

نحوه احراز رابطه کارگری و کارفرمایی

مهدی عالمی^۱

مقدمه:

قانون کار یکی از مهمترین قوانین کشور است که جامعه هدف آن را تعداد بسیار زیادی از افراد جامعه یعنی کارگران و کارفرمایان را شامل می‌شود. علی‌رغم مواجهه این تعداد وسیع، آنچنان که باید توجهی به شرح مواد قانون کار از سوی محققین علم حقوق مبذول نشده است بدون شک مهمترین بحث قانون کار در خصوص احراز رابطه کارگری و کارفرمایی یکی از ویژگیهای این مقاله ارائه نظریات بر خلاف مشهور است در این مقاله بر خلاف نظر مشهور، رابطه کارگری و کارفرمایی در برخی موارد و مصادیق محدود و در برخی مصادیق توسعه یافته است

شکی نیست که یکی از مهمترین کاستی‌های تحقیق در حوزه علوم انسانی عدم ارائه نظرات بدیع و خلاف مشهور و البته مستدل می‌باشد در واقع علت این کاستی و نارسایی دشواری ارائه نظرات جدید است چنانچه نتیجه یک تحقیق موافق مشهور باشد اولاً منابع تحقیق فراوان است ثانیاً استدلالها هر قدر که ضعیف هم باشد مورد پذیرش واقع می‌شود اما در مقابل ارائه نظرات خلاف مشهور بدون منبع مطالعاتی و صرفاً زاییده ذهن نگارنده آن است و نحوه استدلال در آن باید به قدری قوی باشد تا بتواند به عنوان یک نظر مطرح شود به عبارت دیگر اگر نتیجه یک تحقیق موافق قول مشهور باشد گرچه با استدلالهای ضعیف همراه باشد مورد قبول واقع می‌شود اما اگر این تحقیق منجر به ارائه نتیجه خلاف مشهور گردد حتی اگر استدلالها محکم و قوی باشد آن تحقیق و نظرات مطرح شده در آن مورد توجه قرار نمی‌گیرد حال آنکه ارائه نظر خلاف مشهور و اثبات آن به مراتب سخت‌تر از اثبات قول مشهور بوده و همچنین به مراتب در مورد پیشرفت و تکامل آن موضوع موثرتر است با توجه به اینکه کارگر بودن در واقع شرط رسیدگی به دعوا در مراجع حل اختلاف ادارات کار بوده و احراز رابطه کارگری و کارفرمایی نخستین و مهمترین مرحله از رسیدگی به دعوی کاری می‌باشد و از سوی دیگر اختلاف نظرهای فراوانی در خصوص احراز رابطه کاری در حالات و نمونه‌های مختلف در میان کارشناسان روابط کار وجود دارد نگارنده را بر آن داشت که ماحصل مطالعات، بحث و گفتگو با کارشناسان را برای نخستین بار در مقاله ای تحت عنوان نحوه احراز و تمییز رابطه کاری به رشته تحریر در آورم

یکی از ویژگیهای اصلی قانون کار حمایت از کارگر بوده و قسمت عمده مقررات آن در این راستا می‌باشد الزام کارفرمایان به رعایت حداقل‌های قانونی در خصوص کارگران باعث شده است که افرادی که کارگرنیستند بخواهند خود را کارگر قلمداد نموده و از طرف دیگر مساعی طرف مقابل خارج نمودن نیروی کار از عنوان کارگری بوده تا بتوانند از تعهدات قانونی خود سرباز زنند

این مقاله بر آن است که به تبیین دقیق رابطه کارگری و کارفرمایی و تمییز آن از سایر عقود که بعضاً با رابطه کاری خلط شده اند بپردازد لذا مقاله ای کاربردی و از نوع مسئله پژوهی می باشد این مقاله در دو فصل گنجانده شده است. در فصل اول، ارکان رابطه کارگری و کارفرمایی مورد بحث واقع شده و شرایطی که باعث خدشه دار شدن ارکان و نهایتاً ممانعت از رابطه کاری می شود بیان گردیده است در فصل دوم، سایر عقود مشابه قرارداد کار مورد بحث واقع شده و به وجوه تمییز آن با رابطه کاری اشاره شده است. در اثنای مباحث، برخی مشاغل به عنوان نمونه طرح و وجود یا عدم رابطه کاری در آن مشاغل مورد بررسی واقع شده است

مبحث اول - تعریف کارگر:

ماده ۲ قانون کار: کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می کند از تعریف کارگر چند نکته بدست می آید:

- ۱- کارگر شخصی است حقیقی (کسی است) و اشخاص حقوقی نمی توانند کارگر قلمداد شوند
- ۲- عبارت ((به هر عنوان)) در تعریف فوق بدین معناست که عنوان شخص، اهمیتی در انطباق یا عدم انطباق با کارگر بودن ندارد. به عنوان نمونه یک پزشک، مهندس، پژوهشگر، استاد دانشگاه می توانند از جهت این قانون کارگر باشند
- ۳- عبارت ((در مقابل دریافت حق السعی)) اشاره دارد به این نکته که کارگر کسی است که کارش جنبه تبرعی و مجانی ندارد بلکه در مقابل انجام کار، مزد می گیرد
- ۴- عبارت ((حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا)) ناظر بر این معناست که عنوان دریافتی کارگر نقشی در ایجاد یا عدم ایجاد رابطه کاری ندارد آنچه در رابطه کاری اهمیت دارد این است که رابطه کاری معوض باشد و هر گونه مزایایی که در مقابل انجام کار به کارگر تعلق گیرد حق السعی می باشد مانند حق سکونت در مقابل انجام کار
- ۵- عبارت ((به درخواست کارفرما)) بیانگر این نکته است که کارگر کار خود را تحت تابعیت و دستور کارفرما انجام می دهد

مبحث دوم - تعریف و تمییز کارفرما:

طرف دیگر رابطه کاری، کارفرماست که این گونه تعریف شده است: ماده ۳ قانون کار: کارفرما شخصی است حقیقی یا حقوقی که کارگر به درخواست و به حساب او در مقابل دریافت حق السعی کار می کند. برخلاف کارگر که لزوماً شخصی است حقیقی، کارفرما می تواند یک شخص حقیقی یا حقوقی (مانند یک شرکت بازرگانی) باشد.

در تعریف فوق عبارت (به حساب او) بر این مطلب دلالت می کند که کارفرما شخصی است که مزد پرداخت می کند به عبارت بهتر ممکن است که کارگر تابعیت دستوری از نماینده کارفرما داشته باشد اما مزد از ناحیه نماینده کارفرما پرداخت نمی شود بلکه از سوی خود کارفرما پرداخت می شود. ثمره این نکته جایی است که استخدام و اخراج و دستورات داده شده به کارگر در حین کار از سوی اشخاص متعددی انجام شود اما کارفرمای این کارگر کسی است که مزد او را پرداخت می کند اگر چه در هیچیک از امور یاد شده دخالت نداشته و حتی کارگر اصلاً او را ندیده باشد. بنابراین، کارفرما می تواند هرگونه اختیاری را در اداره امور کارگاه به نماینده خود تفویض نماید اما پرداخت مزد تعهد ذاتی و لا ینفک کارفرما بوده و راه تمییز کارفرما از غیر اوست

مبحث سوم - ویژگیهای قرارداد کار:

۱- رضایی: قراردادی رضایی است که انعقاد آن تنها با توافق دوطرف قرارداد صورت پذیرد و تحقق

آن نیازمند تشریفات خاصی نباشد آنچنان که قرارداد کار ممکن است کتبی یا شفاهی باشد

۲- معوض: طبق تعریف کارگر، انجام کار از سوی کارگر در برابر دریافت مزد است و تابعیت مزدی کارگر از کارفرما (که در ادامه خواهد آمد) که از ارکان رابطه کاری می باشد. به معنای معوض بودن قرارداد کار است

۳- دو تعهدی: قرارداد دو تعهدی قراردادی است که هم کارگر و هم کارفرما در برابر طرف دیگر متعهد هستند بدین سان هر دو هم متعهدند هم متعهد به و این تعهد امری فراطراز معوض بودن قرارداد کار است بدین صورت که کارفرما علاوه بر مزد کارگر باید ایمنی اورانیز در محل کار تامین کند و همینطور کارگر علاوه بر تعهد به انجام کار باید مقررات مربوط به ملحقات کار مانند استعفا و مرخصی و ... را رعایت نماید

۴- مستمر: عقد مستمر در برابر عقد فوری است. در عقد فوری اثر عقد در زمان مورد توافق طرفین بدست می آید و رابطه حقوقی طرفین به عامل زمان بستگی ندارد مانند بیع اما عقد مستمر عقدی است که در آن عامل زمان اهمیت بسیاری دارد. در چنین عقدی یکی از طرفین یا هر دو ملزم است که تعهد خود را در طول زمان به طور مکرر و پیوسته برای مدت معین یا نامعینی انجام دهد.

۵- قائم به شخص: بدین معنا که در قرارداد کار، شخص کارگر متعهد است و تعهدهای او جنبه شخصی دارد و شخص ثالثی نمی تواند آنها را اجرا کند و به وراث او هم منتقل نمی شود علاوه بر این قائم به شخص بودن قرارداد کار بر این نکته دلالت دارد که موضوع قرارداد کار از مقوله مال و شیء نیست بلکه تعهدی است که به شخص کارگر مربوط می شود.

مبحث چهارم - ارکان رابطه کاری و کارفرمایی:

نص صریح تعریف کارگر و کارفرما رابطه کاری و کارفرمایی را در دورکن خلاصه می کند:

۱- تابعیت دستوری کارگر از کارفرما (کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می کند)

۲- تابعیت مزدی کارگر از کارفرما (کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می کند) برای این که یک رابطه کاری و کارفرمایی ایجاد شود باید هر دو تابعیت فوق به عنوان ارکان رابطه کاری تحقق یابد و عدم وجود یا نقص در هر یک از ارکان فوق مانع از ایجاد و شکل گیری رابطه کاری و کارفرمایی می شود

توجه به این نکته ضروری است که تابعیت دستوری و تابعیت مزدی امری متفاوت از دستور و مزد و فراطر از آنها می باشد. در فصل آینده (تمییز رابطه کاری) توضیح داده خواهد شد که افراد بسیاری هستند که به درخواست و دستور شخص دیگر کاری انجام داده و بابت آن نیز مزد دریافت می کنند اما به جهت فقدان یا نقص در تابعیت دستوری یا تابعیت مزدی عنوان کارگر بر آنها اطلاق نمی شود

گفتار اول - تابعیت دستوری:

تابعیت دستوری کارگر از کارفرما این گونه محقق می شود که اولاً کارگر، کار را به درخواست یا دستور صریح یا ضمنی، مستقیم یا غیر مستقیم (نماینده کارفرما) کارفرما انجام دهد بنابراین اگر کسی کاری را برای دیگری بدون درخواست او و تبرعاً انجام دهد در این حالت میان آن دو تابعیت دستوری وجود ندارد

ثانیاً کارگر در طول ساعات انجام کار (اعم از این که مزد خود را بر اساس ساعات انجام کاریا میزان کار انجام شده دریافت نماید) در اختیار مطلق یک کارفرما باشد و در آن ساعات مشخص برای کارفرمای دیگر کار نکند و الا تابعیت دستوری خدشه دار شده و مانع از ایجاد رابطه کاری می گردد

دکتر عراقی می نویسد: (آنچه قرارداد کار را از دیگر قراردادها متمایز می کند آن است که با امضای قرارداد کار کارگر می پذیرد که از بخشی از آزادی های خود صرف نظر کند و در مدت قرارداد تحت اشراف و نظارت و مدیریت شخص دیگری قرار گیرد)^۱ درحالی که اگر کارگر همزمان بتواند برای بیش از یک کارفرما کار کرده و رابطه کاری داشته باشد این امر باعث تداخل حق دو کارفرما شده و با فلسفه رابطه کاری متعارض و در واقع نقض غرض می باشد

همچنین ایشان معتقد است (اساساً حمایت از کارگر بدین لحاظ مطرح شده است که او کار خود را در خدمت دیگری انجام داده و آزادی خود را از دست می دهد)^۲

از عبارات این استاد حقوق کار این گونه برمی آید که اصولاً انعقاد قرارداد کار با از دست دادن آزادی در ساعات کار ملازمه دارد و اگر آزادی کارگر در ساعات کار حفظ شده و وی قادر باشد برای شخص دیگری نیز در این ساعات کار کند اعم از این که برای دیگری کار کند یا نکند این در حکم عدم تابعیت دستوری کارگر از کارفرماست. بنابراین از دست رفتن آزادی کارگر در ساعات کار صرفاً محدود به این معنا نیست که برای دیگری کار نکند بلکه علاوه بر این نباید اختیار و آزادی کار کردن برای دیگری در آن ساعات را داشته باشد پس اگر شخصی این امکان را داشته باشد که همزمان برای دونفر کار کند و از این حیث مخالفتی وجود نداشت این به معنای عدم تابعیت دستوری است در واقع امکان کار برای بیش از یک نفر از ویژگی عقود دیگری است که از برخی وجوه مشابه قرارداد کار بوده اما در واقع عقد مستقل دیگری هستند که در فصل آینده به تفکیک با عقد کار مقایسه شده و تمییز داده خواهند شد.

شایان ذکر است که مفهوم نظارت کارفرما بر کارگر (تابعیت دستوری) در کارگاه های کوچک به صورت محدود شامل نظارت کارفرما بر جزئیات کار است اما در کارگاههای بزرگ نظارت کارفرما جنبه مستقیم ندارد و به سازماندهی کار مربوط می شود در این گونه مواقع تابعیت دستوری کارگر آن است که در ساعاتی مقرر وظایفی را که به جهت پست سازمانی بر عهده اوست انجام دهد در این حالت استقلال کارگر با تابعیت دستوری قابل جمع است

همچنین استقلال حرفه ای و شغلی در برخی مشاغل مانند پزشکی و معلمی با حالت تابعیت دستوری مانع الجمع نبوده و تعارضی با آن ندارد چرا که لازمه انجام این مشاغل این است که انجام دهنده آن باید آزادی اندیشه داشته باشد و الا موجب نقض غرض می گردد

همین طور است مواقعی که کارگر آزادی خود را در حین انجام کار به سبب ماهیت کاری که انجام می دهد بدست می آورد مثلاً راننده ای است که کارگاه او اماکن و شوارع عمومی است و ممکن است بتواند در خلال انجام وظایف خود برخی از کارهای شخصی خود را نیز انجام دهد در این حالت آزادی بدست آمده برای کارگر از لوازم انجام کار و تابعیت دستوری است نه اینکه ناقض آن باشد در واقع زمانی آزادی با تابعیت دستوری منافات دارد که به سبب انجام کار و وظیفه ایجاد نگردد و لازمه انجام کار نباشد

در زمینه تابعیت دستوری پریشی مطرح است که آیا کارگر در زمان ساعات کاری خود می تواند کارگر داشته باشد یا اینکه این موضوع باعث خروج وی از عنوان کارگری می شود؟

عده ای از کارشناسان عقیده دارند که فرض فوق باعث از بین رفتن رابطه کاری شده و اصولاً مانع از تشکیل رابطه کاری می شود چرا که در این صورت یک شخص همزمان هم کارگر خواهد بود و هم کارفرما و چنین تعارضی غیر ممکن است، درحالی که تعارض زمانی است که شخصی همزمان هم کارگر طرف دیگر باشد و هم کارفرمای او، در حالی که در فرض مطروح کارگر در مکان یا کارگاه دیگر می تواند کارگر داشته باشد و این موضوع لطمه ای به تابعیت دستوری و تابعیت مزدی او با کارفرمایش وارد نگردد و رابطه کاری را خدشه دار نمی کند.

۱- عزت اله عراقی، حقوق کار ۱، انتشارات سمت، چاپ اول، ص ۱۶۱
۲- همان

اما اگر صورت مسئله این گونه باشد که کارگر در همان کارگاه و در راستای انجام وظایف خودش کار گذاشته باشد آیا این باعث خروج از رابطه کاری می‌گردد یا خیر؟ به عنوان مثال شخصی جهت پخت سوهان به صورت کیلویی (کارمزد) توسط شخص دیگر به کار گرفته می‌شود وی موظف است همه روزه در کارگاه حاضر شده و مقادیری از سوهان مورد نظر صاحب مغازه را تولید و بابت هر کیلو سوهان پخت شده مبلغی دریافت می‌کند این شخص پزنده جهت پخت نیاز به یک کارگر کمکی دارد تا مواد اولیه پخت را آماده نماید این کارگر کمکی توسط پزنده استخدام شده و از خودش نیز مزد می‌گیرد سوال این است که آیا این پزنده در این حالت کارگر محسوب می‌شود یا خیر؟

جدای از اشکال وجود تعارض، کسانی که فرد فوق را کارگر نمی‌دانند دلیلشان این است که قرارداد کار یک قرارداد شخصی و قائم به شخص است. در قرارداد کار، کارگر تعهد خود را باید شخصاً انجام دهد و اگر به کمک کارگر خود، تعهد خود را انجام دهد کارگر نخواهد بود در حالی که اولاً صحیح است که قائم به شخص بودن از ویژگیهای قرارداد کار است اما معنای قائم به شخص بودن این است که شخص ثالثی نمی‌تواند تعهدات کارگر را اجرا کند و قرارداد کار قراردادی است که با شخص خاصی به عنوان کارگر منعقد شده است در مورد مثال آنچه که وظیفه کارگر است پخت سوهان است که او این تعهد را به شخص ثالث واگذار ننموده است بلکه مقدمات پخت به کارگر دیگر واگذار شده است و این عرف و رویه پخت سوهان است و کارفرما قطعاً از این رویه اطلاع داشته و مخالفتی نکرده است و در واقع استخدام و بکارگیری نیروی کمکی توسط پزنده نوعی شرط ضمن عقد است که با موافقت کارفرما بوده است و کارفرما به طور ضمنی آن را پذیرفته است در ماده ۸ قانون کار آمده است (شروط مذکور در قرارداد کار یا تغییرات بعدی آن در صورتی نافذ خواهد بود که برای کارگر مزایایی کمتر از مزایای مندرج در این قانون منظور ننماید).

ثانیاً در فرض مذکور پزنده سوهان هر دو رکن تابعیت دستوری و تابعیت مزدی با کارفرما را دارد و در هیچیک از این دو رکن خللی وارد نمی‌شود بنابراین دلیلی بر نقض رابطه کاری وجود ندارد.

گفتار دوم - تابعیت مزدی :

منظور از تابعیت مزدی این است که اولاً انجام کار به طور معوض بوده و در مقابل حق السعی باشد و انجام کار به صورت تبریعی نباشد.

ماده ۳۴ قانون کار: کلیه دریافت‌های قانونی که کارگر به اعتبار قرارداد کار اعم از مزد یا حقوق، کمک عائله مندی، هزینه‌های مسکن، خواربار، ایاب و ذهاب، مزایای غیر نقدی، پاداش افزایش تولید، سود سالانه و نظایر آنها دریافت می‌نماید را حق السعی می‌نامند.

بنابراین مراد از مزد در تابعیت مزدی هر گونه مزایایی است که به عوض و به ازای انجام کار به کارگر تعلق می‌گیرد اگرچه ماده ۴۲ قانون کار تصریح می‌کند که حد اقل مزد باید نقدی باشد اما در صورت عدم تحقق این موضوع (نقدی بودن حد اقل مزد) این تخلفی از ناحیه کارفرما و تضییع حق کارگر است و ربطی به تابعیت مزدی کارگر از کارفرما ندارد و به این معنا نیست که اگر حداقل مزد نقدی نباشد رابطه کارگری و کارفرمایی وجود ندارد زیرا ماده مذکور در جهت حمایت از کارگر وضع شده و اگر اصل رابطه کاری را به هم بزند، این برخلاف قصد قانون‌گذار است و نقض غرض قانون‌گذار پیش می‌آید و حمایت کوچک و جزء (حداقل حقوق به صورت نقدی) مانع از حمایت اصلی و بزرگ (اصل رابطه کاری) می‌گردد لذا آن نکته‌ای که در مورد تابعیت مزدی و ایجاد رابطه کاری اهمیت دارد معوض بودن کار است حتی اگر تمام مزد به صورت غیر نقدی و حتی به شکل نوعی مزیت مانند حق سکونت در قبال انجام کار باشد همان گونه که در تعریف کارگر به صراحت حق السعی را اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا دانسته است.

در مورد تابعیت مزدی توجه به این نکته ضروری است که تابعیت مزدی ممکن است بالفعل یا بالقوه باشد بدین ترتیب که ممکن است شخصی در زمانی که ادعای رابطه کاری با دیگری دارد از او

مزدی دریافت نکند در این شرایط اگر وی قبلاً بابت انجام کار مزد می گرفته و اواخر مدت کارکرد مزد دریافت نکرده است طبق قاعده استصحاب رابطه کارگری او ابقاء شده و رابطه مزدی به نحو بالقوه می باشد مگر اینکه ادله و مستندات دال بر عدم تابعیت مزدی در این مدت وجود داشته باشد. اما اگر شخصی در طول مدت کارکرد هیچگونه ما به ازاء و حق السعی دریافت نکرده است جهت تشخیص وجود یا عدم تابعیت مزدی باید به مدت کارکرد او توجه شود اگر مدت کارکرد به اندازه ای است که عرفاً یک کارگر در بدو استخدام به انتظار و امید دریافت مزد کار می کند اینجا رابطه مزدی بالقوه احراز میگردد اما اگر مدت انجام کار بدون مزد به قدری طولانی است که عرفاً شخصی این مدت را بدون دریافت مزد کار نمی کند اینجا اصل بر عدم وجود رابطه مزدی است مگر این که ادله ای از سوی انجام دهنده کار مبنی بر قرار جمع شدن مزد و ... ارائه شود

ثانیاً اگر کارگر کارمزد، وظیفه و تکلیف خود را در راستای کارمحول شده انجام دهد کسب نتیجه که همان کار مورد انتظار یا محصول معین است و به تبع آن دریافت مزد باید به طور منجز و قطعی محقق شود به عبارت دیگر امکان عقلی عدم کسب نتیجه و عدم دریافت مزد در صورت انجام کار به طور اصولی و مقرر وجود ندارد و محصول به طور قطع بدست می آید در حالی که برخی مشاغل وجود دارد که شخص انجام دهنده آنها ممکن است که تمام تلاش و کوشش و جدیت خود را بکاربندد و با این حال در عمل به هیچ نتیجه ای نرسد و مد نظر امر را تأمین نکرده و طبق قرارداد منعقدہ مزدی هم دریافت نکند مانند بازاریاب که ممکن است علی رغم بکارگیری همه تلاش هیچ نتیجه ای کسب نکند در این حالت شخص بازاریاب اگر مزد خود را براساس ساعت انجام کار دریافت نکند نمی تواند کارگر کارمزد باشد زیرا که اگر چه کار او قابل اندازه گیری است اما کسب نتیجه منجز و قطعی نیست در این حالت تابعیت مزدی میان آمر و مأمور وجود ندارد.

ممکن است برخی به لزوم منجز بودن مزد در رابطه کاری اشکال کنند که اگر شخصی دارای تابعیت دستوری با دیگری باشد ولی مزد او از جنس مزد غیر منجز باشد طبق نظریه فوق کارگر شمرده نمی شود حال آن که کارگر به وظیفه خود عمل کرده و تابعیت دستوری داشته و حالا نوبت کارفرماست که به وظیفه خود عمل کرده و مزد کارگر را طبق قانون پرداخت کند

پاسخ اینکه هر گونه مزد و دستوری به معنای تابعیت دستوری و مزدی نیست اگر دو نفر با هم قرار بگذارند که یکی برای دیگری کار کند اما این که مزد در مقابل زمان و تلاش قطعی نباشد این در واقع نوعی دستور و مزد است که رابطه این دو را تحت عقد دیگری غیر از عقد کار قرار می دهد.

مزد و دستور با هم تناسب دارند وجود حق السعی که رکن رابطه کاری است طبق ماده ۳۴ قانون کار دریافتی است که به اعتبار قرارداد کار به کارگر پرداخت می شود لذا هر مبلغی که به شخصی در مقابل انجام کار پرداخت می شود به معنای تابعیت مزدی نیست کما این که اگر مثلاً شخصی در یک کارخانه ای زندگی کند و از اقوام صاحب کارخانه باشد اما هیچ کاری در کارخانه نداشته باشد و با این حال پایان هر ماه که به کارگران مزد پرداخت می شود صاحب کارخانه به این خویشاوند خود نیز همان مبلغ را بپردازد این شخص نمی تواند ادعای کارگری کند زیرا کاری انجام نداده و چون مبالغی را که گرفته در مقابل دستور نبوده لذا به این مبالغ، مزد گفته نمی شود معنای تناسب مزد و دستور همین مطلب است آن مزدی که نشانگر تابعیت مزدی است باید منجز و قطعی باشد والا تناسبی با تابعیت دستوری ندارد در واقع مزد غیر منجز نشانگر عدم تابعیت دستوری است مزدی که تحقق آن غیر قطعی است در مقابل دستور بوده اما در مقابل تابعیت دستوری نیست زیرا همانگونه که توضیح داده شد تابعیت دستوری به معنای اشراف و نظارت کارفرما بر کار کارگر و بررسی نتایج کار اوست اصولاً اگر تابعیت دستوری به نحو صحیح برقرار شود مزد هم باید به نحو متناسب با آن قطعی باشد اما اگر تحقق مزد در مقابل انجام کار قطعی نباشد این نشانگر عدم تابعیت دستوری است لذا اشکالی که مطرح شد در عمل امکان ندارد و انجام کار در مقابل دستور نبوده نه تابعیت دستوری و این نوع دستور و مزد نامی غیر از قرارداد کار دارد و عقد دیگری است.

اگر شخصی حاضر باشد در ساعات مشخص همه روزه سرکار حاضر شده و طبق دستور به اصطلاح کارفرما کاری انجام دهد که ممکن است مزد داشته باشد یا نداشته باشد و حتی ممکن است پس از تلاش فراوان هیچ مزدی نگیرد این در واقع مصداق نوعی کار تبریعی است و این شخص با اختیار خود کاری انجام داده که می دانسته ممکن است در مقابل آن مزدی نگیرد بنابراین تابعیت دستوری با اخذ مزد به نحو غیر منجزو غیر قطعی قابل جمع نیست.

ثالثاً صرف دریافت مزد به سبب انجام کار به معنای وجود تابعیت مزدی نیست بلکه نحوه مزد بگیری و کیفیت آن در وجود یا عدم وجود تابعیت مزدی دخیل است.

تبصره ۱ ماده ۳۵ قانون کار: چنانچه مزد با ساعات انجام کار مرتبط باشد مزد ساعتی و در صورتی که بر اساس میزان انجام کاری محصول تولید شده باشد کارمزد و چنانچه بر اساس محصول تولید شده و یا میزان انجام کار در زمان معین باشد کارمزد ساعتی نامیده می شود.

بنابراین اگر کسی بابت انجام کاری مزدی دریافت نمود که این مزد ارتباطی با هیچیک از طرق مذکور در تبصره ۱ ماده ۳۵ نداشت تابعیت مزدی محقق نشده است برخی مواقع ممکن است نحوه مزد بگیری برخی اشخاص که کارگر نیستند با مزد کارگران کارمعیین خلط و مشتبه گردد طبق نص قانون کار، کارگر کارمزد طبق یکی از این دو حالت مزد دریافت می کند: ۱- میزان انجام کار ۲- محصول تولید شده

آنچه که از تبصره ۱ ماده ۳۵ قانون کار بدست می آید این است که کارگر کارمزد کارگری است که کاروی قابل اندازه گیری و میزان سنجی بوده و بر اساس سنجش میزان انجام کار یا محصول تولید شده مستحق دریافت مزد می گردد چرا که کارگر کارمزد بر اساس ساعت انجام کار مزد نمی گیرد پس باید کار او قابل اندازه گیری باشد تا بر اساس میزان انجام کار مزد بگیرد یعنی کارگر کارمزد یا باید محصول و کالای مشخصی را تولید کند و بر اساس میزان این تولید مزد بگیرد یا این که اگر ماهیت کار او از سنخ و جنس تولید نیست باید به گونه ای قابل اندازه گیری باشد والا نمی توان میزان مزد او را تعیین کرد

در واقع انتظاری که کارفرما از استخدام یک کارگر کارمزد دارد و به خاطر آن به وی مزد می دهد از دو حالت خارج نیست یا این که محصول معین و مشخصی را از کارگر می خواهد و اگر کارگر آن محصول را تولید نمود به ازاء آن به کارگر مزد می دهد یا این که کار محول شده به کارگر کارمزد به گونه ایست که کار به هر میزان که انجام گردد آن میزان از کار برای کارفرما مفید بوده و انجام ادامه کار توسط دیگری امکان دارد نه آن که آن میزان از کار انجام شده بالاصاله مفید نبوده و هیچ ثمره ای نداشته باشد به عنوان مثال اگر یک موسسه پژوهشی با یک محقق قرار بگذارد که در صورت انجام یک تحقیق در موضوع مشخص مبلغی را به عنوان دستمزد به او می دهد (بدون در نظر گرفتن ساعت کار) در این حالت از آنجا که میزان عملکرد وی در انجام تحقیق قابل اندازه گیری نبوده و اینگونه نیست که هر میزان از تحقیق که انجام شود بالاصاله مفید بوده و بتوان ادامه آن را به محقق دیگری واگذار نمود چنین شخصی تابعیت مزدی با کارفرما ندارد و نحوه مزد بگیری او به نحو کارمزد نیست زیرا اگر این محقق ساعتها وقت بگذارد و تحقیق خود را پیش ببرد اما کار را در میانه طریق رها نموده و مطلوب موسسه را ارائه نکند بابت آن میزان از تحقیق انجام شده به او دستمزدی تعلق نمی گیرد در حالی که کارگر کارمزد کارگری است که هر میزان از کار انجام شده توسط او بالاصاله مفید بوده و انجام ادامه آن توسط دیگری امکان دارد.

لذا اگر شخصی کاری را انجام داد که نحوه مقرر شده برای مزد بر اساس ساعت انجام کار نبود و ماهیت کار نیز به گونه ای نبود که بتوان آن را اندازه گیری نمود مزدی که وی دریافت کرده یا قرار است که دریافت کند مصداق تابعیت مزدی نیست و رابطه آمر و مامور در این حالت یکی دیگر از عقود غیر از قرارداد کار است که در فصل تمییز رابطه کاری مفصل بحث خواهد شد

اشکالی که در مورد منجز بودن مزد مطرح شد در مورد لزوم امکان میزان سنجی کار نیز ممکن است

مطرح شود که پاسخ این اشکال نیز همان گونه که توضیح داده شد عدم امکان تحقق صحیح تابعیت دستوری با این نحوه مزد بگیری است زیرا در این صورت اشراف و نظارت و بررسی نتایج ازسوی کارفرما امکان ندارد و درحالت مثال فوق حتی اگر محقق ملزم باشد همه روزه درساعت‌های خاصی سر کار حاضر شده و کار خود را ادامه دهد این به معنای تابعیت دستوری نیست بلکه شرطی است که ضمن عقد جعاله میان این دو برقرار شده است

گفتار سوم - موانع ایجاد رابطه کارگری و کارفرمایی:

ما حاصل بحث از تابعیت دستوری و تابعیت مزدی این است که هر یک از موارد ذیل با ایجاد خدشه در تابعیت دستوری و مزدی مانع از شکل گیری رابطه کاری می شوند:

- ۱- کارکردن در ساعات محدود و مشخص برای بیش از یک کارفرما
- ۲- کارکردن بدون درخواست یا دستور کارفرما
- ۳- وجود امکان کار کردن در ساعات مشخص برای غیر کارفرما (آزاد بودن کارگر در ساعات کار)
- ۴- کارکردن به قصد تبرعی و بدون چشم داشت به مزد
- ۵- دریافت مزد به شکلی غیر از حالات مندرج در تبصره ۱ ماده ۳۵ (مزد ساعتی، کارمزد دو کارمزد ساعتی)
- ۶- عدم امکان میزان سنجی و اندازه گیری کاردر کار معین
- ۷- قطعی و منجز نبودن نتیجه مورد نظر کارفرما علی رغم انجام اصولی کار در کار معین
- ۸- دریافت مزد از بیش از یک کارفرما در ساعات مشخص کار

مبحث پنجم - کارگاه:

سوالی که مطرح است این است که آیا تعلق محل انجام کار به کارگر یا کارفرما در شکل گیری و ایجاد رابطه کاری موثر است یا خیر؟

برخی براین باورند که اگر محل انجام کار، متعلق به کننده کار باشد این امر باعث از بین رفتن رابطه کاری می شود و بالعکس انجام کار در محلی که متعلق به صاحب کار است قرینه محکمی بر وجود رابطه کارگری و کارفرمایی محسوب می شود

در حالیکه به نظر می رسد محل انجام کار یا به اصطلاح کارگاه به دلایل ذیل هیچگونه اصلیتی در ایجاد رابطه کاری ندارد:

۱- طبق ماده ۲ قانون کار، کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می کند. در علم منطق بحث شده است که تعریف باید جامع افراد و مانع اغیار باشد همانگونه که در تعریف کارگر مشاهده می شود در این تعریف قیدی در خصوص کارگاه یا لزوم انجام کار از سوی کارگر در محل متعلق به کارفرما آورده نشده است و اطلاق موجود در تعریف کارگر در خصوص کارگاه، نشانگر عدم اهمیت آن در ایجاد رابطه کاری می باشد

۲- ماده ۴ قانون کار کارگاه را اینگونه معرفی می کند: کارگاه محلی است که کارگر به درخواست کارفرما یا نماینده او در آنجا کار می کند از قبیل موسسات صنعتی، کشاورزی، معدنی، ساختمانی، ترابری، مسافربری، خدماتی، تجاری، تولیدی اماکن عمومی و امثال آنها

کارگاه به معنای اخص آن که در قانون کار استعمال شده است محلی است که کارگر به درخواست کارفرما در آنجا کار می کند این بدان معناست که وجود کارگاه به معنای خاص آن فرع بر وجود کارگر و کارفرما می باشد به عبارت دیگر در صورتی که رابطه کارگری و کارفرمایی میان دو طرف اثبات شده و احراز گردد در این صورت به محلی که کارگر به انجام کار می پردازد کارگاه گفته می شود و عنوان کارگاه قبل از وجود رابطه کارگری و کارفرمایی معنایی نداشته و وجود ندارد

استفاده از عنوان کارگاه به عنوان قرینه ای بر رابطه کاری، در واقع نوعی مصادره به مطلوب محسوب

می شود مصادره به مطلوب عبارت است از این که نتیجه به عنوان مقدمه ذکر گردد یعنی موضوعی که باید پس از استدلال صحیح نتیجه گیری شود در مسیر استدلال به عنوان مقدمه (یک امر مفروض و بی نیاز به اثبات) مورد استفاده واقع شود به دیگر سخن نتیجه وجود رابطه کاری این است که محل انجام کار توسط کارگر، کارگاه نامیده شود نه این که از انجام کار توسط شخصی در محل متعلق به شخص دیگر رابطه کاری احراز شود

۳- طبق ماده ۴ قانون کار، کارگاه ممکن است اماکن عمومی باشد بنابراین الزامی در تعلق کارگاه به کارفرما وجود ندارد این نکته قرینه است بر عدم اهمیت تعلق کارگاه به کارگر یا کارفرما و عدم اصالت آن در وجود یا عدم رابطه کاری و درحقیقت بدین خاطر که کارفرما در طول ساعات کار مستمراً بتواند به کارگر دستور داده و بر کار او نظارت نماید محل انجام کار را در محلی متعلق به خود تعیین می کند لذا محل انجام کار از اختیارات کارفرما و در راستای تابعیت دستوری کارگر از کارفرما است حال اگر کارفرما به هر دلیل محل انجام کار را به کارگر تفویض اختیار نموده و آنرا در اختیار کارگر قرار دهد یا اینکه حتی شرط کند که کارگر کار را در محل متعلق به خودش (مثل منزل) انجام دهد در واقع کارفرما از اختیارات خود در راستای تابعیت دستوری صرف نظر کرده است و این نمی تواند مانع از تحقق رابطه کاری گردد همانگونه که در برخی موارد به دلیل اعتماد کارفرما به کارگر یا پرداخت مزد به کارگر براساس کارمعیین و یا حتی به انگیزه کسب سود بیشتر (به دلیل عدم تامین کارگاه) کارگر کار خود را در منزل خودش انجام دهد.

بنابراین کار کردن در محل متعلق به دیگری تاثیری در شکل گیری و ایجاد رابطه کاری ندارد و فقط در راستای فراهم نمودن بستر تابعیت دستوری است حال اگر کارفرما به کارگر اجازه دهد که کارش را در منزل خودش انجام دهد این مسئله رابطه کاری را تخریب نمی کند و در واقع منزل کارگر عنوان کارگاه می گیرد چون محلی است که کارگر به درخواست کارفرما آنجا کار می کند. در مقابل نظر اتخاذ شده فوق، ممکن است برخی اشکال وارد کنند که کارگاه دارای شخصیت مستقل است و این گونه نیست که کارگاه فرع بر رابطه کاری بوده و بعد از ایجاد رابطه کاری مفهوم پیدا کند دلیل این گروه ماده ۱۲ قانون کار است:

ماده ۱۲ قانون کار: هر گونه تغییر حقوقی در وضع مالکیت کارگاه از قبیل فروش یا انتقال به هر شکل، تغییر نوع تولید، ادغام در موسسه دیگر، ملی شدن کارگاه، فوت مالک و امثال اینها در رابطه قراردادی کارگرانی که قراردادشان قطعیت یافته است موثر نمی باشد و کارفرمای جدید قائم مقام حقوق و تعهدات کارفرمای سابق خواهد بود. علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

با توجه به این که ماده فوق تغییر مالکیت کارگاه را در رابطه قراردادی کارگران قرارداد قطعی، موثر ندانسته است لذا در این ماده بعد از وجود کارگرو کارفرما و رابطه کاری، به محل انجام کار عنوان کارگاه اطلاق شده نه این که صرف نظر از رابطه کاری باشد به عبارت دیگر تغییر مالکیت کارگاه بدون وجود کارگر فرض نشده تا کارگاه شخصیت مستقل پیدا کرده باشد.

برخی دیگر به استناد ماده ۱۸۸ قانون کار برای کارگاه شخصیت مستقل قائل شده اند:

ماده ۱۸۸ قانون کار: اشخاص مشمول قانون استخدام کشوری یا سایر قوانین و مقررات خاص استخدامی و نیز سایر کارگران کارگاههای خانوادگی که انجام کار آنها منحصراً توسط صاحب کار و همسر و خویشاوندان نسبی درجه یک از طبقه اول انجام می شود مشمول مقررات این قانون نخواهند بود.

معتقدان به شخصیت مستقل کارگاه چنین عقیده دارند که کسانی که در کارگاه خانوادگی کار می کنند رابطه کارگری و کارفرمایی ندارند و اگر کارگاه شخصیتی مستقل نداشته و صرفاً محل انجام کار کارگر بوده و فرع بر رابطه کاری باشد در این ماده نباید عنوان کارگاه بر محل کار اطلاق می شد لذا عنوان کارگاه خانوادگی بدون وجود رابطه کاری دلیل بر این است که کارگاه شخصیت مستقل داشته و فرع بر رابطه کاری نیست.

در حالی که ماده ۱۸۸ در مقام استثناء نمودن اماکنی که افراد با نسبت خانوادگی مذکور در آنجا مشغول کار هستند از برخی مواد قانون کار است و در مقام اعطاء شخصیت مستقل از رابطه کاری به کارگاه نیست در واقع نوعی تسامح در رفتار در ماده فوق وجود دارد و نشانه این تسامح این است که در همین ماده از واژه کارگران برای کارگاههای خانوادگی استفاده شده (کارگران کارگاههای خانوادگی) در حالی که در ذیل همین ماده این افراد از رابطه کاری خارج می شوند لذا این تعارض در صدور ذیل ماده فوق بر تسامح گفتاری حمل می شود.

اما علی رغم امکان توجیه برخی مواد قانونی، در برخی موارد شاهد نکاتی هستیم که نمی توان آنها را بر تسامح گفتاری حمل نمود بلکه وقوع اشتباه هنگام تدوین قانون به وضوح مشخص است آن چنان که در ماده یک قانون کار آمده است: کلیه کارفرمایان، کارگران، کارگاهها، موسسات تولیدی، صنعتی، خدماتی و کشاورزی مکلف به تبعیت از این قانون می باشند دکترا عراقی وجود این قبیل اختلافات در مواد قانون کار را مصداق تعارض ندانسته بلکه آن را معلول بی دقتی در تنظیم قانون

می داند و می نویسد (اگر مواد یاد شده را بدون توجه به آنچه در جریان تنظیم و تصویب قانون گذشته است بررسی کنیم دچار شگفتی خواهیم شد... ولی اگر بیاد آوریم که قانون جدید کار برای رسیدن به مرحله نهایی از چه نشیب و فرازهایی گذشته است در این صورت شگفتی ما کمتر خواهد شد)^۱

برخی دیگر با توجه به ماده ۸۷ قانون کار معتقد به شخصیت مستقل کارگاه از رابطه کاری شده اند. ماده ۸۷ قانون کار: اشخاص حقیقی و حقوقی که بخواهند کارگاه جدیدی احداث نمایند و یا کارگاههای موجود را توسعه دهند مکلفند بدو برنامه کار و نقشه های ساختمانی و طرح های مورد نظر را از لحاظ پیش بینی در امر حفاظت فنی و بهداشت کار برای اظهار نظر و تایید به وزارت کار و امور اجتماعی ارسال دارند.

در پاسخ به این اشکال متذکر می گردیم که کارگاه از دو حیث قابل تبیین است یکی از حیث فیزیکی که در آن مسائل مربوط به حفاظت فنی، بهداشتی، و سایر امور مربوط به ساختار فیزیکی مد نظر است و بنا بر همین وجه نیز هر موسسه ای که به عنوان یک واحد مستقل دارای فعالیت سازمان یافته اجتماعی در زمینه تولید، توزیع یا حمل کالا و عرضه خدمات باشد کارگاه نامیده می شود اما حیث و جهت دوم کارگاه، معنای خاص کارگاه در روابط کار است که از این نظر کارگاه مکان مستقلی از رابطه کاری نیست آنچنان که تعریف آن نشان می دهد و اماکن عمومی را نیز به عنوان کارگاه قبول دارد در ماده ۸۷ کلماتی همچون احداث، توسعه و سایر قرائن لفظیه نشانگر اراده حیث فیزیکی کارگاه است نه کارگاه از حیث معنای خاص آن در روابط کار

مبحث ششم - ابزار کار:

اکثر کارشناسان حقوق کار معتقدند که ابزار کار در صورتی که موثر در درآمد بوده و متعلق به کارگر باشد مانع از شکل گیری رابطه کاری می شود اما اگر ابزار کار بهای قابل توجهی نداشته و در درآمد تاثیری نداشته باشد خللی به رابطه کاری وارد نمی کند.

در حالی که مشخص نیست این نظر در مورد ابزار کار از کدام ماده قانونی اقتباس شده است. ماده ۲ قانون کار که کارگر را تعریف نموده است ارکان رابطه کاری و کارفرمایی را تابعیت دستوری و تابعیت مزدی کارگر از کارفرما دانسته است که در جای خود توضیح داده شد نه تنها در تعریف کارگر بلکه در هیچ ماده و تبصره ای تفصیل فوق الذکر (ابزار کار موثر و غیر موثر در درآمد) وجود ندارد.

اگرچه اکثر کسانی که با ابزار کار موثر در درآمد مشغول کار هستند به جهت فقدان یکی از دورکن تابعیت دستوری و تابعیت مزدی مشمول رابطه کارگری و کارفرمایی نمی باشند و معمولاً عنوان پیمانکار یا فرد صنفی بر آنها صدق می کند اما با این حال برخی موارد وجود دارد که شخصی برای دیگری کار می کند و تابعیت دستوری و تابعیت مزدی نیز با او دارد اما به این خاطر که با ابزار کار متعلق به خود که در کسب درآمد موثر است کار می کند نظر مشهور کارشناسان این است که چنین شخصی کارگر نیست.

به عنوان مثال راننده ای را در نظر بگیرید که برای یک موسسه ای با اتومبیل متعلق به خودش کار می کند وی موظف است همه روزه طبق ساعات کار آنجا، به طور منظم سر کار حاضر شده و در اختیار یکی از کارمندان آنجا تا پایان ساعت کاری کار کند و در پایان هر ماه مزد ثابتی دریافت می کند نظر مشهور این است که چنین شخصی کارگر نیست در حالی که اگر همین شخص به همین شکل و توصیف ولی با اتومبیل موسسه کار کند کارگر است.

کسانی که قائل به عدم رابطه کارگری و کارفرمایی هستند چنین استدلال می کنند که رابطه کارگری و کارفرمایی رابطه ای است شخصی و قائم به شخص و کارگر باید شخصاً کار مورد تعهد را انجام دهد به عبارت دیگر تعهدات کارگرنه شخصی دارد و قرارداد کار در واقع اجاره اشخاص است نه اجاره اشیاء در حالی که اگر رابطه کاری را در فرض مذکور بپذیریم اجاره اشیاء و انسان (کارگری) را خلط کرده ایم.

در صورتی که صحیح است که یکی از ویژگیهای قرارداد کار قائم به شخص بودن است اما معنای این ویژگی آن است که شخص ثالثی نمی تواند تعهدات کارگر را اجرا نماید و قرارداد او به وراث او هم منتقل نمی شود (با فوت کارگر یا از کارافتادگی او قرارداد کار خاتمه می یابد و قابل انتقال به غیر نیست) در فرض مذکور نیز راننده موسسه انجام تعهدات خود را به دیگری واگذار نکرده است. اما در خصوص این اشکال که اعتقاد به وجود رابطه کاری در فرض مذکور به مثابه این است که اجاره اشیاء (اتومبیل) را در حکم اجاره اشخاص بدانیم باید گفت که چنین شخصی در فرض مذکور تابعیت دستوری و تابعیت مزدی را با موسسه دارد لذا از آنجا که شخصاً کار می کند (رانندگی) و کار او نیز با تابعیت دستوری و مزدی همراه است اشکالی در نفس رابطه کاری وجود ندارد کما این که اگر وی به همین کیفیت ولی با اتومبیل موسسه مشغول کار بود هیچ اشکالی در کارگر بودن او نبود در واقع اینجا کارگر علاوه بر تعهد انجام کار و حفظ ارکان کارگری تعهد بیشتری را پذیرفته و آن ارائه ابزار کار است و قبول تعهد بیش از وظیفه کاری (تامین ابزار کار) نمی تواند رابطه کاری را از بین ببرد بلکه به جهت ارائه ابزار کار علاوه بر انجام کار مستحق دریافت اجاره ابزار نیز می باشد به دیگر سخن، کارگر در این حالت هم خودش کار کرده و هم ابزارش اما اخذ اجاره اشیاء و رسیدگی به دعوای آن در صلاحیت ادارات کار و امور اجتماعی نبوده و باید در مراجع قضایی رسیدگی شود.

در حالت فوق اگر دلیلی بر این امر باشد که مبلغی بابت اجاره مقرر شده است تکلیف این است که بابت انجام کار، حقوق کارگری و بابت اتومبیل نیز اجاره پرداخت شود اما اگر دلیلی بر اجاره مستقل اتومبیل از کار نباشد و قرائن و حتی اقرار بر این باشد که کارفرما به این شرط حاضر شده است کارگر را استخدام کند که وی با اتومبیل متعلق به خودش به صورت رایگان و بدون اجاره بها کار کند و به عبارت بهتر داشتن همین ابزار کار به عنوان مرجع باعث استخدام او شده است در این حالت مبلغی بیشتر از مزد عادی به کارگر تعلق نمی گیرد و شرط مذکور به عنوان شرطی که ضمن عقد بوده صحیح است و اشکالی به عقد و قرارداد کار وارد نمی کند حال اگر مزد این راننده حداقل قانونی باشد که این مزد بابت کار کارگر است و ظاهر قضیه این است که به طور ضمنی در ضمن عقد شرط شده که ابزار کار خود را رایگان در اختیار کارش قرار دهد اما اگر حقوق کارگر بیشتر از حداقل قانونی باشد و در قرارداد جداگانه ای مبلغ مازاد بر حداقل به عنوان اجاره ابزار قید شده باشد که تکلیف معلوم بوده و همان مبلغ حداقل به عنوان مزد ثابت و مبنا است اما اگر قراردادی در این بین نبوده و اقراری

نیز وجود نداشته باشد دونظر مطرح است: یکی این که کل مبلغ پرداختی به کارگر جزء حقوق ثابت اوست و در محاسبه عیدی و سنوات دخیل است دیگر آنکه مبلغ پرداختی به عنوان حداقل به او همان مبلغ حقوق ثابت است و مازاد پرداختی در حکم اجاره ابزار است که با توجه به این که اصل در مزد کارگر، مبلغ حداقل است و کارگر باید حقوق بیش از حداقل را اثبات نماید در این حالت مزد کارگر همان مبلغ حداقل می باشد و مبلغ بیش از حداقل، بر اجاره ابزار حمل می شود.

ممکن است برخی دیگر چنین اشکال کنند که اگر کارگر مجاز باشد ابزار کار موثر در درآمد داشته باشد این بدین معناست که فرد صنفی را کارگر بدانیم در حالیکه وجه تمایز کارگر و فرد صنفی همین ابزار کار است، اما قانون نظام صنفی، فرد صنفی را این گونه تعریف می کند:

ماده ۲ قانون نظام صنفی: هر شخص حقیقی یا حقوقی که در یکی از فعالیتهای صنفی اعم از تولید، تبدیل، خرید، فروش، توزیع، خدمات و خدمات فنی سرمایه گذاری کند و به عنوان پیشه ور و صاحب حرفه و شغل آزاد خواه به شخصه یا با مباشرت دیگران محل کسبی دایر یا وسیله کسبی فراهم آورد و تمام یا قسمتی از کالا و محصول یا خدمات خود را به طور مستقیم یا غیر مستقیم و به صورت کلی یا جزئی به مصرف کننده عرضه دارد فرد صنفی شناخته می شود

اگرچه طبق تعریف فوق سرمایه گذاری اعم از اینکه در قالب تهیه وسیله کسب یا محل کسب باشد با فرد صنفی ملازمه دارد و ابزار کار موثر در درآمد نوعی سرمایه گذاری محسوب می شود اما این مطلب بدین معنا نیست که هر کس که سرمایه گذاری کند و ابزار کار موثر در درآمد داشته باشد فرد صنفی است.

مهمترین شاخصه فرد صنفی و عامل ممیز آن داشتن پروانه کسب است

ماده ۵ قانون نظام صنفی: پروانه کسب، مجوزی است که طبق مقررات این قانون به منظور شروع ادامه کسب و کار یا حرفه به فرد یا افراد صنفی برای محل مشخص یا وسیله کسب معین داده می شود

تبصره دو ماده ۷۹: اتحادیه ها موظفند دارنده پروانه کسب را به عنوان فرد صنفی بپذیرند

برای این که شخصی فرد صنفی شناخته شود باید مراحل قانونی راطی نموده و مجوز پروانه مربوطه را اخذ نماید

ماده ۲۶ قانون نظام صنفی: هر گاه شخصی بخواهد فعالیت صنفی را آغاز کند ابتدا باید به اتحادیه ذیربط مراجعه و تقاضای کتبی خود را تسلیم و رسید دریافت دارد. اتحادیه مکلف است در چارچوب مقررات نظر خود را مبنی بر رد یا قبول تقاضا حداکثر ظرف ۱۵ روز به متقاضی اعلام نماید.

مواد فوق و سایر و مواد مشابه آن در رابطه با لزوم رعایت مقررات خاص اتحادیه، نظارت بر عملکرد واحد و فرد صنفی، وجود مجازات های مختلف در قبال تخلف از قوانین و مقررات و سایر تشریفات که قانون نظام صنفی در نظر گرفته است نشان می دهد که شناخته شدن یک فرد به عنوان فرد صنفی نیازمند دلیل است و این گونه نیست که هر کس به مجرد سرمایه گذاری و انجام کار با ابزار موثر در درآمد و متعلق به خود، فرد صنفی محسوب گردد، ضمن این که هر فعالیت کاری نمی تواند در قالب فعالیت صنفی قرار گیرد و اینگونه نیست که هر کس که ابزار کار موثر در درآمد داشته باشد بتواند با عضویت در اتحادیه صنفی و اخذ پروانه به عنوان فرد صنفی تلقی شود، فرد مورد مثال (راننده موسسه که با اتومبیل خود کار میکند) اگر بخواهد فرد صنفی باشد یا باید پروانه تاسیس آژانس مسافرتی اخذ کند و یا پروانه تاکسی بگیرد و در همین وضعیت فعلی اصلاً نمی تواند فرد صنفی شود علاوه بر این چنین شخصی هم طبق تعریف کارگر تابعیت دستوری و تابعیت مزدی با کارفرما دارد و هم نحوه قرارداد او به گونه ایست که همه ویژگیهای قرارداد کار (رضایی - معوض - دوتعهدی - مستمر - قائم به شخص) را دارد در حالی که فرد صنفی نه تابعیت دستوری و نه تابعیت مزدی با مصرف کننده ندارد و قرارداد او بر خلاف قرارداد کار قرارداد مستمری نیست، بنابراین تفاوت کارگر و فرد صنفی این است که اولاً کارگر تابعیت دستوری و مزدی با کارفرما دارد اما فرد صنفی

چنین رابطه ای با مصرف کننده ندارد ثانیاً کارگر برای این که کارگر شناخته شود نیاز به مجوز و مدرک خاصی ندارد اما فرد صنفی باید پروانه داشته باشد.

فصل دوم: تمییز رابطه کاری

برخی عقود وجود دارد که موضوع آنها دستور و مزد است اما تفاوت این عقود و قرارداد کار این است که موضوع قرارداد کار فراتر از دستور و مزد یعنی تابعیت دستوری و تابعیت مزدی است لذا هر کس که در مقابل دستور، کاری انجام دهد و مزدی بگیرد لزوماً کارگر محسوب نمی شود غیر از قرارداد کار قراردادهای دیگری هم وجود دارد که موضوع آنها تعهد ارائه خدمت و انجام کار از سوی یک طرف برای طرف دیگر است و در اکثر موارد این ارائه خدمت به شکل معوض است این فصل جهت تمییز قرارداد کار از این گونه قراردادهای نگاشته شده است، قرارداد کار تابع حقوق کار و قراردادهای دیگر تابع حقوق مدنی و حقوق تجارت است

مبحث اول - تمییز رابطه کاری و مزارعه:

ماده ۵۱۸ قانون مدنی: مزارعه عقدی است که به موجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می دهد که آن را زراعت کرده و حاصل را تقسیم کند
ماده ۵۱۹ قانون مدنی: در عقد مزارعه حصه هر یک از مزارع و عامل باید به نحوه اشاعه از قبیل ربع یا ثلث یا نصف یا غیره معین گردد و اگر به نحو دیگر باشد احکام مزارعه جاری نخواهد شد.
با توجه به این که مزارعه عقدی است که به طور مستقل از عقد اجاره در قانون مدنی آورده شده نشانگر تباین عقد مزارعه و عقد اجاره و در نتیجه تباین مزارعه و اجاره اشخاص (که از اقسام اجاره است) می باشد و با عنایت به اینکه قانون کار در واقع قانونی است که ناظر به اجاره اشخاص (کارگران) است پس کسی که به نحو مذکور در ماده ۵۱۸ قانون مدنی کار می کند مشمول عقد مزارعه بوده و کارگر نمی باشد عدم تابعیت دستوری به جهت فقدان نظارت در حین انجام کار از سوی صاحب زمین و همچنین عدم تابعیت مزدی به جهت منجز و قطعی نبودن مزد (حاصل) تفاوت مزارعه و قرارداد کار می باشد

آنچه که در مورد عقد مزارعه اهمیت دارد رعایت نسبت حصه هر یک از مزارع و عامل (نیروی انسانی) به نحوه اشاعه است و اگر به نحو دیگر باشد اعم از اینکه برای عامل مزد مشخص یا مزایای دیگری در نظر گرفته شده باشد چنین عقدی مزارعه نیست در این حالت قانون چنین حکم نموده است:

ماده ۵۳۳ قانون مدنی: اگر عقد مزارعه به علتی باطل شود تمام حاصل مال صاحب بذر است و طرف دیگر که مالک زمین یا آب یا صاحب عمل بوده است به نسبت آنچه که مالک بوده مستحق اجرت المثل خواهد بود

سوالی که اینجا مطرح است این است که مراد از اجرت المثل در ماده فوق همان حقوق و مزایای کارگری است یا خیر؟

پاسخ این است که با توجه به اینکه در این حالت عقد مزارعه باطل شده و نحوه کار کردن عامل، وی را مشمول قرارداد کار قرار می دهد و کسی که مثل نامبرده کار کند از بین عقود، مشمول عقد و قرارداد کار می گردد بنابر این در این حالت عامل به عنوان کارگر مشمول قانون کار می گردد. عدم اشاره ماده قانونی به قانون کار نیز به جهت تقدم قانون مدنی (سال ۱۳۰۳) بر قانون کار است و در زمان نگارش قانون مدنی، قانون کار به رشته تحریر در نیامده بود.

مبحث دوم - تمییز رابطه کاری و مساقات:

ماده ۵۴۳ قانون مدنی: مساقات معامله ای است که بین صاحب درخت و امثال آن با عامل در مقابل حصه مشاع معین از ثمره واقع می شود و ثمره اعم است از میوه و برگ گل و غیر آن .
در مساقات نیز همچون مزارعه باید ثمره به نحوه اشاعه (ثلث، ربع و...) میان صاحب درخت و عامل

تقسیم شود و الا در غیر این صورت این عقد مساقات نخواهد بود ذکر مساقات به عنوان عقد مستقلی از اجاره اشخاص بیانگر تباین مساقات و رابطه کارگری و کارفرمایی است و در صورتی که مساقات به علتی باطل شود عامل به عنوان کارگر مشمول قانون کار میگردد و وجه تمایز مساقات و قرارداد کار همانند مزارعه، عدم تابعیت دستوری و تابعیت مزدی در عقد مساقات می باشد.

ماده ۵۴۴ قانون مدنی: در هر مورد که مساقات باطل باشد یا فسخ شود تمام ثمره مال مالک است و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود.

مبحث سوم - تمییز رابطه کاری و مضاربه:

ماده ۵۴۶ قانون مدنی: مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید این که طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می شود.

ماده ۵۴۸ قانون مدنی: حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل از قبیل ربع یا ثلث یا غیره باشد

مضاربه نیز به عنوان عقد مستقل از اجاره اشخاص آورده شده و عامل در مضاربه کارگر محسوب نمی گردد اما در صورتی که مضاربه فاقد شروط مندرج در مواد ۵۴۶ و ۵۴۸ قانون مدنی گردد دیگر مضاربه نبوده و عامل به عنوان کارگر مشمول قانون کار می گردد:

ماده ۵۷۷ قانون مدنی: اگر کسی مالی برای تجارت بدهد و قرار بگذارد که تمام منافع مال مالک باشد در این صورت معامله مضاربه محسوب نمی شود و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر این که معلوم شود که عامل عمل را تبرعاً انجام داده باشد.

مبحث چهارم - تمییز رابطه کاری و جعالة:

ماده ۵۶۱ قانون مدنی: جعالة عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از این که طرف معین باشد یا غیر معین.

ماده ۵۶۲ قانون مدنی: در جعالة ملتزم را جاعل و طرف را عامل و اجرت را جعل می گویند.

ماده ۵۶۳ قانون مدنی: در جعالة معلوم بودن اجرت من جمیع جهات لازم نیست.

ماده ۵۶۴ قانون مدنی: در جعالة گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.

ماده ۵۶۷ قانون مدنی: عامل وقتی مستحق جعل {اجرت} میگردد که متعلق جعالة را تسلیم کرده یا انجام داده باشد.

با توجه به تصریح ماده ۵۶۷، متعلق جعالة همیشه شیء گمشده ای نیست که جاعل مزد و پاداشی برای یابنده آن تعیین کند بلکه ممکن است متعلق جعالة انجام عمل و کاری باشد که مدنظر جاعل بوده و جاعل برای انجام دهنده آن عمل اجرتی در نظر گرفته باشد.

عدم تابعیت دستوری به دلیل عدم نظارت جاعل بر عامل و از دست نرفتن آزادی عامل در حین کار و عدم تابعیت مزدی به جهت منجز و قطعی نبودن مزد، وجوه تمایز جعالة و قرارداد کار می باشند. در حال حاضر برخی مشاغل در جامعه منطبق بر جعالة بوده و جزء قرارداد کاری محسوب نمی گردد که با ذکر دو مثال توضیح داده می شود.

شغل بازاریابی: ممکن است فردی برای یک شرکت تجاری به عنوان بازار یاب فعالیت کند بدین ترتیب که شرکت هیچ مزد معین و ثابت و قطعی برای وی در نظر نگیرد و قرار بر این باشد که به ازاء هر مشتری که وی بتواند برای شرکت بیابد مبلغی به عنوان دستمزد به وی پرداخت شود و اگر نتواند علی رغم تلاش فراوان بازاریابی کند هیچ مزدی به او تعلق نمی گیرد در مقابل شخص بازاریاب نیز التزامی به انجام بازاریابی ندارد و حتی می تواند در خلال بازاریابی برای شرکتهای دیگر نیز بازاریابی کرده یا حتی مشغول کار دیگر باشد سوال این است که آیا چنین بازاریابی کارگر است یا خیر؟

برخی معتقدند که چنین شخصی کارگر بوده و حتی اگر موفق به بازاریابی نگردد کارفرما باید مزد وی را طبق ساعات کار و طبق قانون کار پرداخت نماید به این دلیل که به درخواست و دستور کارفرما کار کرده است.

اما به نظر می رسد که اشتباه معتقدین به رابطه کاری در مورد فوق عدم توجه به ارکان رابطه کاریست همان گونه که گفته شد انجام دهنده کار برای این که کارگر محسوب گردد باید دارای دو تابعیت دستوری و مزدی از کارفرما باشد در مورد مثال بازاریاب تابعیت دستوری از شرکت ندارد زیرا این گونه نیست که آزادی عمل خود را در ساعات خاص انجام کار از دست داده و جهت انجام کار تحت نظارت و اشراف کارفرما باشد علاوه بر این تابعیت مزدی نیز میان بازاریاب و شرکت وجود ندارد زیرا همان گونه که توضیح داده شد اگر تعلق مزد در اداء انجام کار منجر و قطعی نباشد تابعیت مزدی محقق نشده است ممکن است بازاریاب مدت طولانی وقت صرف کرده و تلاش زیادی کند اما نتواند حتی یک مورد بازاریابی کند اینجا هیچ مبلغی به او تعلق نمی گیرد اشتباه کسانی که فرد فوق را کارگر می دانند این است که به روش صحیح احراز رابطه کاری که همان وجود تابعیت دستوری و مزدی است توجه نمی کنند و چنین شخصی را بدون وجود تابعیت مزدی کارگر در نظر گرفته و بعد به لزوم پراخت مزد قانونی از سوی کارفرما به وی حکم می کنند در حالی که وی به جهت منجز و قطعی نبودن مزد، تابعیت مزدی به نحو صحیح نداشته و نمی تواند کارگر کارمزد باشد.

اما با انطباق شرایط کار این بازاریاب با عقد جعاله به روشنی مشخص می گردد که بازاریابی نوعی عقد جعاله است که طبق ماده ۵۶۱ قانون مدنی شرکت ملتزم می گردد در صورتی که بازاریاب موفق به بازاریابی شود اجرتی به وی پرداخت نماید اعم از این که بازاریاب به طور مشخص، معین شود و یا اشخاص خاصی این قرارداد منعقد شود یا این که معین نشود (به نحو عمومی گفته شود و هر کس که مراجعه کند جهت بازاریابی پذیرفته شود) و عامل وقتی مستحق اجرت می گردد که عمل مورد نظر را انجام دهد.

بنا بر این اولاً در جعاله در صورت عدم موفقیت عامل به انجام عمل، پرداخت هیچ گونه اجرتی برعهده جاعل نیست که در مورد بازاریاب چنین است ثانیاً در جعاله ممکن است طرف (عامل) معین باشد یا غیر معین که بازاریاب نیز ممکن است انتخاب شده و افراد مشخص و محصور باشند یا این که عملاً محدودیتی در افراد بازاریاب نباشد ثالثاً متعلق جعاله ممکن است شیء تسلیم نمودنی یا انجام عملی مشخص باشد.

البته لازم به تذکر است که برخی افراد ممکن است در استخدام شرکتی بوده و مدت معینی به عنوان بازاریاب برای شرکت کار کنند و در هر حال دستمزد ثابتی دریافت کنند واضح است که این افراد به جهت داشتن تابعیت دستوری و تابعیت مزدی کارگر هستند.

نکته دیگر آنکه شرکتی که بازاریاب مورد مثال را بکار گرفته در صورتیکه در خلال مدت و در بین کار از قرار خود (بازاریابی) منصرف شود باید مزد عامل را طبق ساعات انجام کار به عنوان کارگر پرداخت نماید.

ماده ۵۶۵ قانون مدنی: جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هریک از طرفین می توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.

بلیط فروش اتوبوسرانی: بلیط فروش سازمان اتوبوسرانی که به عنوان عامل فروش بلیط آن سازمان کار می کند متعهد است که همه روزه در ساعات مشخصی در دهه ای که از سوی سازمان به وی داده شده در محل مشخص آن دهه حاضر شده و به فروش بلیط بپردازد حال ممکن است که سازمان بلیط ها را به قیمتی کمتر از نرخ واقعی آنها به عامل فروخته و از این طریق عامل منتفع گردد یا این که سازمان بلیط ها را در اختیار عامل قرارداد داده (بدون دریافت وجه) و در فواصل زمانی وجوهی را که بابت فروش بلیط بدست آمده از عامل دریافت کند سوال اینجاست که این عامل فروش، کارگر

محسوب می شود یا خیر؟

استدلال کسانی که اعتقاد به کارگر بودن چنین شخصی دارند وجود تابعیت دستوری در قالب تعهد بلیط فروش به حضور در دکه خاص و در ساعات مشخص و ارائه محل کار از سوی اتوبوسرانی به وی و همچنین تابعیت مزدی در قالب پرداخت مزد به صورت کارمزد و به نسبت میزان فروش بلیط می باشد

در حالی که اولاً التزام عامل بلیط فروش به حضور در محل کار در ساعات مشخص تابعیت دستوری محسوب نمی شود کما اینکه بسیاری از شرکتها فروش محصولات خود را با وجود شرایطی به نمایندگیهایی ارائه می دهند و نمایندگی فروش بعضاً ملزم است که در ساعات مشخصی در محل کار حاضر باشد و سایر شرایط شرکت مربوطه را رعایت نمایند و حتی شرکت ممکن است شرط کند که در صورت عدم رعایت ضوابط شرکت، نمایندگی از آنها سلب خواهد شد شکی نیست که نمایندگی های فروش، کارگر محسوب نمی شوند پس الزام به رعایت شرایط جهت حفظ نمایندگی تابعیت دستوری محسوب نمی شود از این حیث عامل فروش بلیط مانند نمایندگی فروش شرکتها است و شروطی که با وی بسته شده شروطی است که در ضمن دادن نمایندگی و عاملیت فروش بلیط بوده است تا اگر عامل در دکه حضور منظمی نداشت دکه فروش بلیط از وی پس گرفته شود تا اتوبوسرانی دچار زیان و مشکل نشده و شخص دیگری عامل فروش گردد.

قرینه دیگر مدعیان رابطه کاری ارائه دکه از سوی سازمان به عامل، به عنوان کارگاه است در حالی که همان گونه که به طور مفصل توضیح داده شد کارگاه محلی است که کارگر به دستور کارفرما در آنجا کار می کند لذا عنوان کارگاه فرع بر وجود رابطه کاری است نه مقدم بر آن و نمی تواند جهت احراز رابطه کاری مورد استناد واقع شود.

ضمن این که عامل بلیط فروش، تابعیت مزدی با اتوبوسرانی را نیز ندارد چون وی مزد خود را طبق ساعات انجام کار نمی گیرد پس باید لزوماً کارگر کارمزد باشد اما در جای خود بحث شد که مزد در خصوص کارگران کارمزد باید منجز و قطعی باشد در حالیکه ملازمه ای میان میزان کار و میزان درآمد عامل وجود ندارد، بنابراین عامل فروش بلیط دارای ارکان رابطه کاری نبوده و از جهاتی که ذکر گردید مشمول عقد جعاله می گردد.

مبحث پنجم - تمییز رابطه کاری و ودیعه:

ماده ۶۰۷ قانون مدنی: ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد برای آن که آن را مجاناً نگه دارد و دبیعه گذار مودع و ودیعه گیر رامستودع یا امین می گویند. یکی دیگر از عقود مستقل از رابطه کاری عقد ودیعه می باشد مهمترین تفاوت ودیعه و رابطه کاری این است که رابطه کاری با دستمزد همراه بوده و دستمزد رکن رابطه کاری محسوب می گردد در حالی که ودیعه عقدی است بدون مزد بنابراین اگر مشخص شود که فردی نگهداری مالی را اعم از منقول یا غیر منقول به هر نحوی از انحاء به عهده داشته است و مزدی برای این کار دریافت نمی کرده است نامبرده مشمول عقد ودیعه بوده و کارگر نمی باشد.

مبحث ششم - تمییز رابطه کاری و عاریه:

ماده ۶۳۵ قانون مدنی: عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر می گویند.

ماده ۶۳۷ قانون مدنی: هر چیزی که بتوان به ابقاء اصلش از آن منتفع شد می تواند موضوع عقد عاریه قرار گیرد. منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد. علاوه بر ذکر مستقل این عقد از اجاره، همان گونه که از تعریف عاریه مشخص است عاریه ماهیتاً با رابطه کاری متمایز است و در واقع عاریه گیرنده نه تنها کارگر نیست بلکه از مزایایی به نحو رایگان منتفع است.

یکی از مشاغل موجود شغل سرایداری است که باید ماهیت آن بررسی شده تا مشخص گردد که سرایداری نوعی رابطه کاری است یا اینکه مشمول عقد عاریه می باشد. یک سرایدار که در یک مجتمع مسکونی وظیفه مواظبت و مراقبت و نیز بعضاً نظافت مجتمع را بر عهده دارد و یک واحد مسکونی یا اتاقی جهت سکونت به وی داده شده تا بتواند وظیفه خود را انجام دهد اما هیچ مبلغ نقدی یا غیر نقدی دیگری غیر از همان حق سکونت به وی داده نمی شود سوال این است که آیا چنین شخصی کارگر است یا خیر؟

پاسخ این است که محل سکونتی که به شخص فوق داده شده به نحوی نیست که مجاناً از آن منتفع شود لذا مشمول عقد عاریه نمی شود بلکه به ازاء مواظبت و مراقبت از مجتمع مسکونی (نه خود آن واحد یا اتاقی که در آن زندگی می کند) به وی داده شده و این طبق قانون کارحق السعی محسوب می گردد چرا که در ماده ۳۴ قانون کار مزایای غیر نقدی را نیز حق السعی دانسته است لذا حق سکونتی که در مقابل انجام کار به این شخص داده شده از جمله مزایای غیر نقدی بوده و حق السعی محسوب می شود و علاوه بر این میان دین کارگر و کارفرما (مزد کارگر و اجاره بهای محل سکونت) به طور قهری تها تر حاصل شده لذا تابعیت مزدی نامبرده علاوه بر تابعیت دستوری محرز می باشد. اما اگر مالک یک واحد مسکونی آن ملک را به شخصی بدهد تا از آن مواظبت کند و وظیفه و تکلیف دیگری غیر از امور جزئی متعارف به عهده او نگذارد در این حالت نمی توان گفت که چنین شخصی کارگر است و حق سکونت او در حکم حق السعی اوست زیرا تابعیت دستوری که سرایدار مثال قبل با ساکنین مجتمع داشت در این حالت وجود ندارد و عدم وجود رکن تابعیت دستوری باعث عدم ایجاد رابطه کاری می گردد، چنین شخصی مشمول عقد عاریه می گردد که صاحب آن ملک آن را جهت جهت انتفاع رایگان به او داده و مواظبت و مراقبتی که در اثر سکونت وی در آن محل محقق می گردد مصداق انجام کار نبوده بلکه اثر قهری سکونت در آن ملک است و در واقع ممکن است که صاحب ملک به انگیزه همین اثر قهری ملک خود را به عاریه داده باشد.

مبحث هفتم - تمییز رابطه کاری و وکالت:

ماده ۶۵۶ قانون مدنی: وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می نماید.

وکالت نیز همانند عقود سابق تعریف مستقلی داشته و غیر از رابطه کاری است مهمترین تفاوت عقد وکالت و رابطه کاری، عدم ضرورت دستمزد در وکالت است.

ماده ۶۵۹ قانون مدنی: وکالت ممکن است مجانی باشد یا با اجرت اگر وکالت با اجرت باشد این اجرت طبق قرارداد منعقده میان آنها خواهد بود و میزان آن تابع قانون کار نیست.

ماده ۶۷۵ قانون مدنی: موکل باید تمام مخارجی را که وکیل برای انجام وکالت خود نموده است همچنین اجرت وکیل را بدهد مگر این که در عقد وکالت طور دیگر مقرر شده باشد.

بنابراین با توجه به این که وکالت، عقد مستقلی از قرارداد کار بوده و در قانون به صراحت به اجرت آن اشاره شده است شخص وکیل، کارگر محسوب نشده و مشمول قانون کار نیست اما اگر اجرتی در قرارداد وکالت مقرر نشده باشد و از سوی دیگر موکل اقرار کند که این وکالت مجانی نبوده است تکلیف را قانون مدنی اینگونه معین کرده است:

ماده ۶۷۶ قانون مدنی: حق الوکاله وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد تابع عرف و عادت است اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت المثل است.

ماده ۶۷۷ قانون مدنی: اگر در وکالت مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد محمول بر این است که با اجرت باشد

بنابراین رایگان بودن وکالت نیاز به دلیل دارد و اگر مبلغ حق الوکاله در قرارداد ذکر نشده باشد تابع عرف و عادت است که در زمان ما مرجع آن کانون وکلاست لذا این گونه نیست که عادت مسلمی

برای پرداخت حق الوکاله نباشد تا اینکه وکیل مستحق اجرت المثل شود اما حتی اگر قرار باشد که حق الوکاله وکیل به صورت اجرت المثل پرداخت شود این نیز به معنای محاسبه حق الوکاله بر مبنای قانون کار نیست زیرا عقد وکالت باطل نشده است و وکیل در هیچ حالتی در حکم کارگر نخواهد بود. (برخلاف مزارعه و مساقات)

مبحث هشتم - تمییز رابطه کاری و دلالی:

ماده ۳۳۵ قانون تجارت: دلال کسی است که در مقابل اجرت واسطه انجام معاملاتی شده یا برای کسی که می خواهد معاملاتی نماید طرف معامله پیدا می کند اصولاً قرارداد دلالی تابع مقررات راجع به وکالت است .

با توجه به تعریف فوق تفاوت میان دلال و کارگر ناشی از عدم وجود تابعیت دستوری و تابعیت مزدی می باشد چرا که دلال در اصل تلاش برای تحقق یک معامله و میزان سعی در این امر مختار است و از کسی دستور نمی گیرد از طرف دیگر در صورت عدم تحقق معامله، مستحق اخذ اجرت از کسی نمی باشد (مزد منجز و قطعی نیست).

ماده ۳۴۸ قانون تجارت: دلال نمی تواند حق دلالی را مطالبه کند مگر در صورتی که معامله به راهنمایی یا وساطت او تمام شده باشد

قانون تجارت دلالی را ملحق به قرارداد وکالت دانسته است یکی دیگر از تفاوت‌های دیگر دلال و کارگر در ماده ۳۴۱ قانون تجارت ذکر شده است:

ماده ۳۴۱ قانون تجارت: دلال می تواند در زمان واحد برای چند آمر در یک رشته یا رشته های مختلف دلالی کند

در حالی که کارگر نمی تواند در زمان واحد برای چند کارفرما کار کند زیرا کار کردن کارگر همزمان برای چند کارفرما با تابعیت دستوری منافات دارد بنا بر این اگر مشخص شود که یک شخص برای یک شرکت صرفاً مشغول به دلالی بوده و در ساعاتی کار برای شرکت‌های دیگر نیز دلالی می نموده یا این که اگر نیز چنین نمی کرده اما امکان این کار برای او وجود داشته وی کارگر نمی باشد

به عنوان نمونه برخی شرکتهای خدماتی در زمینه تامین مستخدمین منازل فعالیت می کنند نحوه عملکرد آنها بدین گونه است که مشتریانی که به نیروی خدماتی نیاز دارند با این شرکتها تماس گرفته و تقاضای مستخدم می کنند شرکت نیز به عنوان واسطه خدمتکارانی که در محل شرکت یا جای دیگر حضور دارند به محل مورد نظر ارسال نموده و بابت چنین واسطه گری مبلغی از دستمزد خدمتکار را به عنوان حق کمیسیون اخذ می کنند مستخدمین مذکور هیچگونه حقوق ثابتی ندارند و درآمد آنها بستگی به میزان کار آنها دارد در این وضعیت رابطه مستخدمین مذکور با این شرکتها رابطه کاری نیست زیرا اولاً این افراد تابعیت دستوری با شرکت نداشته و صرفاً از سوی شرکت به مشتریان معرفی شده و دستورات مشتری را اجرا می کنند ثانیاً این مستخدمین مزد خود را از این شرکتها دریافت نمی کنند بلکه مزد را از مشتریان گرفته و بابت دلالی، مبلغی را به عنوان کمیسیون به شرکت پرداخت می کنند بنابراین تابعیت مزدی میان مستخدمین و شرکتهای خدماتی وجود ندارد

فعالیت اینگونه افراد در واقع شبیه رانندگانی است که با اتومبیل خود در آژانس های مسافرتی مشغول کار بوده و بابت معرفی از سوی آژانس حق کمیسیون پرداخت می کنند بدیهی است که اگر همین مستخدمین به طور دائم و همه روزه موظف باشند در محل شرکت حاضر شده و کار کنند پایان هر ماه نیز صرف نظر از هر گونه شرایط کاری حقوق ثابتی داشته باشند به جهت وجود ارکان رابطه کاری کارگر آن شرکت خواهند بود.

مبحث نهم - تمییز رابطه کاری و حق العمل کاری:

ماده ۳۵۷ قانون تجارت: حق العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (آمر) معاملاتی کرده و در مقابل حق العملی دریافت می دارد.

ماده ۳۵۸ قانون تجارت: جزدر مواردی که به موجب موارد ذیل استثناء شده مقررات راجعه به وکالت درحق العمل کاری نیزرعایت خواهد شد.

حق العمل کار از این حیث که واسطه وقوع معامله بوده و به همین جهت مستحق اجرت می گردد شبیه دلال است اما تفاوت دلال و حق العمل کار این است که حق العمل کار واسطه وقوع معامله بوده و اختیار اموال جهت فروش یا وجوه جهت خرید را برای آمر دارد اما دلال اختیار عین مال التجاره یا وجوه را نداشته و صرفاً واسطه وقوع معامله است.

آنچه که در خصوص فقدان تابعیت دستوری و مزدی دلال از طرف معامله گفته شد درمورد حق العمل کار نیز صادق است

ماده ۳۶۹ قانون تجارت: وقتی حق العمل کار مستحق حق العمل می شود که معامله اجرا شده و یا عدم اجرای آن مستند به فعل آمر باشد

مبحث دهم - تمییز رابطه کاری و شراکت:

ماده ۵۷۱ قانون مدنی: شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه.

یکی دیگر از عقود متمایز از قرارداد کار، شراکت می باشد. ممکن است که تمایز میان شراکت و قرارداد کاری بدیهی و واضح به نظر برسد اما موارد و مصادیقی وجود دارد که ممکن است رابطه کاری در آنها متشابه گردد.

ماده ۵۷۵ قانون مدنی: هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود درنفع و ضرر سهیم می باشد مگر این که برای یک یا چند نفر از آنها

درمقابل عملی سهم زیاد تری منظور شده باشد.

یکی از تفاوت های قرارداد کاری و شراکت این است که شرکاء هم در سود و هم در زیان با هم شریکند اما کارگر ممکن است در سود شریک باشد اما هیچگاه در زیان با کارفرما شریک نیست .

تفاوت دیگر آن که کارگزار کارفرما تابعیت دستوری داشته و تحت فرمان اوست اما شرکاء با هم چنین رابطه ای ندارند. ثمره این بحث در قالب نمونه ذیل روشن ترمی شود:

شخصی به عنوان فروشنده از طرف صاحب مغازه به کار گرفته می شود. این شخص مکلف است به تنهایی در ساعاتی مشخص و مقرر در مغازه حضور یافته و به فروش کالا بپردازد مزد پرداختی به وی بدین صورت است که ده درصد از فروش کل مغازه به عنوان مزد به او پرداخت می شود (فقط همین درصد مبلغ به او پرداخت می شود و هیچ مبلغ ثابتی ندارد) سوال این است که آیا این فروشنده با صاحب مغازه رابطه کاری دارد یا خیر؟

عده ای عقیده دارند که این فروشنده رابطه کاری با صاحب مغازه دارد بدین توضیح که فروشنده کارگر کارمزد بوده و حق السعی خود را بر حسب سهم سود دریافت می کند و ماده ۲ قانون کار به صراحت سهم سود را از مصادیق حق السعی دانسته است .

اگرچه صاحب مغازه ادعای شراکت با فروشنده را دارد اما شراکت در خصوص رابطه میان آندو صدق نمی کند زیرا اولاً کارگر در زیان مغازه (هرگونه زبانی که قابل تصور باشد مانند کمتر بودن درآمد از مخارج) شریک نبوده و مخارج مغازه متوجه او نمیشود ثانیاً هر گاه شرکاء بخواهند شراکت را فسخ کنند هر یک مالک حصه معینی از مال می شود درحالی که فروشنده در فرض مذکور هیچگونه مالکیتی ندارد اما منتفی شدن شراکت به معنای احراز رابطه کاری میان آندو نیست اگرچه رکن اول رابطه کاری یعنی تابعیت دستوری میان فروشنده و مالک وجود دارد اما رکن دوم یعنی تابعیت مزدی به معنای صحیح آن وجود ندارد ، به این علت که مزد فروشنده در قبال انجام کار به طور منجزو قطعی نیست و ممکن است که فروشنده علی رغم تلاش فراوان به هر دلیل مبلغ ناچیزی فروش داشته یا اصلاً نداشته باشد و در نتیجه مزد او هم تحت تاثیر قرار خواهد گرفت لذا در مقابل انجام کار او درآمد قطعی و منجز وجود ندارد دراین حالت رکن تابعیت مزدی دچار اشکال است لذا

رابطه کاری نمی تواند محقق شود.

مدعیان رابطه کاری بدون توجه به احراز تابعیت مزدی، ابتدا رابطه کاری را احراز می کنند سپس حکم می کنند به این که کارفرما باید حداقل مزد کارگر را طبق قانون کار پرداخت نماید. نحوه کارکرد فروشنده مذکور برای صاحب مغازه منطبق با قرارداد حق العمل کاری می باشد در این حالت فرسوده به عنوان حق العمل کار به اسم خود ولی به حساب صاحب مغازه اجناس را به فروش رسانده و در مقابل حق العمل (سود به میزان مقرر) دریافت می کند.

مبحث یازدهم - تمییز کارگر از فرد صنفی:

ماده ۲ قانون نظام صنفی: هر شخص حقیقی یا حقوقی که در یکی از فعالیتهای صنفی اعم از تولید، تبدیل، خرید، فروش، توزیع، خدمات و خدمات فنی سرمایه گذاری کند و به عنوان پیشه ور و صاحب حرفه و شغل آزاد خواه به شخصه یا با مباشرت دیگران محل کسبی دایر یا وسیله کسبی فراهم آورد و تمام یا قسمتی از کالا و محصول یا خدمات خود را به طور مستقیم یا غیر مستقیم و به صورت کلی یا جزئی به مصرف کننده عرضه دارد فرد صنفی شناخته می شود.

همان گونه که ذیل تابعیت مزدی توضیح داده شد تفاوت کارگر و فرد صنفی این است که اولاً کارگر تابعیت دستوری و مزدی با کارفرما دارد اما فرد صنفی چنین رابطه ای بامصرف کننده ندارد ثانیاً کارگر برای این که کارگر شناخته شود نیاز به مجوز و مدرک خاصی ندارد اما فرد صنفی باید پروانه داشته باشد.

مبحث دوازدهم - تمییز کارگر از پیمانکار:

متأسفانه در حال حاضر تعریفی از پیمانکار در هیچ یک از قوانین کشور وجود ندارد و به همین جهت عمده ترین خلط و اشتباه در احراز رابطه کاری مربوط به بحث پیمانکاری می باشد. اگر چه پیمانکار تا کنون تعریف نشده اما با بررسی پیمانکاری و فلسفه وجود آن و نیز بررسی اقوال در این زمینه می توان تمایزاتی میان کارگر و پیمانکار ارائه نمود.

کلیه پیمانکاریهای موجود به کارفرمایی دولت از حیث نیروی انسانی، به پیمانهای نفری و حجمی تقسیم می شود.

پیمان نفری: در این حالت دستگاههای دولتی به تعداد معین و مشخصی نیروی انسانی نیاز دارند و تعداد آن را در مناقصه مشخص می کنند

پیمان حجمی: در این حالت دستگاههای دولتی انجام اموری از قبیل طبخ غذا، نظافت عمومی شهر، نگهداری فضای سبز که ماهیت آنها تعداد نیروی انسانی مورد نیاز را دقیقاً معلوم نمی کند به شرکتهای خدماتی واگذار می کنند.

علاوه بر تقسیم بندی فوق کلیه پیمانهای کارفرمایی دولت یا بخش خصوصی از جهت ماهیت کار به پیمانهای تأسیسی و نگهداری تقسیم می شوند پیمانهای تأسیسی به معنای تاسیس نمودن و ایجاد کردن یک پروژه از قبیل ساختمانی، صنعتی و... اما پیمانهای نگهداری به معنای حفظ، تعمیر و نگهداری و کلیه اقدامات در این راستا می باشد که جهت امکان تداوم بهره برداری از یک پروژه مورد نیاز است.

با توجه به مقدمه فوق به بررسی اقوال در خصوص تفاوتهای کارگر و پیمانکار می پردازیم:

۱- برخی معتقدند که پیمانکار کسی است که جهت اجرای پیمان سرمایه گذاری می کند و این سرمایه گذاری در قالبهای مختلف ابزار کار، سرمایه در گردش و... است اما کارگر در انجام کار خود سرمایه گذاری نمی کند.

اگر چه بیشتر پیمانکاران در راستای اجرای تعهدات خود سرمایه گذاری می کنند اما لزوماً پیمانکاری با سرمایه گذاری همراه نیست کما اینکه پیمانکاران بیشتر دستگاههای دولتی پیمان را به شکل نفری منعقد می کنند که ممکن است در اجرای پیمان هیچ گونه سرمایه گذاری ننمایند حتی دفتر شرکت را نیز دستگاه دولتی در همان محل اداره در اختیار شرکت قرار دهد و شرکت صرفاً به عنوان

واسطه مبلغ حقوق و اضافه کاری و... نیروهای شرکتی را محاسبه نموده و از کانال شرکت به پرسنل پرداخت شود، ازسوی دیگر در فصل قبل ثابت شد که ابزار کار موثر در درآمد که نوعی سرمایه گذاری محسوب می شود نمی تواند مانع از ایجاد رابطه کاری شود.

۲- گروهی دیگر از کارشناسان عقیده دارند که پیمانکار کسی است که در اجرای پیمان ریسک اقتصادی می کند برخلاف کارگر که کار او با ریسک همراه نیست ،

درحالی که پیمانکارانی هستند که اجرای پیمان آنها با هیچ ریسکی همراه نیست مانند بیشتر پیمانکاران دستگاههای دولتی که به شکل نفری پیمان منعقد نموده اند علاوه بر این گونه پیمانکاران، پیمانکاران حجمی نیز ممکن است به گونه ای قرارداد منعقد کنند که عملاً امکان ریسک و خطر منتفی گردد و در نهایت دامنه سود آنها اندکی تغییر کند مثل آنکه در قرارداد پیمانکاری ریز مخارج و هزینه ها آنالیز شده و هر گونه تغییر در قیمتتها در قرارداد پیمانکاری پیش بینی شود مانند پیمانکاران ساختمانی بنا بر این صحیح است که کارگر ریسک نمی کند اما پیمانکار نیز ممکن است ریسک نکند لذا این عامل نیز نمی تواند عامل تمیز کارگر و پیمانکار باشد.

۳- گروهی دیگر می گویند ماهیت پیمانکاری پروژه ای بودن و انقضاء کار است یعنی موضوع پیمان به لحاظ ماهیت تمام شدنی و انقضاء پذیر است برخلاف موضوع قرارداد کار که تمام شدنی نیست، درحالیکه همانگونه که در تقسیم بندی پیمانکاری اشاره گردید یک قسم از پیمانها تاسیسی و ایجاد است که به لحاظ ماهیت با تاسیس و ایجاد موضوع پیمان، پیمان نیز خاتمه می یابد اما درمورد پیمانهایی که موضوع آنها تعمیر و نگهداری است این مطلب صدق نمی کند و موضوع پیمان ماهیتاً تمام شدنی نیست، ضمن اینکه ازسوی دیگر امور محول شده به کارگر کارمعی نیز ممکن است به لحاظ ماهیتی انقضاء پذیر باشد و این عامل نمی تواند ممیز رابطه کاری از رابطه پیمانکاری در نظر گرفته شود.

۴- نظردسته ای دیگر از کارشناسان این است که پیمانکار مامور به نتیجه است درحالی که کارگر متعهد به انجام کار است و تعهدی نسبت به نتیجه ندارد.

این نکته صحیح است که هدف اصلی از واگذاری موضوع به پیمانکار رسیدن به نتیجه خاصی است اما در مورد کارگران

کار مزد نیز مقصود کارفرما این است که به نتیجه موردنظر برسد و در واقع اگر کارگر، آن کار معین مد نظر کارفرما را انجام ندهد و نتیجه کسب نگردد در این صورت به تعهد خود عمل نکرده است بنابراین مامور به نتیجه بودن از مشترکات پیمانکار و کارگر کارمزد است و نمی تواند عامل تمیز کارگر از پیمانکار باشد^۱

۵- برخی گفته اند که پیمانکار شخصی است که دارای صلاحیت انجام پیمان می باشد در حالی که کارگر صلاحیت مورد نظر را برای انجام پیمان ندارد

در حالی که باید دید که مراد از صلاحیت مطرح شده چه نوع صلاحیتی است اگر منظور صلاحیت مورد نیاز جهت انعقاد پیمان با دستگاههای دولتی است که عدم اخذ صلاحیت و انجام پیمان بدون صلاحیت نیز امکان دارد و به اصل پیمانکار بودن

خداشده ای وارد نمی کند بلکه تخلفی از ناحیه دستگاه دولتی در انعقاد پیمان با پیمانکار بدون صلاحیت محسوب می شود ضمن این که تایید صلاحیت مخصوص پیمانکارانی است که با دولت همکاری می کنند نه همه پیمانکاران.

اما اگر منظور از صلاحیت، صلاحیت فنی پیمانکاران غیر دولتی است این هم در حقیقت از حیث اصل پیمانکاری ایجاد مشکل نمی کند بلکه در صورت وقوع حادثه برای کارگران ممکن است میزانی از قصور متوجه کارفرما شود به این دلیل که با پیمانکار بدون صلاحیت فنی قرارداد منعقد نموده است، ضمن این که برخی خدمات ساده و عمومی وجود دارد که هیچگونه صلاحیت فنی برای اجرا

در پیمانکاری نیاز ندارد لذا صلاحیت نیز نمی تواند به عنوان عامل تمییز پیمانکار و کارگر قرار گیرد. ۶- گروهی عقیده دارند که پیمانکار در انتخاب شیوه های اجرایی و راههای رسیدن به نتیجه آزادی عمل خود را حفظ می کند اما در رابطه میان کارگر و کارفرما دستورات کارفرما به طور مستقیم به چگونگی اجرا مربوط می شود و کارگر در انتخاب روشهای اجرایی آزاد نیست^۱

در حالی که اگر چه اکثریت پیمانکاران در انتخاب شیوه های اجرایی آزادند اما این موضوع بیشتر در پیمانهای حجمی موضوعیت پیدا می کند و در پیمانهای نفری بعضاً روش اجرایی خاصی وجود ندارد یا این که در قرارداد پیمانکاری نفری شرایط اجرایی و جزئیات مشخص شده است لذا روشهای اجرایی به نوع پیمان و شرایط مندرج در آن بستگی دارد و کارفرما می تواند روشهای اجرایی را در قرارداد پیمانکاری مشخص کند و آزادی پیمانکار در انتخاب روشهای اجرایی جزء لاینفک پیمانکاری محسوب نمی شود، ازسوی دیگر ممکن است کارگر در انتخاب روشهای اجرایی آزاد باشد همان گونه که کارگران کارمزد همانند پیمانکار ملزم به ارائه نتیجه بوده و در ازاء ارائه نتیجه مزد می گیرند این گونه کارگران در انتخاب روش انجام کار معمولاً آزاد هستند لذا ملاک روش انجام کار نمی تواند ملاک قطعی تشخیص پیمانکار از کارگر باشد

۷- نظر دیگر آن است که با توجه به اینکه پیمانکاران اصولاً استقلال اقتصادی دارند به دشواری می توان حالتی را فرض کرد که مقاطعه کار تنها برای یک نفر کار کند و معمولاً مشتریان متعدد دارد در حالی که کارگر برای یک کارفرما کار میکند

دکتر عراقی این تفاوت را نپذیرفته و معتقدند ((در این زمینه نیز می توان به استثنایهایی اشاره کرد کارگرانی را می توان یافت که برای کارفرمایان متعدد کار می کنند))^۲

در حالی که اگر منظور از این مطلب این است که کارگران در ساعتها و شیفتهای کاری متفاوت می توانند برای کارفرمایان مختلف کار کنند که بحثی در جواز این موضوع نبوده و از این حیث تفاوتی با پیمانکار ندارند اما اگر منظور این است که امکان کار توسط کارگر در ساعتها مشخص و ثابت برای بیش از یک کارفرما وجود دارد این موضوع با تابعیت دستوری کارگر از کارفرما منافات دارد و ایشان بارها به این نکته اشاره کرده است که کارگر با امضاء قرارداد کار آزادی خود را در ساعتها مقرر از دست داده و تحت اشراف و نظارت کارفرما قرار می گیرد و همین نکته صحیح است لذا به حق یکی از تفاوتهای کارگر و پیمانکار وجود تابعیت دستوری کارگر از کارفرما و عدم تابعیت دستوری پیمانکار از کارفرما می باشد .

۸- تفاوت دیگر مطرح شده این است که مقاطعه کار برای انجام کارمورد تعهد خود کارگر یا کارگرانی را به کار می گیرد ولی کارگر شخصاً کار می کند و نمی تواند تعهدهای خود را به وسیله شخص دیگری اجرا کند.

دکتر عراقی این نظر را نیز به طور قاطع نپذیرفته و بیان می نماید ((البته مواردی را می توان یافت که پیشه ور یا صنعتگری به تنهایی کار کند مانند خیاطی که در خانه خود یا مغازه کوچک به دوخت و تعمیر لباس مشغول است ولی تفاوت اقتصادی و اجتماعی این گونه افراد با مقاطعه کاران مانع از آن نیست که قرارداد هر یک با مشتریانشان قرارداد مقاطعه نامیده شود))^۳

شکی نیست که افراد ذکر شده (پیشه وریا صنعتگر) در صورت فقدان تابعیت دستوری یا مزدی کارگر تلقی نمی شوند اما در حالیکه این افراد بر تعریف فرد صنفی منطبق بوده و رابطه کارفرما و کارگران را قطع نمی کنند چگونه عنوان پیمانکار بر آنها صدق خواهد کرد (در ادامه توضیح داده خواهد شد که وجه تسمیه مقاطعه کار قطع رابطه کاری میان کارگر و کارفرما توسط پیمانکار است) لذا به نظر می رسد که این افراد فرد صنفی بوده و این ملاک نیز به عنوان دومین ملاک و ویژگی پیمانکار می تواند به عنوان تمییز کارگر از پیمانکار بکار رود، از آنجا که پیمانکار و کارگر متمایز از یکدیگرند

۱- عراقی، حقوق کار ۱، پیشین، ص ۱۱۰

۲- عراقی، حقوق کار ۱، پیشین، ص ۱۶۶

۳- همان

بنابراین به جهت منطقی باید دارای عامل معین به عنوان ممیز باشند نه این که به طور سلیقه ای پیمانکار از کارگر متمایز گردد این عامل ممیز را می توان از ماده ۱۳ قانون کار استنباط نمود. ماده ۱۳ قانون کار: در مواردی که کار از طریق مقاطعه انجام میابد مقاطعه دهنده مکلف است قرارداد خود را با مقاطعه کار به نحوی منعقد نماید که در آن مقاطعه کار متعهد گردد که تمامی مقررات این قانون را در مورد کارکنان خود اعمال نماید

اولاً در ماده فوق از واژه مقاطعه کار به عنوان پیمانکار استفاده شده است دقت در وجه تسمیه مقاطعه کار در ماده فوق نشان می دهد که در این ماده مقاطعه کار به معنای قطع کننده رابطه کارفرما و کارگران ذکر شده است بنابراین لازمه قطع کنندگی این است که پیمانکار موضوع پیمان را از طریق کارگران انجام دهد به عبارت دیگر رابطه میان کارفرما و کارگران توسط پیمانکار قطع می شود.

ثانیاً فلسفه ارجاع کار به پیمانکار و تحمل هزینه اضافه این است که کارفرما از مدیریت پیمانکار استفاده کند و از انجام امور مربوط به کارگران همچون بیمه، اجرای تدابیر مربوط به حفاظت فنی و بهداشت کار و سایر امور اداری متصوره که از تبعات داشتن نیروی کار است به هر دلیل رهایی یافته و بایک نفر به عنوان پیمانکار طرف حساب باشد بنابراین لازمه پیمانکاری این است که پیمانکار امور محول شده را به کمک کارگر یا کارگران انجام دهد و قابل تصور نیست که پیمانکار بتواند موضوع پیمان را به تنهایی انجام دهد.

ثالثاً با احصاء پیمانکاریهای موجود اعم از تاسیسی و نگهداری، فردی و حجمی مشخص می گردد آنچه که در همه این اقسام پیمانکاری وجود دارد این است که پیمانکار موضوع پیمان را از طریق یا به کمک کارگر یا کارگران انجام می دهد نه به تنهایی اما کارگر در زمان اشتغال به کار حق ندارد آن تعهد و وظیفه ای که بر عهده او گذاشته شده به کمک کارگر یا کارگران دیگر انجام دهد بلکه شخصی بودن قرارداد کار ايجاب می کند که تعهدات کارگر به شخص ثالث منتقل نشود.

نکته دیگری که در پیمانکاریها وجود دارد عدم ممانعت پیمانکار از انعقاد قرارداد پیمانکاری با کارفرمای دیگر به طور همزمان است چرا که پیمانکار در مقابل انعقاد قرارداد با یک کارفرما آزادی خود را از دست نداده و می تواند همزمان با پیمانکاران دیگر کار کند لذا پیمانکار بر خلاف کارگر تابعیت دستوری با کارفرما ندارد در حالی که اگر اعتقاد به این داشته باشیم که پیمانکار می تواند به تنهایی موضوع پیمان را انجام دهد و وجود کارگر ضرورتی در تحقق پیمانکاری ندارد لازمه این اعتقاد این است که پیمانکار نتواند در زمان واحد و ساعات مشخص برای بیش از یک کارفرما کار کند زیرا منظور از آزادی پیمانکار در قرارداد با چند کارفرما با فرض همزمان بودن است والا کارگر هم میتواند در زمانهای مختلف از شبانه روز برای چند کارفرما کار کند حال اگر قائل شدیم به اینکه پیمانکار به تنهایی می تواند موضوع پیمان را انجام دهد یعنی اینکه پیمانکار در یک زمان و ساعات مشخص محدود به آن پیمان شده و آزادی خود را از دست می دهد و این خلاف واقعیت موجود است.

رابعاً در صورتی که امکان انجام موضوع پیمان توسط مقاطعه کار به تنهایی وجود داشته باشد علاوه بر اشکال عدم مطابقت با وجه تسمیه و نیز تعارض با فلسفه مقاطعه کاری (استفاده از مدیریت مقاطعه کار) هیچراه تمییز عقلایی میان کارگر کارمزد و پیمانکار باقی نمی ماند چرا که سرمایه، ریسک اقتصادی، مامور به نتیجه بودن هیچیک ممیز پیمانکار از کارگر نیست.

بنا بر آنچه که گفته شد دو تفاوت میان کارگر و پیمانکار محرز می باشد:

۱- پیمانکار قطعاً تابعیت دستوری با کارفرما ندارد اما کارگر باید تابعیت دستوری با کارفرما داشته

باشد.

۲- پیمانکار جهت انجام موضوع پیمان باید حتماً از نیروی کار استفاده کند اما چنین الزامی در مورد کارگر وجود ندارد.

نکته ای که باید در مورد پیمانکار به آن توجه شود این است که بکارگیری کارگر جهت انجام موضوع پیمان ممکن است به طور مستقیم باشد مانند این که خود پیمانکار کارگراستخدام کند یا این که غیرمستقیم باشد یعنی پیمانکار خودش کارگرنداشته باشد بلکه جهت اجرای موضوع پیمان، از پیمانکاران فرعی جهت انجام اجزاء پیمان استفاده کند .

ماده ۶ آیین نامه حفاظتی کارگاههای ساختمانی: هر گاه پیمانکار اصلی اجرای قسمتهای مختلف عملیات ساختمانی را به پیمانکاری یا پیمانکاران دیگر محول نماید هر پیمانکار جزء در محدوده پیمان خود مسئول اجرای مقررات این آیین نامه بوده و پیمانکار اصلی مسول نظارت و ایجاد هماهنگی بین آنها خواهد بود.

همچنین ممکن است پیمانکار از فرد صنفی استفاده نماید و یا ترکیبی از حالتهای مذکور باشد (هم خودش کارگر داشته باشد و هم پیمانکار فرعی و فرد صنفی) بنا براین آنچه که در همه اقسام پیمانکاری قطعی است عدم امکان انجام موضوع پیمان توسط پیمانکار به تنهایی است . با توجه به مطالب فوق الذکر چنین نتیجه می شود که پیمانکار شخصی است حقیقی یا حقوقی که بدون داشتن تابعیت دستوری با کارفرما موضوع پیمان را به کمک شخص یا اشخاص دیگر انجام می دهد.

مبحث سیزدهم - تفاوت فرد صنفی و پیمانکار:

فرد صنفی و پیمانکار هر دو مأمور به نتیجه هستند و در راستای انجام کار خود الزامی به رعایت شرایطی که در قراردادها یا کار نشانگر تابعیت دستوری کارگر از کارفرماست ندارند اما تفاوت این دو در این است که اولاً فرد صنفی ممکن است کار را به تنهایی انجام داده یا به کمک یا از طریق کارگران خود به انجام رساند اما پیمانکار حتماً باید از نیروی کار استفاده نماید و به هیچ وجه قادر نیست به تنهایی موضوع پیمان را انجام دهد درحقیقت فلسفه ارجاع کار به پیمانکار استفاده از مدیریت او به عنوان واسطه میان کارفرما و کارگران است و این مدیریت بدون بکارگیری نیروی انسانی ممکن نیست ثانیاً فرد صنفی باید پروانه کسب داشته باشد و بدون پروانه و مجوز فرد صنفی شناخته نمی شود اما تحقق پیمانکاری بدون مجوز مربوطه امکان دارد.

نتیجه گیری

تنها راه احراز رابطه کاری احراز تابعیت دستوری و تابعیت مزدی به عنوان ارکان رابطه کاری است کار کردن در ساعات محدود و مشخص برای بیش از یک نفر، کار کردن بدون درخواست یا دستور، از دست نرفتن آزادی در ساعات کار از مصادیق عدم تابعیت دستوری است و کار کردن به قصد تبرعی، دریافت مزد غیر از حالات مزد ساعتی، کارمزد و کارمزد ساعتی، قطعی و منجز نبودن مزد عدم امکان انداره گیری کار در کار معین از مصادیق عدم تابعیت مزدی محسوب می شوند.

هر گاه هریک از دو رکن فوق احراز و محقق نگردد رابطه کاری ایجاد نمی شود و اگر در هر شرایطی این دو رکن محقق و احراز شود رابطه کاری نیز احراز می شود و تعلق کارگاه یا ابزار کار به هر یک از کارگر و کارفرما هیچ اصلاتی در ایجاد و عدم ایجاد رابطه کاری ندارد.

غیر از قرارداد کار عقود دیگری نیز وجود دارد که یک طرف دستور طرف مقابل را اجرا نموده و در مقابل آن مزد می گیرد اما این عقود به جهت ذکر جدا از قرارداد کار و عدم وجود تابعیت دستوری

یا مزدی، متباین از قرارداد کار هستند این عقود عبارتند از: مزارعه، مساقات، مضاربه، جعاله، ودیعه، عاریه، وکالت، دلالی، حق العمل کاری، شراکت.

اگرچه در عقود فوق الذکر میان وکیل و موکل، آمر و مامور، معیر و مستعیر و... دستور و مزد وجود دارد اما نوع دستور و مزدی که در قرارداد کار وجود دارد نوع خاصی از دستور و مزد بوده که با دستور مزد عقود مذکور متفاوت است که در این مقاله از دستور در قرارداد کار به تابعیت دستوری و از مزد به تابعیت مزدی تعبیر شده است تابعیت دستوری ملازم است با از دست رفتن آزادی کارگر در طول ساعات کار و تابعیت مزدی به این معناست که مزدی که کارفرما به کارگر می دهد باید منجز و قطعی و همینطور قابل اندازه گیری باشد والا اگر دستور و مزد به نحوی دیگر غیر از تابعیت دستوری و تابعیت مزدی باشد به این دستور و مزد رابطه کارگری و کارفرمایی اطلاق نمی گردد. فرد صنفی و پیمانکار نیز به دلیل عدم تابعیت دستوری و مزدی کارگر نیستند فرد صنفی تعریف مشخصی در قانون دارد اما پیمانکار در قانون تعریف نشده است و در این مقاله با بررسی جمیع جهات پیمانکار را شخصی حقیقی یا حقوقی می داند بدون داشتن تابعیت دستوری با کارفرما، موضوع پیمان را از طریق شخص یا اشخاص دیگر انجام می دهد و همین عدم تابعیت دستوری پیمانکار از کارفرما و عدم امکان اجرای موضوع پیمان به تنهایی، وجه تمایز کارگزار پیمانکار است.

منابع

- ۱- قانون کار
- ۲- قانون مدنی
- ۳- قانون تجارت
- ۴- قانون نظام صنفی
- ۵- عزت اله عراقی، حقوق کار ۱، انتشارات سمت، چاپ اول، تهران، سال ۱۳۸۱ ه ش
- ۶- آیین نامه های حفاظت و بهداشت کار، موسسه کاروتامین اجتماعی، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ هفتم، تهران، سال ۱۳۸۷ ه ش