la parziale privatizzazione del posto di lavoro, dipendenti inamovibili). Con i *Gestellungsverträge* questi problemi dovrebbero poter essere risolti. Il privato svolge un lavoro pubblico e lo Stato gli 'presta' il personale allo scopo. Nella dottrina non sono fino ad oggi apparse, sul tema dei *Gestellungsverträge*, ampie pubblicazioni. Non c'è nessuna ricerca conosciuta che si occupi della loro essenza. I contributi nei quali si trovano riferimenti al *Gestellungsverträge* se ne occupano, di regola, solo parzialmente, oppure analizzandone soprattutto gli aspetti sociali⁶⁹, o quelli relativi alla privatizzazione⁷⁰. In massima parte, poi, solo dal contesto si può capire se vi sia un *Gestellungsvertrag*; su questo tema, e sulla natura giuridica di questo istituto, non vi sono, infatti, scritti. Anche la giurisprudenza se ne s'occupa raramente. Le differenti

§ 5 BetrVG Rotes Kreuz; BAG, 6 luglio 1995 - 5 AZB 9/93, AP nr. 4 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz.

⁶⁸ S. ROSENSTEIN, *Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom Fremdfirmeneinsatz aufgrund Dienst- oder Werkvertrags*, Konstanz, 1997, pagg. 88 ss.

⁶⁹ W. BITTER - F. HEUWERTH, *Krankenpflege- und Heilhilfspersonal*, in AA.VV., *Arbeits-Recht-Blattei, Systematische Darstellungen, Krankenpflege- und Heilhilfspersonal*, 43. Lieferung, juli 1997, Rdnr. 25 ss.; E. MOLITOR, *Rahmenverträge über die Beschäftigung von Krankenschwestern*, in AA.VV., *Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag*, München-Berlin, 1959, pagg. 1 ss.; E. SAVAËTE, *Die Rechtsstellung der auf Grund von Gestellungsverträgen in Krankenanstalten tätigen Krankenschwestern*, in *AuR*, 1959, pagg. 5 ss.; G. TRIESCHMANN, *Die Gestellungsverträge der Schwesternorganisationen*, in *RdA*, 1955, pagg. 52 ss.; F. VON MALTZAHN, *Nochmals: die Gestellungsverträge der Schwesternorganisationen*, *ivi*, pagg. 454 ss.

⁷⁰ T. BLANKE, *Personalüberleitungs- und Personalgestellungsverträge bei der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen*, in *Der Personalrat*, 1996, pagg. 49 ss.; ID., *Personalrechtliche Aspekte*, in T. BLANKE - R. TRÜMMER, *Handbuch Privatisierung*, Baden-Baden, 1998, Rdnr. 872 ss., e 943 ss.; ID., *Arbeitnehmerrecht im Privatisierungsfall*, in *Die Mitbestimmung*, 1+2/1998, pagg. 53 ss.; T. BLANKE - A. GEBHARDT - M HEUERMANN, *Leitfaden Privatisierungsrecht*, Baden-Baden, 1998, Rdnr. 40, pagg. 350 ss.; T. BLANKE - D. STERZEL, *Probleme der Personalüberleitungs im Falle einer Privatisierung der Bundesverwaltung (Flugsicherung, Bahn und Post)*, in *AuR*, 1993, Rdnr. 57 ss., e 347 ss.



varianti dei *Gestellungsverträge* saranno analizzate per capire se si tratti d'un tipo di contratto autonomo non giuridicamente disciplinato con caratteristiche definite, oppure se d'un *unicum*.

I *Gestellungsverträge*, che gli Istituti religiosi cattolici e le diaconesse protestanti stipulano con istituti di cura, in larghissima misura concordano nel loro contenuto, e potranno, nel prosieguo, venir trattati insieme⁷¹.

Il loro contenuto essenziale ricomprende punti già sopra trattati relativi ai diritti ed agli obblighi delle parti contrattuali. In relazione agli obblighi finanziari della direzione dell'oggetto terzo, però, vige una differente regola. Quella, come verrà in seguito meglio illustrato, deve pagare all'Istituto non un compenso per le prestazioni delle suore interessate dal *Gestellungsvertrag*, ma un c.d. 'contributo all'Istituto'⁷². Questo contributo è un importo fisso, basato sul numero di suore impiegate.

Degno di nota è il lato canonico dei contratti conclusi da Ordini cattolici. Per la durata dell'attività di cura dei malati delle suore nell'ospedale viene, di norma, fondata una sede conventuale dell'Istituto religioso, descritta anche come 'filiale del convento'⁷³. In ragione di questa particolarità è stato ripetutamente proposto d'utilizzare per questi *Gestellungsverträge* il concetto di *Ordensvertrag*⁷⁴. Poiché, però, con questo, come con tutti gli altri *Gestellungsverträge* di religiosi, l'oggetto contrattuale più importante è la messa a disposizione di suore come infermiere in un ospedale⁷⁵, dovrebbe venir applicato in modo unitario il concetto di *Gestellungsvertrag* anche qui.

Se essi fossero contratti di noleggio dei lavoratori e legami di lavoro in prestito, allora:

- l'Istituto dovrebbe avere diritto d'impartire comandi solamente sul modo e la durata dell'impiego delle suore,
- ed l'obblighi di pagare il salario,
- e sussisterebbe un diritto di licenziamento solo nel legame fra Istituto e suore;

⁷¹ **W. VON TEICH**, *Die Rechtsstellung der Krankenschwestern und Krankenpflegerinnen in ihren Verbände in der Krankenanstalt*, Würzburg, 1972, *passim*.

⁷² **G. MÜLLER**, *Zum Recht des Ordensvertrages*, *cit.*, pag. 47.

⁷³ **A. FEHRINGER**, *Klöster in nichteigenen Anstalten*, *cit.*, pag. 24.

⁷⁴ **G. MÜLLER**, *Zum Recht des Ordensvertrages*, *cit.*, pag. 24; **A. FEHRINGER**, *Klöster in nichteigenen Anstalten*, *cit.*, pag. 27; **W. HERSCHEL**, *Der Ordensvertrag*, *cit.*, pagg. 754 ss.

⁷⁵ **G. MÜLLER**, *Zum Recht des Ordensvertrages*, *cit.*, pag. 51; **F. GIRGENSOHN**, *Die arbeitsrechtliche Stellung der Krankenschwestern*, Diss., Köln, 1962, pag. 119.



- il terzo dovrebbe avere un diritto d'impartire comandi sul modo d'adempiere alla cura dei malati,
- dei quali dovrebbe prendersi cura, nella misura in cui l'attività delle suore riguardasse il suo istituto ospedaliero;
- la suora dovrebbe essere inserita nella struttura del terzo durante il periodo della sua attività infermieristica,
- ed essere tenuta a rispettare un obbligo di lealtà nei confronti del terzo durante il periodo della sua attività infermieristica.

Un'analisi dei *Gestellungsverträge* degli Istituti mostra come non mostrino questi presupposti in alcuni punti essenziali, e contengano, viceversa, fondamentalmente, norme differenti.

L'Istituto non ha solo un diritto d'impartire comandi sul modo e la durata dell'impiego delle suore, ma ha, invece, un completo diritto d'impartire disposizioni in merito all'impiego lavorativo delle suore. Ciò deriva, non ultimo, dal fatto che, accanto alle suore infermiere, venga sempre inviata anche una superiora come rappresentante dell'Istituto religioso, la quale controlla l'intero impiego lavorativo delle sue consorelle, avendo ella sola potere direttivo in ambito lavorativo e personale su costoro. A ciò non si oppone il fatto che ai medici dell'ospedale venga attribuito il diritto d'impartire, limitatamente all'ambito medico-specialistico, ordini alle religiose. Questa normativa del diritto ad impartire disposizioni non è conforme ai legami di lavoro in prestito, ma, invece, a quelli di 'lavoratore imprenditore'.

All'Istituto spetta solo l'obbligo di 'pagare il salario' alla suora. Non si può, però, parlare, con delle suore, d'un 'lavoro' o di 'salario lavorativo'. Esse ricevono comunque una somma per le piccole spese, il cui ammontare, tuttavia, può venir variato dal diritto proprio. D'un obbligo di pagare il salario non si può, perciò, parlare, giacché le suore non sono lavoratrici dipendenti del loro Istituto. Le prestazioni in natura concesse alle suore da parte del terzo (alloggio, vitto, *etc.*) si basano sul contratto concluso da quest'ultimo con l'Istituto religioso, *ex artt. 328 ss. BGB*⁷⁶. Questo pagamento del salario e la concessione di prestazioni in natura sono possibili tanto per i lavoratori in prestito quanto per i 'lavoratori-imprenditori', cosicché non sarà qui possibile trarre nessuna risposta alla questione originaria.

Il terzo non ha nessun diritto di licenziare o allontanare una suora. Egli può solo chiederne alla superiora l'allontanamento. La conclusione dell'attività d'una suora viene decisa dall'Istituto religioso, ed il terzo avrà, a questo riguardo, solo un influsso indiretto. La superiora, tuttavia, terrà conto dei desideri del terzo, ma in ciò non

⁷⁶ MOLITOR - KUHNS, *Das gesamte Recht der Heilberufe*, I/791.



deve essere visto nessun diritto di licenziamento. D'un 'diritto di licenziamento' non si può parlare nemmeno a proposito dell'Istituto, giacché fra questo e la suora non intercorre nessun legame lavorativo. La fine dei rapporti fra Istituto ed una religiosa trova la propria regolamentazione giuridica esclusivamente nel diritto canonico.

Al terzo non spettano gli obblighi d'assistenza d'un datore di lavoro durante l'attività infermieristica della suora nel suo ospedale. Gli competono, però, particolari obblighi di protezione ed assistenza, provvedendo ad una sufficiente protezione delle suore dai pericoli presenti nello spazio lavorativo di sua competenza.

Le suore non sono incardinate nell'organizzazione del terzo, non fanno parte dei suoi dipendenti, né sono sottoposte alle disposizioni aziendali. Esse, invece, sottostanno unicamente alle disposizioni della 'filiale conventuale', o direttamente dell'Istituto. A ciò non si oppone il fatto che esse - come chiunque - debbano fare attenzione al regolamento interno della struttura ove lavorassero. In virtù del proprio potere direttivo, la superiora potrà predisporre l'organizzazione del lavoro e le disposizioni quotidiane delle suore, in modo che lo scopo del contratto - la cura dei malati - ed il suo adempimento vengano perseguiti nel miglior modo possibile.

Sulla base del *Gestellungsvertrag* e del modo e maniera dell'impiego delle suore, non pare accettabile il fatto che ad esse, durante la loro opera infermieristica, spetti l'obbligo di lealtà d'un lavoratore dipendente. Verranno, però, accettati determinati obblighi di lealtà come frutto del contratto concluso fra l'Istituto religioso e il terzo.

Si può, in conclusione, osservare che i legami giuridici basati su un *Gestellungsvertrag* non saranno gli stessi d'un legame di lavoratori in prestito.

3.1 - Terminologia

Il concetto di *Gestellungsvertrag* viene fatto discendere dal legame di due parti contrattuali: una parte mette a disposizione dell'altra terze persone⁷⁷. All'inizio della ricerca debbono venir, innanzitutto, spiegati i concetti del tema; perciò la definizione molto generale suesposta deve, *in primis*, chiarire come siano da individuare le persone interessate dal *Gestellungsvertrag*.

L'ambito tradizionale d'applicazione del *Gestellungsvertrag* si trova nel settore sociale. Spesso essi vengono stipulati fra

⁷⁷ W. HAMANN, *Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung*, in *Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen*, Münster-Berlin, 1995, pag. 38.



amministrazioni ospedaliere ed organizzazioni femminili, Istituti religiosi o diaconie protestanti, con le quali queste organizzazioni assumano l'obbligazione di mettere a disposizione dell'ospedale il personale richiesto⁷⁸. Come l'enumerazione delle organizzazioni già indica, i *Gestellungsverträge* vengono considerati necessari da tutte le associazioni attive nell'ambito della cura dei malati, a prescindere dalla ragione fondamentale per la quale l'organizzazione diventi attiva: per esempio il cristiano amore verso il prossimo per suore cattoliche e diaconesse protestanti, o la cura dei malati come tali per le crocerossine⁷⁹. Le stesse organizzazioni, inoltre, mettono a disposizione anche ostetriche, persone che s'occupano d'anziani, etc.

Accanto a questo classico ambito d'applicazione si trovano anche *Gestellungsverträge* con religiosi. Vengono svolti da queste persone, dunque, compiti di cura d'anime, ecclesiastici, caritativi o totalmente civilistici. Spesso la Chiesa od un Istituto concludono un *Gestellungsvertrag* con l'amministrazione d'una scuola, perciò i religiosi diventano attivi come insegnanti⁸⁰. Questo ambito non è, tuttavia, da considerare in maniera diversa da quello dei *Gestellungsverträge* nell'ambito socio-assistenziale.

3.2 - *Gestellungsvertrag*: costruzione illegale o contratto *sui generis*?

La natura giuridica dei *Gestellungsverträge* nell'ambito socio-assistenziale, ove, per esempio, le controparti siano un Istituto femminile come associazione registrata e l'amministrazione d'un ospedale, è senza dubbio di natura giuridica civilistica. La circostanza che, con i contratti di privatizzazione, una delle parti contraenti sia un'amministrazione pubblica (*ad ex.*, un comune) non porta, però, all'adozione d'un contratto di diritto pubblico: l'art. 54 s. 1 VwVfG parla, nella definizione legale dei contratti di diritto pubblico, d'un 'legame giuridico nell'ambito pubblico'. Ciò dipenderà dal fatto che il contratto abbia un contenuto, un oggetto, di carattere giuridico pubblico⁸¹.

⁷⁸ *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band I, *Individualarbeitsrecht* I, München 1992, § 23, RdNR. 111, 113.

⁷⁹ Cfr. W. VON TEICH, *Die Rechtsstellung der Krankenschwestern und Krankenpflegehelferinnen in ihren Verbände und in der Krankenanstalt*, cit.

⁸⁰ BverwG, Beschluß vom 3.9.1990 - 6 P 20/88, EzAÜG nr. 377; OVG Lüneburg, Beschluß vom 21.3.1990 - 18 L 36/89, EzAÜG nr. 376; W. HAMANN, *Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen*, cit., pag. 39.

⁸¹ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Auflage, München, 1999, § 14 Rdnr. 10 ss.



La cessione di prestazioni di servizio non rientra nell'ambito giuridico pubblicistico. Non, quindi, norme di diritto pubblico, bensì di diritto civile vengono applicate; i *Gestellungsverträge*, di conseguenza, non sono contratti di diritto pubblico, ma semplicemente di diritto civile. In virtù della natura giuridica privatistica, infatti, si trovano le regole del diritto civile alla base dell'esecuzione di tutti i *Gestellungsverträge*. Vigè nel diritto civile, fundamentalmente, la libertà contrattuale: ciò significa che le parti contrattuali possono disciplinare le loro reciproche controprestazioni come esse stesse meglio desiderino. Questa libertà viene garantita dalla Costituzione, art. 2 Abs. 1⁸². Esse non sono assoggettate all'obbligatorietà di determinati contratti d'un certo tipo. Anche contratti non disciplinati per legge possono, quindi, venir conclusi, a meno che l'immoralità (art. 138 BGB) o la forma obbligatoriamente scritta (134, 226, 242 BGB) non lo vietino⁸³.

Se un religioso assumesse, al di fuori delle istituzioni del proprio Istituto un'attività di cura d'anime, o caritativa, od anche puramente civile, allora quest'attività farebbe seguito, di regola, non ad un contratto di servizio concluso *uti singuli* fra il religioso ed un terzo, ma ad un c.d. *Gestellungsvertrag*⁸⁴.

Come abbiamo detto, si tratta d'un accordo contrattuale fra un Istituto ed una persona giuridica ad esso esterna (Diocesi, Land, amministrazione d'un ospedale, etc.), attraverso il quale quello s'obbliga a mettere a disposizione di questa un determinato numero di propri componenti, provvisti della qualificazione necessaria⁸⁵, mentre la controparte contrattuale ha l'obbligo di pagare una cifra stabilita.

I contratti stipulati fra i religiosi ed un terzo esterno all'Istituto religioso non sarebbero da qualificare come *Gestellungsvertrag* se l'Istituto s'obbligasse ad una cessione in usufrutto che esso stesso potrebbe stabilire⁸⁶; un *Gestellungsvertrag* si ha anche quando si riferisca ad alcuni religiosi ben determinati⁸⁷.

⁸² BVerfG, Urteil vom 16.5.1961 - 2 BvF 1/60, in *BVerfGE*, 12, 341 (347); BVerfG, Urteil vom 19.10.1983 - 2 BvR 298/81, in *BVerfGE*, 65, 196 (210); BVerfG, Urteil vom 4.6.1985 - 1 BvL 12/84, in *BVerfGE*, 70, 115 (123).

⁸³ W. GRUNSKY, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, 1. Auflage, Berlin-New York, 1995, pag. 5; K. SCHELLHAMMER, *Zivilrecht nach Anspruchsgrundlagen*, Heidelberg, 1996, Rdnr. 1896.

⁸⁴ G. MÜLLER, *Zum Recht des Ordensvertrages*, cit., pagg. 24 ss.; A. FEHRINGER, *Klöster in nichteigenen Anstalten*, cit., pag. 27.

⁸⁵ BSGE, 53, 278, 280, ed in *KirchE*, XX (1987), pagg. 45 ss., ed in *OK*, XXIV (1983), pagg. 189 ss.

⁸⁶ BFHE, 75, 112, 117; BStBl, XII (1962), III, 310, 311, ed in *KirchE*, VI (1969), pagg. 83 ss., ed in *OK*, III (1962), pagg. 213 ss.

⁸⁷ FG Karlsruhe, in *KirchE*, VI (1969), pagg. 140 ss. ed in *OK*, III (1962), pagg. 322 ss.



Per la nascita d'un *Gestellungsvertrag* non è sufficiente che il religioso divenga attivo presso un terzo con l'assenso, l'autorizzazione o finanche l'approvazione del proprio Ordine, né che la sua prestazione di servizio abbia luogo 'in accordo' fra questo ed il terzo: è, invece, sempre necessario che, per il modo e la durata dell'attività, siano determinanti solo accordi fra il terzo e l'Istituto⁸⁸.

Sotto l'aspetto giuridico-civilistico, la forma contrattuale del *Gestellungsvertrag* è una particolare forma dei contratti di procacciamento di manodopera, simili ai contratti di noleggio di manodopera⁸⁹.

La legge sui contratti di noleggio di manodopera non è, però, applicabile ai *Gestellungsverträge*, giacché un religioso non è un lavoratore dipendente dell'Istituto religioso⁹⁰. Nella prassi ci si orienta, si quasi sempre, per la conclusione di *Gestellungsverträge* conformi a quello approvato dall'assemblea plenaria dell'Unione delle Diocesi tedesche svoltasi il 25 novembre 1991⁹¹.

Accanto alla determinazione degli obblighi delle parti, tale normotipo di *Gestellungsvertrag* contiene, all'art. 1 Abs. 2, l'essenziale disposizione secondo la quale i religiosi rimangono sottoposti, personalmente e per quanto riguarda i loro legami con l'Istituto, ai loro superiori religiosi, e quindi da questi possono venir richiamati e sostituiti con altri religiosi.

Ex art. 2 Abs. 2 del normotipo *de quo*, inoltre, i religiosi sono tenuti a svolgere i loro compiti nell'osservanza delle disposizioni canoniche, delle direttive dell'ordinario del luogo e delle disposizioni dei rispettivi superiori⁹², per cui sono da prendere in considerazione le esigenze del religioso nascenti dall'appartenenza all'Istituto. Le disposizioni canoniche, ex art. 2 Abs. 1 del normotipo di *Gestellungsvertrag*, non vengono toccate dalla convenzione, e debbono essere osservate da entrambe le parti.

⁸⁸ BSGE, 53, 278, 280 (Anm. 14); J. LISTL – D. PIRSON (a cura di), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pag. 858.

⁸⁹ BFHE, 75, 112, 118 (Anm. 16); G. MÜLLER, *Zum Recht des Ordensvertrages*, cit., pagg. 19 ss; A. FEHRINGER, *Klöster in nichteigenen Anstalten*, cit., pagg. 50 ss.

⁹⁰ Bay LSG, in *Breithaupt*, LIV (1965), pagg. 916 ss.

⁹¹ In OK, XXXIII (1992), pagg. 336 ss., ed in H. HEIMERL – H. PREE – B. PRIMETSHOFER, *Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche*, Regensburg 1993, Rdn. 6/201 ss.

⁹² Cfr. P. VALDRINI, *Charge pastorale et communautés hiérarchiques. Réflexions doctrinales pour l'application du c. 517 § 2*, in *Année can.*, XXXVI (1994), pagg. 25 ss.; ID., *Recours et conciliation dans les controverses avec les supérieurs*, *ivi*, XXVIII (1984), pagg. 83 ss.



In particolar modo, per l'utilizzo di religiosi in istituzioni diocesane, ex art 3 Abs. 1 Satz 2 del normotipo di contratto, è stato stabilito che l'ammontare dell'indennità da pagare all'Istituto venga calcolato secondo le disposizioni dell'Ordinario del luogo, e sia reso noto attraverso il bollettino ufficiale ecclesiastico. Queste indennità debbono esser calcolate sulla base di quanto concordato nella medesima assemblea plenaria dell'Unione delle Diocesi tedesche⁹³, e dipenderanno dal tipo di qualificazione assegnata al religioso⁹⁴.

4 - Cambiamenti della giurisprudenza

Il trattamento impositivo dei proventi dei *Gestellungsverträge* è caratterizzato da una giurisprudenza che ha più volte cambiato parere sul fatto che i compensi percepiti dall'Istituto per le attività svolte da un suo religioso siano da considerare come un guadagno del religioso o dell'Istituto: muterebbe, infatti, chi sarebbe tenuto a pagarvi le imposte.

4.1 - Giurisprudenza del *Reichsfinanzhof*

Dapprima il RFH approvò l'obbligo tributario dei religiosi per i guadagni ricevuti svolgendo le attività contemplate nel *Gestellungsvertrag*⁹⁵. Esso motivò quest'interpretazione con il fatto che fra il religioso e il terzo fosse sorto un rapporto di lavoro, quantunque gli accordi fossero stati conclusi dall'Istituto, e questo incassasse il corrispettivo pagato dal terzo. L'Istituto compare, in questi casi, come sostituto facente funzione del religioso, in modo tale da concludere contratti relativi alla sua persona⁹⁶. Il fatto che il religioso non guadagni per sé ma per l'Istituto, ex can 580 § 2 CIC/1917 e can. 668 § 3 CIC, non è rilevante per il diritto patrimoniale tedesco, ex art. 310 BGB.

Il RFH, poco tempo dopo, allargò questa giurisprudenza, ricomprendendovi anche i casi in cui vi fosse un guadagno del religioso a seguito d'attività svolta presso un terzo non dal religioso in quanto tale, ma per un incarico assunto collettivamente dall'Ordine, a

⁹³ In OK, XXXIII (1992), pag. 335; H. HEIMERL – H. PREE – B. PRIMETSHOFER, *cit.*, Rdn. 6/198 ss.

⁹⁴ I religiosi vengono raggruppati in tre categorie: con studi universitari, con studi superiori, con differente formazione scolastica: a queste tre categorie venivano riconosciuti, nel 1994, per quanto riguarda l'Arcidiocesi di München - Freising, rispettivamente 84000, 62400 e 48600 DM annui: v. *Abl Erzbistum München und Freising*, 1994, 321 ss.

⁹⁵ In *RStBl*, XXI (1931), pagg. 663 ss., ed in *RFHE*, 28, 270 ss.

⁹⁶ *Ivi*.



condizione che tale guadagno fosse comunque conseguente all'attività prestata dal singolo religioso ed ad esso tributariamente riferibile⁹⁷.

Se un professo fosse diventato attivo all'esterno dell'Istituto religioso in un'attività professionale, allora avrebbe dovuto venir trattato come un lavoratore laico, con cui fosse da stipulare un contratto di lavoro valevole, dal quale derivassero guadagni ed obblighi tributari.

Nella medesima ottica il RFH decise alcuni casi comparabili, nei quali diaconesse protestanti e crocerossine della Croce rossa tedesca erano attive sulla base d'un *Gestellungsvertrag*⁹⁸. L'onere tributario per la 'casa madre' viene dal RFH fatto risalire al fatto che fra questa ed ogni singola crocerossina sussista un legame di lavoro. Il RFH, inoltre, considera acclarato che gli incassati proventi di *Gestellungsverträge* sarebbero stati trasmessi dalla 'casa madre' in importi misurabili e tassabili al singolo religioso. Nella prassi accadeva, però, che i guadagni dei *Gestellungsverträge* venissero utilizzati per le necessità generali della 'casa madre'; essi tornavano, perciò, a profitto d'ogni singola crocerossina, quindi le prestazioni di mantenimento e d'assistenza della 'casa madre' non erano in relazione con i pagamenti incassati per l'attività delle crocerossine.

A questo riguardo, però, il RFH non prese in considerazione il fatto che per i legami giuridici fra la 'casa madre' ed ogni singola diaconessa protestante o crocerossina non fosse rilevante il fatto che questa fosse attiva all'interno od all'esterno della 'casa madre' stessa. La qualificazione di questo legame come rapporto di lavoro era, in ogni caso, esclusa⁹⁹.

Con la sentenza del 23 dicembre 1940, il RFH decise che i guadagni, che fossero stati pagati per l'attività d'un religioso, fossero da considerare direttamente come guadagni dell'Istituto. La circostanza che questi fossero, infine, attinenti alle relazioni dell'Istituto, giustificava che non venissero trattati come guadagni tassabili del religioso. Questo varrebbe egualmente se le entrate sui conti del religioso fossero state trasferite all'Ordine, poiché in ciò si avrebbe il riconoscimento indubbio che il religioso dovesse aver potuto disporre del trasferimento¹⁰⁰.

⁹⁷ RFH, in *RStBl*, XXII (1932), pagg. 497 ss., ed in *AfkKR*, CXII (1932), pagg. 654 ss.

⁹⁸ RFH, in *RStBl*, XXII (1932), pagg. 467 ss.; RFH, *ivi*, XXIV (1934), pagg. 615 ss.; RFH, *ivi*, XXV (1935), pagg. 1339 ss.

⁹⁹ BAG 2, 289 ss.; v. **B. HEGEMANN, OP**, *Einspruch gegen die Lohnsteuerpflicht eines Ordensmannes*, in *OK*, II (1961), pagg. 226 ss.

¹⁰⁰ In *RFHE* 49, pagg. 334 ss. (s.o. Anm. 6).



Questa giurisprudenza si basava sulla c.d. “teoria familiare”¹⁰¹, sviluppata dal *Finanzverwaltung*, secondo la quale i religiosi non sono lavoratori né dell’Istituto né del terzo presso il quale lavorino. Essi avrebbero con il loro Istituto religioso, ormai, un legame parafamiliare, indipendentemente dal fatto che siano attivi al suo interno od all’esterno. Secondo la ‘teoria familiare’, deriva dalle norme canoniche del diritto degli Ordini e dall’autonomia d’ogni religioso il fatto che costoro si siano volontariamente uniti per tutta la vita in un’indissolubile ‘famiglia dell’Ordine’. Dai voti di povertà ed ubbidienza consegue che il singolo religioso rinunci ad ogni autonomo legame di lavoro ed al pagamento dell’opera svolta.

Perciò è sempre l’unione di persone in quanto tale ad essere, in qualche maniera, l’elemento essenziale, dietro il quale i singoli religiosi scompaiono¹⁰².

A favore di quest’interpretazione parla anche la normativa sull’assicurazione sanitaria e sugli incidenti *ex art.* 172, nr. 4 e art. 554 nr. 6 RVO, che, nei casi di malattia od incidente, ammette un’assistenza interna attraverso la famiglia. La teoria familiare esplica chiaramente che i singoli religiosi non si trovano nei confronti dell’Ordine come dei terzi estranei, ma sono una parte d’esso; perciò viene talvolta data una valutazione tributaria del legame giuridico fra religioso ed Istituto che si discosta dalla situazione giuridica civilistica¹⁰³.

4.2 - Giurisprudenza del *Bundesfinanzhof*

L’incerta separazione, fra la valutazione tributaria e quella civilistica, del legame fra un professore ed un terzo estraneo all’Istituto, a favore del quale quello sia attivo, è stata dal BFH affrontata decidendo che le norme giuridico-civili fra Istituto e terzo ad esso estraneo, concordate ed attuate delle reciproche parti in un *Gestellungsvertrag*, siano fondamentalmente valide anche per le disposizioni giuridico-tributarie sugli stipendi. Siffatti accordi non avrebbero fondato almeno nessun legame di lavoro *ex art.* 19 EStG, se l’Istituto non avesse avuto da inviare uno specifico, ben preciso e determinato religioso, e gli

¹⁰¹ Cfr., per l’impostazione teorica generale, M. TEDESCHI – S. CICCARELLO, *Comunità familiare e status personali*, in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, 1981, pagg. 1028 ss.; M. D’ARIENZO, *Confessioni religiose e comunità*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Comunità e soggettività*, Cosenza, 2006, pagg. 279 ss.

¹⁰² H. KRATZ, *Grundsätzliches zur Besteuerung geistlicher Orden und Kongregationen*, in *DStZ*, XXIX (1940), pag. 221.

¹⁰³ V. BFH, in *BFHE* 55, pagg. 192 ss.



interessati non avessero voluto far nascere legami giuridico-civili fra il terzo estraneo all'Istituto religioso ed il religioso incaricato¹⁰⁴.

La libertà di forma giuridico-civile non potrebbe venir limitata dal fatto che le forme giuridiche non fossero state prese in considerazione, oppure male interpretate. Nell'interesse della sicurezza del diritto, il diritto civile ha una funzione regolamentare per l'intero ordinamento, compreso il diritto tributario. La vera applicazione giuridico-civile dei legami giuridici non potrebbe venir celata per simulare uno stato di cose che gli interessati non avessero creato. Anche se il concetto di legame lavorativo tributariamente inteso non corrispondesse pienamente con quello del diritto civile, esso non potrebbe venirne completamente distaccato¹⁰⁵.

Le sentenze della giurisprudenza statale dovrebbero eventualmente riuscire, se non vi fosse un *Gestellungsvertrag*, a trattare gli altrimenti derivanti obblighi tributari dei religiosi. Questo sarebbe, *ad ex.*, il caso che potrebbe aversi se l'Istituto donasse i guadagni derivanti dal *Gestellungsvertrag* d'un religioso a quest'ultimo, come prestazione di mantenimento. L'aggiramento degli obblighi tributari attraverso l'abuso delle possibilità del diritto è previsto dall'art. 42 AO.

Di norma, però, gli Istituti religiosi fanno, con la conclusione d'un *Gestellungsvertrag*, solamente uso d'un istituto tributariamente favorevole. Questo tipo di contratto è conforme, più delle forme contrattuali dei singoli accordi, all'autonomia dell'Istituto, perciò i religiosi si pongono incondizionatamente a disposizione di questo per il suo scopo ed obiettivo, e - con lavori interni od esterni allo stesso - diventano attivi solo per l'adempimento di questa missione dell'Istituto. Con i *Gestellungsverträge* l'attività diventa non più 'diretta', ma 'sotto l'Ordine'¹⁰⁶.

Il diritto del lavoro conosce certo la figura giuridica del legame di lavoro indiretto, nel quale è da comprendere un legame di lavoro

¹⁰⁴ In *BFHE*, 75, pagg. 112 ss.; in *BVerfGE*, 13, pagg. 331 ss.; in *BStBl*, XII (1962), I, 500. V. anche **KIRCHHOF - SÖHN - GILOY**, *Einkommensteuergesetz*, Heidelberg, 1995, art. 19, Rdn. B 78, B80, B600; **LADEMANN - SÖFFING - ALTEHOEFER**, *Kommentar zum Einkommensteuergesetz*, Stuttgart, 1995, art. 19, Rdn. 45; **HARTMANN - BÖTTCHER - NISSEN - BORDEWIN**, *Kommentar zum Einkommensteuergesetz*, Heidelberg, 1995, art. 19, Rdn. 38; **BLÜMICH - THÜRMER**, *Einkommensteuergesetz - Körperschaftsteuergesetz - Gewerbesteuersteuergesetz, Kommentar*, München, 1995, art. 19, Rdn. 120.

¹⁰⁵ In *BFHE*, 75, pagg. 112, 117, 119; in *BFHE*, 141, pagg. 405 ss.; in *BFHE*, 65, pag. 172; in *BFHE*, 119, pag. 135; in *BFHE*, 115, pag. 251; in *BVerfGE*, 13, pag. 331; in *BFHE*, 75, pag. 112.

¹⁰⁶ **G. MÜLLER**, *Zum Recht des Ordensvertrages*, cit., pag. 18; **B. HEGEMANN**, *OP, Einspruch gegen die Lohnsteuerpflicht eines Ordensmannes*, cit., pag. 226.



concluso sulla base d'un contratto fra un datore di lavoro ed un intermediario in proprio nome, e con il quale le forze lavoro procurate si trovino in rapporti giuridici diretti¹⁰⁷.

4.3 - La prassi dell'autorità finanziaria

L'autorità finanziaria ha, nella prassi, cambiato la nuova giurisprudenza del BFH, e, in una serie di decreti e disposizioni, ha disposto di considerare i *Gestellungsverträge* come contratti d'opera, con i quali non venga fondato nessun legame di lavoro fra religioso ed istituzione esterna all'Ordine¹⁰⁸.

Questo deve valere anche se il terzo s'obbligasse a concedere direttamente ai religiosi determinate prestazioni (vitto e alloggio, denaro per le piccole spese). L'applicazione di questi principi non resta limitata ai casi in cui i *Gestellungsverträge* si riferissero a religiosi indefiniti ed interscambiabili¹⁰⁹, ma anche a quelli in cui i religiosi da impiegare venissero nominativamente indicati¹¹⁰.

I religiosi sono da considerare come lavoratori presso un terzo nel caso in cui, sia sotto il profilo giuridico-civile, sia realmente, attraverso accordi fra il terzo ed il religioso, fossero stati direttamente concordati i diritti ed i doveri tipici d'un rapporto di servizio¹¹¹.

5 - Aspetti prettamente giuridici dei *Gestellungsverträge*

Qui si tratta d'un'analisi dal punto di vista del diritto civile; lo scopo della trattazione non è illustrare i legami di diritto canonico¹¹². L'odierno sistema del diritto statale aspira a ricomprendere ogni cosa

¹⁰⁷ LAG Düsseldorf, in *DB*, XIV (1961), 1459 m.w.N.

¹⁰⁸ Decreti: FM Bad.-Württ., 2 gennaio 1963, in *OK*, IV (1963), pag. 144; FM Bay., 18 marzo 1963, *ivi*, pag. 145; FM Hess., 9 gennaio 1963, *ivi*, pag. 146; FM Nieders., 21 febbraio 1963, in *Az.* S-2220-46-31 4; FM Schl.-Holst., 25 marzo 1966, in *Az.* S 22201295 II 32; FM Brem, 28 marzo 1966, in *Az.* 912-S 2220-A 1/St. 41.

Disposizioni: OFD Kiel, 31 marzo 1963, in *Az.* S 2220 A-St 12/121; OFD Düsseldorf, 5 giugno 1963, in *DB*, XVI (1963), pag. 913. V. anche *BFHE*, 55, pagg. 192 ss.

¹⁰⁹ **KIRCHHOF - SÖHN - GILOY**, *Einkommensteuergesetz, cit.*, art. 19 Rdn. B 80 e B 528 ss.

¹¹⁰ OFD Düsseldorf, in *DB*, XVI (1963), pagg. 913 ss.

¹¹¹ **HERRMANN - HEUER - RAUPACH**, *Kommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer*, Köln, 1995, art. 19 EStG, Rdn. 40; **BLÜMICH - THÜRMER**, *Einkommensteuergesetz - Körperschaftsteuergesetz - Gewerbesteuergesetz, Kommentar, cit.*, art. 19, Rdn. 120.

¹¹² **G. MÜLLER**, *Zum Recht des Ordensvertrages, cit.*



nella società umana, esso vuol essere universale¹¹³. Le succitate relazioni degli Istituti religiosi con ospedali, quindi, vengono analizzate nell'ambito giuridico del diritto statale, e le sue standardizzazioni rivestono un grande significato per il loro giudizio. Fondamentalmente non fa alcuna differenza se queste relazioni sussistano nell'ambito canonico od extracanonico. L'essenza degli Istituti religiosi è una realtà religiosa nell'ambito della Chiesa Cattolica, e questa circostanza si ripercuote anche nell'ambito del diritto civile. L'Istituto religioso ed i suoi componenti ricevono dal diritto canonico, particolarmente dal diritto degli Istituti religiosi, una precisa struttura. Essa si mostra se l'Istituto religioso instaura relazioni giuridiche con un terzo. I legami giuridico-canonici rivestono, perciò, grande significato nell'ambito del diritto statale. In merito alla portata dei voti religiosi nell'ambito civile, Stillhart dice: "Anche se il diritto statale non volesse attribuire ai voti religiosi nessuna efficacia giuridica, il giudice statale non potrebbe però ignorare i legami di fatto che i voti religiosi fanno nascere"¹¹⁴. Essi danno forma, per così dire, ad una situazione di fatto che dev'essere valutata dal diritto civile. I legami giuridico-canonici, in altre parole, stabiliscono relazioni giuridiche che sono da valutare da parte del diritto civile sulla base del fatto ch'esse siano da esso intese come fondamenti *de facto*. Non si tratta qui dei motivi, che sarebbero giuridicamente privi di significato¹¹⁵. Gli Istituti religiosi appaiono, al contrario, proprio come Istituti religiosi. Il principio del giudizio sull'oggetto controverso della fattispecie data è da sviluppare partendo dal diritto civile. Per l'interpretazione d'una manifestazione di volontà è determinante "desumere la volontà da un comportamento inequivocabilmente concludente"¹¹⁶.

La regola d'interpretazione *ex art. 133 BGB*, sulla base della quale l'interpretazione d'una manifestazione di volontà dell'effettiva, reale volontà è da esaminare a fondo, "ha il suo posto nell'intero ambito giuridico, e quindi non solo come l'interpretazione di singoli negozi

¹¹³ G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14. Aufl., Berlin, 1933, art. 137, Anm. 5; K. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1952, pagg. 201, 210, 214.

¹¹⁴ F. STILLHART, *Die Rechtspersönlichkeit der klösterlichen Verbandsformen*, München, 1976, pag. 173.

¹¹⁵ STAUDINGER - LORENZ, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12. Aufl., Berlin, 1980/93, Vorbem §§ 104 ss., Anm. VI F; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 54. Aufl., München und Berlin, 1995, Überbl. §§ 104 ss., Anm. 3 e.

¹¹⁶ SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, I, Stuttgart - Köln, 1952, *BGB*, 8. Aufl., Vorbem. §§ 116 ss.



giuridici, ma anche d'ulteriori azioni giuridiche"¹¹⁷. Per l'interpretazione debbono venir prese in considerazione le circostanze concomitanti¹¹⁸. "Le circostanze del fatto sono tutte decisive"¹¹⁹. A completamento dell'art. 133 BGB¹²⁰, ed in sua aggiunta, l'art. 157 BGB destina all'interpretazione del contratto¹²¹ il fatto ch'esso sia da interpretare nel modo in cui la buona fede, alla luce della consuetudine, lo esiga. Tutte le circostanze, quindi, sono nuovamente da prendere in considerazione¹²². Il fatto che il criterio di misura della consuetudine da trarre dall'esperienza sia esercizio realmente dominante il rapporto, non dovrebbe, nel nostro contesto, non venir preso in considerazione¹²³. Soprattutto il principio, dominante l'intero BGB, di buona fede, tenendo conto delle consuetudini, impone obbligatoriamente la considerazione delle condizioni poste dal diritto canonico¹²⁴. L'ordinamento giuridico statale riconosce queste condizioni, del resto, anche espressamente. Non diversamente è da intendere il fatto che, ex art. 4 Abs. 2 Buchst. D BetrVerfG, non siano da considerare lavoratori dipendenti nell'ottica delle *Betriebsverfassungsgesetzes* quelle persone la cui attività lavorativa sia prevalentemente caratterizzata da natura caritativa o religiosa. Ciò dipende dal fatto che queste determinate ragioni dell'operato sussistano o meno con le persone attive in un'impresa¹²⁵. L'essenza canonicamente formata degli Istituti religiosi e la regolata posizione dei loro comportamenti mostrano così, in modo evidente, di non poter venire ignorate. Già la precedente legge sul consiglio di fabbrica del 4 febbraio 1920 conteneva, nel suo art. 10 Abs. 2, una disposizione corrispondente

¹¹⁷ AA.VV., *Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (RGR Komm. BGB)*, Berlin, 1953, 10. Aufl., § 133 Anm. 1; **STAUDINGER - LORENZ**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, cit.*, § 133, Anm. 10.

¹¹⁸ AA.VV., *Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (RGR Komm. BGB)*, cit., *ivi*.

¹¹⁹ **SOERGEL**, *Bürgerliches Gesetzbuch, I, cit.*, § 133, Anm. 4.

¹²⁰ **STAUDINGER - LORENZ**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, cit.*, § 133, Anm. 3.

¹²¹ **PALANDT**, *Bürgerliches Gesetzbuch, cit.*, § 157, Anm. 2a.

¹²² **STAUDINGER - LORENZ**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, cit.*, § 157, Anm. 2.

¹²³ **STAUDINGER - LORENZ**, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, cit.*, § 157, Anm. 3; **SOERGEL**, *Bürgerliches Gesetzbuch, I, cit.*, § 157, Anm. IVc.

¹²⁴ AA.VV., *Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (RGR Komm. BGB)*, cit., § 242, Anm. 1.

¹²⁵ **R. GALPERIN**, *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, Heidelberg, 1953, 2. Aufl., § 4, Anm. 21; **J. DIETZ**, *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, München - Berlin, 1955, 2. Aufl., § 4, Anm. 67.



all'art. 4 Abs. 2 della BetrVerfG¹²⁶. È stato, quindi, sistematicamente devoluta all'analisi dei legami *de quibus* l'esclusione delle condizioni religiose e canoniche. Ciò viene con chiarezza sostenuto da Scheuermann¹²⁷: se l'Istituto religioso si comporta come Istituto religioso, ed i suoi religiosi come religiosi, ciò dev'esser preso come un dato di fatto, chiaramente comprensibile per ogni soggetto terzo.

Un'attività degli Istituti religiosi negli ospedali è possibile in diversi modi. È comprensibile che l'Istituto stesso sia controparte dell'ospedale, tanto nel caso in cui esso ne fosse proprietario secondo il diritto civile, quanto in quello in cui l'ospedale si trovasse in amministrazione fiduciaria dell'Istituto. Quest'ultimo è, di regola, il caso con beni a destinazione vincolata. La struttura ospedaliera è di proprietà d'un Istituto religioso, ma ha particolari obblighi. Ancora differente è l'ulteriore caso d'un patrimonio che fosse stato donato all'Istituto religioso con la disposizione che venisse destinato ad uno scopo specifico¹²⁸. Secondo il diritto civile la proprietà è in ogni caso dell'Istituto religioso. Più difficile è comprendere che l'Istituto religioso non sia il proprietario dell'ospedale, ma ne sia il gestore.

Se l'Istituto fosse proprietario del nosocomio, non vi sarebbe nessuna relazione giuridica del tipo qui dibattuto. Ciò varrà anche se un ospedale fosse costituito da un patrimonio particolare a destinazione vincolata, e fosse stato ricondotto all'Istituto religioso con l'affidamento d'un compito, o l'Istituto, come nel caso dell'affitto, esercitasse con l'ospedale un'attività rientrante nella propria sfera. In nessun caso Istituto religioso e struttura sanitaria sussistono come soggetti giuridici differenti; in ogni momento, invece, quello è *dominus* di questa.

È indifferente il fatto che l'Istituto religioso od un singolo convento siano una persona giuridica secondo il diritto statale. Secondo le circostanze, solo l'Istituto religioso od il singolo convento appaiono come il gestore dell'ospedale. Istituto religioso o convento sono, eventualmente, da considerare come associazioni non riconosciute o società di diritto civile. Va, poi, menzionato anche il fatto che gli appartenenti all'Istituto religioso non saranno né lavoratori dipendenti dell'Istituto religioso, né, comunque, persone a questo legate da vincoli di lavoro. Questo appare tanto più chiaro considerando la professione

¹²⁶ J. FLATOW, *Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920* (Komm. BRGes.), Berlin, 1931, § 10, Anm. 8d; Mansfeld, § 10, Anm. 3d5.

¹²⁷ A. SCHEUERMANN, *Die Lohn- bzw. Einkommensteuerpflicht von Ordensangehörigen aus der Sicht des kirchlichen Rechts, cit.*, Abschn. I Ziff. 2.

¹²⁸ H. HANSTEIN – O. SCHÄFER, *Ordensrecht*, 2. Aufl., Paderborn, 1958, pagg. 106 ss.



religiosa non come una forma di contratto sinallagmatico, bensì come incorporazione¹²⁹.

Ma anche se la professione religiosa venisse vista come un contratto sinallagmatico fra professo ed Istituto religioso¹³⁰, sarebbe impossibile definire la posizione d'ogni religioso come in qualche modo di natura giuslavorista. Il professo diventa, in ogni caso, componente dell'Istituto religioso, che lo incorpora in quanto tale¹³¹. "Questo [l'Istituto religioso] accoglie i voti [del professo] e si obbliga secondo le regole e le consuetudini a sostenerlo ed a mantenerlo. L'Istituto religioso ha diritto all'attività lavorativa del religioso, il religioso ha diritto al mantenimento da parte dell'Istituto religioso"¹³². Secondo Jone, del resto, anche considerando la professione religiosa come un contratto bilaterale¹³³ si produrrebbero i medesimi effetti che considerandolo come incorporazione: "Da ciò [dall'essenza della professione religiosa] deriva che le relazioni che con la professione sussistono fra il religioso e l'Istituto religioso o fra il religioso ed il suo superiore sono relazioni come quelle che sussistono fra un arto ed il corpo, fra un arto e la mente"¹³⁴.

I legami di diritto canonico formano, per il diritto civile, una fattispecie di fatto significativa: "Il componente d'un Istituto religioso non è, né secondo il diritto canonico, né secondo il diritto civile, un lavoratore dipendente dell'Istituto religioso. Il legame non appartiene né al diritto del lavoro né al diritto del pubblico impiego, e non dovrebbe nemmeno venir indicato come legame di lavoro o di servizio"¹³⁵.

Sono possibili anche legami di prestazione di servizi non di natura giuslavorista, quali, *ad ex.*, un contratto d'opera, un legame societario. Non bisogna prendere in esame le ragioni che dovrebbero far ritenere che un religioso individualmente e singolarmente operante non sia assoggettato alle norme relative del diritto civile. Un'autorizzazione od un comando del superiore religioso hanno valore solo per i legami

¹²⁹ A. SCHEUERMANN, *Gutachten zur Frage des Verhältnisses von Ordensangehörigen zu ihrem Ordensverband und zu ordensfremden Anstaltsleitungen vom 12. März 1949*, sl, sd, Abschn. II.

¹³⁰ H. HANSTEIN – O. SCHÄFER, *Ordensrecht, cit.*, pag. 147; EICHMANN - MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, Paderborn, 1959, pag. 479.

¹³¹ H. HANSTEIN – O. SCHÄFER, *Ordensrecht, cit.*, *ivi*.

¹³² EICHMANN - MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts, cit.*, *ivi*.

¹³³ H. JONE, *Gesetzbuch des lateinischen Kirche*, 2. Aufl., Paderborn, 1950, pag. 557.

¹³⁴ *Ibidem*, pag. 558.

¹³⁵ H. HANSTEIN – O. SCHÄFER, *Ordensrecht, cit.*, pag. 317. V. anche il giudizio del Reichsfinanzhof del 23 ottobre 1940. Per le diaconesse v. RG Bensch. Samml. Bd. 8, pag. 48, e Bd. 12, pagg. 450/51.



interni fra religioso ed Ordine. La conferenza dei procuratori degli Istituti religiosi maschili, in una lettera del 30 dicembre 1949 all'*Oberfinanzpräsident* di Colonia, afferma chiaramente, a riguardo del diritto tributario, come lo stretto legame fra il religioso ed il suo Istituto religioso non ammetta un'attività di quest'ultimo che sia giuridicamente da intendere come autonoma ed individuale. La necessità d'una distinzione, fra il legame interno all'Istituto religioso da un lato, e l'attività verso terzi dall'altro, non viene vista. Il legame giuridico, poiché vale il principio costituzionale della libertà contrattuale, fra un religioso operante individualmente e singolarmente ed un terzo, con riferimento al collegamento canonico d'una delle parti, può venir formato con un particolare oggetto. Questa creazione, però, si fonda sulla libertà contrattuale come su d'una massima del diritto statale. Quale che sia la forma del legame fra il religioso ed il terzo, viene stabilito sulla base dell'oggetto del contratto e delle circostanze del singolo caso.

5.1 - Questioni giuridiche generali sulla costituzione aziendale relativa all'attività dei professi in un istituto estraneo all'Ordine

Tutte le prescrizioni della legge sulla costituzione aziendale e sulla rappresentanza personale non trovano, *ex art. 81 Abs. 2 BetrVerfG*, ed *art. 96 PersVertrG*, nessuna applicazione alle comunità religiose né alle loro iniziative caritative ed educative, a prescindere dalla loro forma¹³⁶. L'*art. 81 Abs. 2 BetrVerfG* si riferisce all'ambito della rappresentanza aziendale, l'*art. 96 PersVertrG* a quello della rappresentanza personale¹³⁷.

Il fatto che la Chiesa Cattolica, nell'ambito di queste disposizioni, rappresenti una comunità religiosa è, con tutte le differenze sulla portata di questo concetto, generalmente accettato¹³⁸. Alle iniziative caritative della Chiesa appartengono, senza dubbio, anche gli ospedali ecclesiastici¹³⁹, che, quindi, non sottostanno alla *BetrVerfG* né alla *PersVertrG*, anche se avessero un autonomo titolare. "La norma dell'*art. 81 Abs. 2...* include tutti gli istituti ed imprese che siano emanazione

¹³⁶ G. MÜLLER, *Zum Recht des Ordensvertrages*, cit.

¹³⁷ FITTING – HEYER, *PersVertrG*, § 96 Anm. 1.

¹³⁸ J. DIETZ, *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, cit., § 81 Anm. 19; R. GALPERIN, *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, cit., § 81 Anm. 21; FITTING - KRAEGELOH, *Betriebsverfassungsgesetz*, Berlin - Frankfurt am Main, 1953, § 81, Anm. 18; FITTING – HEYER, *PersVertrG*, § 96, Anm. 2.

¹³⁹ J. DIETZ, *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, cit., § 81, Anm. 21; R. GALPERIN, *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, cit., § 81, Anm. 22.



organizzativa di comunità religiose e da queste siano gestite o controllate”¹⁴⁰. “Per queste iniziative non viene quindi fondamentalmente formato nessun consiglio di fabbrica”¹⁴¹. Questo significa, fra l’altro, che la *BetrVerfG* e la *PersVertrG* non trovano applicazione. Questo vale anche se, cosa che l’art. 96 della *PersVertrG* prevede espressamente, rappresentanze di lavoratori fossero state formate su base volontaria¹⁴². È da concludere, in generale, che per i qui menzionati istituti non sussista per legge nessuna *Betriebsverfassung* e nessuna *Personalvertretung*, né, quindi, ogni conseguenza di queste leggi. A questo proposito, se la fattispecie dell’art. 81 Abs. 2 *BetrVerfG* fosse data o meno, il tribunale del lavoro deciderebbe ex 82 Abs. 1 lit. 1 *BetrVerfG* in caso di contenzioso secondo il rito del lavoro.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*, § 81, Anm. 20.

¹⁴² *Ibidem*, § 81, Anm. 21; H. GANZOW, in *RdA*, 1950, pagg. 300 ss.