

ملاک تمییز کارگر از کارمند در نظام حقوقی ایران

مجید نجارزاده هنجنی^۱

دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۲۳ - پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۴

چکیده

مشاغل کارگری و کارمندی به لحاظ وضعیت حقوقی، مصداق «کار تابع» هستند که با وجود برخی مشابهت‌ها در نظام‌های حقوقی دو گانه، دارای ویژگی‌های مفهومی خاصی بوده و بنابراین تشخیص و تمییز مصادیق آن‌ها دارای آثار عملی مهم و فراوانی است. مقاله پیش‌رو در نظر دارد این شباهت‌ها و تفاوت‌ها را تشریح کرده و ملاک تمییز این دو اصطلاح (کارگر و کارمند) را از یکدیگر تبیین نماید؛ از جمله شباهت‌های این دو وضعیت حقوقی، می‌توان به شباهت شخصیتی، تبعیت دستمزدی و تبعیت دستوری اشاره کرد. اما در مقام تمییز این دو اصطلاح، باید به تفاوت‌ها و اختصاصات هر یک توجه داشت؛ ماهیت و مبنای استخدام کارمندی، ماهیت و مبنای مطلقاً قانونی است اما مبنای شکل‌گیری رابطه کارگری - کارفرمایی، قرارداد است. مبنای تبعیت دستوری کارمند از مقام اداری مافوق، اصل انضباط اداری است اما مبنای تبعیت دستوری کارگر از کارفرما ریسک اقتصادی کارفرما است. در نهایت این که استخدام کارمندی، تنها توسط اداره و با رعایت مطلق شرایط و ضوابط قانونی استخدام عمومی از جمله برگزاری آزمون استخدامی عمومی امکان‌پذیر است. اما به کارگیری کارگر و انعقاد قرارداد کار منحصر به اداره نیست و با توافق اراده‌ها صورت می‌گیرد.

واژگان کلیدی: کارگر، کارمند، قرارداد کار، کارفرما، اداره.

مقدمه

اصطلاحات «کارگر» و «کارمند» به لحاظ عرفی و در ادبیات اجتماعی مفاهیمی بسیار ساده هستند. در واقع تمییز کارگر از کارمند در عرف بسیار آسان است؛ عرف، مشاغلی را که نیاز به نیروی یدی و قدرت فیزیکی دارند، کارگری محسوب می‌کند و مشاغل دفتری و اصطلاحاً «پشت میزی» را کارمندی توصیف می‌کند. بر این اساس، معمولاً اصطلاح کارگر همراه با مفاهیم «قشر ضعیف»، «طبقه آسیب‌پذیر»، «زحمت‌کش» و امثالهم درک می‌شود و عنوان کارمند، ویژگی‌های یک «محیط اداری» را متبادر به ذهن می‌کند. بر این اساس در عرف جامعه ما «... به کسانی که کارشان جنبه فکری دارد یا با نوشتن و دفتر و محاسبه و مانند آن سروکار دارند، کارمند می‌گویند» (عراقی، ۱۳۸۳: ۱۱۸).

این برداشت‌های عرفی، با مختصات حقوقی این دو اصطلاح، تطابق چندانی ندارد. از یک سو، «مفهوم اجتماعی کارگر با مفهوم حقوقی آن همواره منطبق نیست» (عراقی، ۱۳۸۳: ۱۰۶) و از سوی دیگر، همه مشاغل دفتری، با وضعیت حقوقی کارمندی انطباق ندارند. چرا که از منظر حقوقی، کارگر بودن یا کارمند بودن، شغل نیست بلکه «وضعیت حقوقی»^۱ بسیاری از مشاغل است. به این معنا که ممکن است شغلی واحد (مثلاً حسابداری) در شرایطی خاص، کارگری باشد و در شرایطی دیگر کارمندی محسوب شود. به این معنا که نوع شغل، سطح تخصص و میزان درآمد آن، تأثیری در کارگری یا کارمندی تلقی شدن آن شغل ندارد. لذا ممکن است که وضعیت حقوقی شغل یک متخصص دارای مدرک دکتری با درآمدی بالا، کارگری باشد و یک فرد دارای مدرک کاردانی با درآمدی پایین‌تر، وضعیت کارمندی داشته باشد.

در حقوق ایران، ماده ۲ قانون کار در مقام بیان تعریف کارگر با استفاده از عبارت «به هر عنوان» به این نکته مهم توجه داده است که «... کارگر ممکن است هر عنوانی داشته باشد و صرف این که عرفاً به او کارگر یا کارمند اطلاق شود، شخص را داخل در قانون کار یا از شمول آن خارج نمی‌کند» (رنجبری، ۱۳۹۱: ۶۰). لذا برای تبیین مفهوم کارگر، نباید به نوع شغل توجه کرد (Ouchi, 2004: 111).

لازم به ذکر است که توسعه مصادیق وضعیت حقوقی کارگری به مشاغل دفتری، فکری و

خدماتی، ریشه در تحولات حقوق کار در راستای حمایت از گروه‌های مختلف شغلی دارد. در واقع هر چند حقوق کار ابتدائاً حمایت از گروه‌های دارای مشاغل یدی و فیزیکی را هدف قرار می‌داد اما امروزه گروه‌های شغلی دفتری، فکری و خدماتی را نیز شامل می‌شود. به عبارت دیگر هر چند مشمولین قوانین حمایتی کار، در ابتدا کارکنان یقه‌آبی^۱ بودند، اما در نتیجه تحولات ساختاری، اهمیت بخش خدمات بیشتر شد و تعداد روزافزونی از کارکنان یقه‌سفید^۲ نیز مشمول این قوانین قرار گرفتند (Ouchi, 2004: 111).

۱. اختصاص تفکیک مفهومی به نظام‌های حقوقی دوگانه

تفکیک مفهومی کارگر و کارمند، در نظام‌های حقوقی متأثر از حقوق کامن‌لا یا انگلوساکسون، بی‌معنا است. چرا که در کامن‌لا، مقررات حاکم بر کار تابع^۳ (کارگری و کارمندی)، واحد است. چه این که در نظام حقوقی انگلستان «... مقررات ناظر بر کارگران در بخش خصوصی و کارمندان در بخش عمومی تفاوت ماهوی ندارد و این امر ناشی از رویکرد کلی این نظام است که هر دو موضوع (حقوق ناظر بر کار در بخش خصوصی و بخش عمومی) را تابع مقررات یکسانی می‌داند» (یاوری و تنگستانی، ۱۳۹۳: ۱۲۱). بر این اساس در کامن‌لا، اصطلاحات Labor و Employee مترادف با هم فهمیده می‌شوند. همچنین «در اغلب حوزه‌های حقوق کار و حقوق استخدامی امریکا، اصطلاح Employee بر مبنای اهداف قانون، تعریف می‌شود» (Dau-Schmidt and Ray, 2004: 124). چه این که در قضیه Mednick v. Albert Enterprises دادگاه اعلام کرد که معنای اصطلاحاتی مثل Employee در پرتوی هدفی که قانونگذار از استفاده از این اصطلاح داشته است، مشخص می‌شود (Dau-Schmidt and Ray, 2004: 119).

بر این اساس، تفکیک حقوقی مفاهیم کارگر و کارمند در نظام‌های حقوقی متأثر از حقوق نوشته (رومی-ژرمنی) که قوانین و مقررات حاکم بر کار تابع، دوگانه (کارگری و کارمندی) است، مصداق می‌یابد. چه این که در فرانسه به عنوان اصلی‌ترین الگوی نظام حقوقی دوگانه^۴، «... حقوقدانان بر این باورند که مسائل مربوط به خدمت در سازمان‌های عمومی، همانند

1. Blue-Collar Employees.
2. White-Collar Employees.
3. Subordinated Work.
4. Dualist Legal System.

خدمت در موسسات خصوصی نیست. از این رو مستخدمان دولت، مشمول قوانین استخدامی و رژیم حقوقی جداگانه‌ای گردیده‌اند که متمایز از مقررات حقوق کار حاکم بر بخش خصوصی است» (رنجبری، ۱۳۹۱: ۵۰).

حقوق ایران نیز متأثر از حقوق فرانسه، حقوق استخدامی را در دو موضع «بخش عمومی»^۱ و «بخش خصوصی»^۲ متفاوت طراحی کرده و از یک سو حقوق استخدامی در دستگاه‌های اداری را مشمول «حقوق اداری»^۳ قرار داده و از سوی دیگر در بخش خصوصی، نظام «حقوق کار»^۴ را پی‌ریزی کرده است. البته این تفکیک و موقعیت دو گانه، در حال کمرنگ شدن و حرکت به سمت نظام یگانگی حقوقی^۵ است. چه این که قانون گذار، در راستای سیاست‌های کنار گذاشتن نظام دو گانه و حرکت به سمت نظام یگانگی استخدامی، به دستگاه‌های اجرایی اجازه داده است که به انعقاد قرارداد کار بپردازند.^۶ در واقع «اداره» در جایگاه «کارفرما» قرار گیرد و «کارمند» به لحاظ وضعیت حقوقی، تابع و مشمول قانون کار قرار گرفته و در واقع «کارگر» تلقی شود. به این ترتیب ضابطه سازمانی^۷ در تشخیص کارگر از کارمند - که به موجب آن نیروهای شاغل در بخش عمومی، کارمند و نیروهای شاغل در بخش خصوصی، کارگر تلقی می‌شدند - با چالش مواجه شده و کارایی خود را از دست می‌دهد.

۲. اهمیت و آثار عملی بحث

در نظام‌های حقوقی دو گانه، از جمله نظام حقوقی فعلی ایران، تمییز کارگر از کارمند، دارای آثار عملی بسیاری است که همه این آثار را می‌توان در تشخیص قانون حاکم بر قضیه، خلاصه کرد. چرا که کارگران اصولاً مشمول قانون کار هستند و کارمندان اصولاً تابع قوانین اداری - استخدامی (در ایران به طور عمده قانون مدیریت خدمات کشوری). بر این اساس حقوق و تکالیف هر یک متفاوت از دیگری است؛ به طور مثال، تعیین میزان قانونی حقوق و

1. Public Sector.

2. Private Sector.

3. Administrative Law.

4. Labor Law.

5. Monist Legal System.

۶. ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری: «به کارگیری نیروی انسانی در برخی از مشاغل که سازمان اعلام می‌دارد در سقف پست‌های سازمانی مصوب و مجوزهای استخدامی، بر اساس قانون کار امکان پذیر می‌باشد».

7. Organizational Criteria.

دستمزد، مرخصی‌ها، شرایط بازنشستگی و... منوط به تشخیص وضعیت حقوقی شغل (کارگری یا کارمندی) است. در واقع تشخیص نوع رابطه کار، قلمروی حمایت‌های شغلی را تعیین می‌کند (Bernard, 2004: 136).

تعیین مرجع ذی صلاح برای حل و فصل اختلافات کاری و اقامه دعوا نیز مقدماتاً مستلزم تشخیص کارگر یا کارمند بودن فرد است؛ «مسأله‌ای که از زمان ایجاد حقوق کار مدرن و تقریباً در طول قرن گذشته، محاکم سراسر دنیا با آن درگیر بوده‌اند» (Davidov, Freedland and Countouris, 2015: 115). این اثر عملی در حقوق ایران نیز موضوعیت دارد. چرا که به موجب ماده ۱۵۷ قانون کار، مرجع رسیدگی به دعاوی کارگری، هیأت تشخیص و هیأت حل اختلاف کار است و مرجع رسیدگی به دعاوی کارمندان از حیث تضييع حقوق استخدامی، طبق بند ۳ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، شعب دیوان عدالت اداری هستند.

۳. وجوه تشابه حقوقی کارگر و کارمند

۳-۱. شباهت شخصیتی

کارگر و کارمند هر دو شخص حقیقی هستند. به عبارت دیگر، شخص حقوقی نمی‌تواند در وضعیت حقوقی کارگری یا کارمندی قرار بگیرد. قانونگذار در تعریف کارگر و کارمند به این نکته توجه داشته است؛ ماده ۲ قانون کار در تعریف کارگر مقرر کرده است که «کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق‌السعی... به درخواست کارفرما کار می‌کند». ماده ۷ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز کارمند را این‌گونه تعریف کرده است: «فردی است که بر اساس ضوابط و مقررات مربوط، به موجب حکم و یا قرارداد مقام صلاحیت‌دار در یک دستگاه اجرایی به خدمت پذیرفته می‌شود».

۳-۲. شباهت به لحاظ تبعیت دستمزدی

قرارداد کارگری و استخدام کارمند، هر دو مبنای شکل‌گیری روابطی غیرتبرعی و معوض هستند. کارگر در قبال انجام کار، مستحق دریافت مزد^۱ از کارفرما است و به این لحاظ یکی از مشخصه‌های رابطه کار، وابستگی اقتصادی کارگر به کارفرما است (Davidov, Freedland

۱. طبق ماده ۳۵ قانون کار «مزد عبارت است از وجه نقدی یا غیرنقدی و یا مجموع آن‌ها که در مقابل انجام کار به کارگر پرداخت می‌شود».

117: 2015). and Countouris, 2015). در واقع، معیار تبعیت دستمزدی به سنجش این موضوع می‌پردازد که آیا افراد به لحاظ اقتصادی به کاری که انجام می‌دهند، وابستگی^۱ دارند (Dau- Schmidt and Ray, 2004: 119). کارمند نیز بر مبنای قانون، مستحق دریافت حقوق و مزایای قانونی است. نکته مهم این است که تبعیت دستمزدی کارگر و کارمند، دارای وضعیتی قطعی و منجز است. به این معنا که در صورت انجام کار، هیچ سببی جز حکم قانون یا مرجع قضایی ذیصلاح، نمی‌تواند مانع از استحقاق کارگر یا کارمند در دریافت حق‌السعی یا حقوق شود. برخلاف برخی روابط قراردادی مثل مزارعه، مساقات و... که شرط استحقاق عامل در آن‌ها، صرف انجام کار توسط عامل نیست و نتیجه کار است که نقش تعیین‌کننده دارد. بر این اساس مواد ۴۴ و ۴۵ قانون کار، به تضمین مزد کارگری پرداخته‌اند.^۲ در خصوص حقوق کارمند نیز اصل حاکمیت قانون، مفید عدم امکان تغییر در میزان دریافتی کارمندان مگر به موجب حکم و اجازه قانون است و بنابراین «... جز در مواردی که به حکم قانون یا مرجع صالح، پرداخت حقوق منع می‌گردد، قطع یا کسر حقوق و مزایای مستخدم ممنوع است» (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۸: ۲۲۷).

۳-۳. شباهت به لحاظ تبعیت دستوری

کارگر تحت نظارت کارفرما کار می‌کند و موظف است طبق دستورات و تعلیمات قانونی کارفرما به انجام موضوع قرارداد بپردازد. به عبارت دیگر «آنچه قرارداد کار را از دیگر قراردادهای متمایز می‌کند، آن است که با امضای قرارداد کار، کارگر می‌پذیرد که از بخشی از

1. Economic Dependence.

۲. ماده ۴۴ قانون کار: «چنانچه کارگر به کارفرمای خود مدیون باشد در قبال این دیون وی، تنها می‌تواند مازاد بر حداقل مزد را به موجب حکم دادگاه برداشت نمود. در هر حال این مبلغ نباید از یک چهارم کل مزد کارگر بیشتر باشد».
- ماده ۴۵ قانون کار: «کارفرما فقط در موارد ذیل می‌تواند از مزد کارگر برداشت نماید:
 - الف- موردی که قانون صراحتاً اجازه داده باشد.
 - ب- هنگامی که کارفرما به عنوان مساعده و جهی به کارگر داده باشد.
 - ج- اقساط وام‌هایی که کارفرما به کارگر داده است طبق ضوابط مربوطه.
 - د- چنانچه در اثر اشتباه محاسبه مبلغی اضافه پرداخت شده باشد.
 - ه- مال‌الاجاره خانه سازمانی (که میزان آن با توافق طرفین تعیین گردیده است) در صورتی که اجاره‌ای باشد با توافق طرفین تعیین می‌گردد.
 - و- وجوهی که پرداخت آن از طرف کارگر برای خرید اجناس ضروری از شرکت تعاونی مصرف همان کارگاه تعهد شده است».

آزادی‌های خود صرف نظر کند و در مدت قرارداد، تحت اشراف و نظارت و مدیریت شخص دیگری (کارفرما یا نمایندگان او) قرار گیرد» (عراقی، ۱۳۸۳: ۱۶۶). بر این اساس یکی از مشخصه‌های رابطه کار، حق نظارت و کنترل کارفرما است (Davidov, Freedland and Countouris, 2015: 117) که با صلاحیت او در تنظیم روش‌ها و شیوه‌های انجام کار مرتبط است (Dau-Schmidt and Ray, 2004: 117). مبتنی بر معیار مدیریت و کنترل^۱، کارگر تحت تبعیت کارفرما است. در کامن لای نیز کارگر کسی است که در اجرای تعهداتی معوض، دیگری حق مدیریت و کنترل او را دارد (Dau-Schmidt and Ray, 2004: 117). بنابراین علی‌رغم وجود معیارهای مختلف در تشخیص کارگر، معیار اصلی عبارت است از درجه کنترلی که بر فعالیت نیروی کار اعمال می‌شود (Tham, 2004: 127).

کارمند نیز مبتنی بر اصل انضباط اداری، در نظام سلسله مراتبی اداره قرار می‌گیرد و به این لحاظ موظف به رعایت اوامر و دستورات مقامات مافوق در چارچوب قوانین و مقررات است؛ در واقع «... اطاعت مستخدمین از اوامر رؤسای مافوق، از جمله تکالیف مهم و اساسی آنها است و این اصل یکی از اصول مهم سازمانی است» (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۱: ۲۱۷). بر این اساس، ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مقرر کرده است که «کارمندان دستگاه‌های اجرایی مکلف می‌باشند در حدود قوانین و مقررات، احکام و اوامر رؤسای مافوق خود را در امور اداری اطاعت نمایند...». در این راستا یکی از تخلفات اداری کارمندان، طبق بند ۱۳ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری عبارت است از «سرپیچی از اجرای دستورهای مقام‌های بالاتر در حدود وظایف اداری».

پژوهش‌گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
مقاله علمی-فصلنامه‌ای
فصلنامه علمی-فصلنامه‌ای
فصلنامه علمی-فصلنامه‌ای

۳-۴. شباهت به لحاظ مدت تعهد
قرارداد کار ممکن است موقت و یا غیرموقت باشد. چه این که طبق ماده ۷ قانون کار «قرارداد کار عبارت است از قرارداد کتبی یا شفاهی که به موجب آن کارگر در قبال دریافت حق السعی، کاری را برای مدت موقت یا مدت غیرموقت برای کارفرما انجام می‌دهد». استخدام کارمند نیز ممکن است موقت و یا غیرموقت باشد. چه این که ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری دو نوع استخدام رسمی و پیمانی را پیش‌بینی کرده است و قید «برای مدت

معین» را به استخدام پیمانی اختصاص داده است و بنابراین استخدام رسمی، مدت از پیش معینی ندارد. طبق این ماده «از تاریخ تصویب این قانون، استخدام در دستگاه‌های اجرائی به دو روش ذیل انجام می‌پذیرد؛ الف- استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی. ب- استخدام پیمانی برای تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین».

۴. وجوه افتراق حقوقی کارگر و کارمند

۴-۱. تفاوت در مبنای تعیین حقوق و تکالیف

مبنای تعیین حقوق و تکالیف کارگر، قرارداد کار است (بند ب ماده ۱۰ قانون کار). البته با توجه به ویژگی حداقلی بودن حمایت‌های مندرج در قانون کار، توافقات مندرج در قرارداد نمی‌تواند حمایت‌های حداقلی مندرج در قوانین و مقررات کار را کاهش دهد. چه این که طبق ماده ۴۱ قانون کار، مزد کارگر نمی‌تواند کمتر از حداقل دستمزد قانونی باشد. گذشته از مزد ثابت، مصادیق غیر ثابت مزد مثل اضافه کاری، پاداش افزایش تولید، حق مأموریت و... نیز با توافق طرفین و با رعایت حداقل‌های قانونی معین می‌شوند. در خصوص حق مرخصی، حق محدودیت ساعات کار و... نیز همین قاعده حکم فرما است. چرا که با وجود مبنای قراردادی رابطه کار، «... با توجه به ملاحظات اجتماعی، اقتصادی و حقوقی، قرارداد کار تنها تابع اراده طرفین نبوده و دولت‌ها در چگونگی انعقاد، تنظیم و خاتمه آن دخالت و شرایط و مقررات آمره را لحاظ نموده‌اند» (رفیعی، ۱۳۹۲: ۵۹). گذشته از تکلیف کارفرما در رعایت حداقل‌های قانونی باید به این نکته نیز تأکید کرد که رضایت کارگر نیز نمی‌تواند سبب سقوط حقوق حداقلی شود. به عبارت دیگر، «... صرف رضایت کارگر به عنوان یک بازیگر قراردادی مستقل، دلیل کافی برای محروم شدن از حقوق شغلی او نیست» (Davidov, Freedland and Countouris, 2015: 116).

اما مبنای تعیین حقوق و تکالیف کارمند، قانون است. در واقع، اداره و کارمند، مجری قواعد قانون‌گذار هستند و هیچ‌یک دخالتی در کم و کیف این حقوق و تکالیف ندارند. پس از تعیین این حقوق و تکالیف، «... تغییر آن نیز بر عهده قانون‌گذار است» (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۸: ۲۳۰). چرا که استخدام کارمندی، ماهیتی قانونی و غیرقراردادی دارد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۱: ۲۱۱-۲۱۳). بر این اساس مواد ۶۴ تا ۸۰ قانون مدیریت خدمات

کشوری به تعیین ضوابط تعیین حقوق و مزایای کارمندان پرداخته‌اند. این موضوع ناشی از ماهیت قانونی (و نه قراردادی) استخدام اداری است. برخی با توجه به این واقعیت، پذیرش کارمند به خدمت دولت را عملی یک‌سویه یا ایقاع اداری دانسته‌اند (ابوالحمد، ۱۳۷۰: ۶۴).

۲-۴. تفاوت در مبنای توجیهی تبعیت دستوری

مبنای توجیهی لزوم تبعیت دستوری کارگر از کارفرما، منافع شخصی کارفرما و به عبارت دیگر ریسک اقتصادی او است. به این معنا که اگر کارگر از اوامر و نواهی کارفرما تبعیت نکند، منافع اقتصادی کارفرما به خطر می‌افتد. چرا که کارفرما سرمایه‌گذاری کرده و با تکیه بر کار کارگر، به دنبال کسب سود بوده است. بنابراین «اختیار اداره کارگاه به وسیله کارفرما و دادن دستور به کارگران... در واقع نتیجه تحمل زیان به وسیله کارفرما است» (عراقی، ۱۳۸۳: ۱۱۲). اما مبنای لزوم تبعیت کارمند از اوامر و دستورات مقام اداری مافوق، برقراری نظم اداری از طریق نظام سلسله مراتب اداری است. در واقع با عدم تبعیت کارمند از دستورات مافوق، آنچه آسیب می‌بیند نه منافع شخصی مقام مافوق کارمند، بلکه نظم عمومی و منافع عمومی است.

۵. مختصات حقوقی استخدام کارمندی

۱-۵. لزوم پذیرش توسط اداره (آزمون استخدامی و گزینش)

بر اساس اصل برابری مردم در بهره‌مندی از خدمات عمومی و برابری در فرصت استخدامی، استخدام عمومی مستلزم برگزاری آزمون استخدامی است. چرا که «همه افراد جامعه باید فرصت برابر برای دستیابی به مشاغل عمومی را داشته باشند» (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۸: ۱۹۵). به همین جهت قانون‌گذار در ماده ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، تصریح کرده است که «به کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی پس از پذیرفته شدن در امتحان عمومی که به طور عمومی نشر آگهی می‌گردد و نیز امتحان یا مسابقه تخصصی امکان‌پذیر است...». بند الف ماده ۱ قانون استخدام کشوری نیز در تعریف استخدام دولت از عبارت «پذیرفتن شخص به خدمت دولت» استفاده کرده است. بر مبنای این ویژگی، اطلاق عنوان کارمند به نیروهایی که ادارات، بدون برگزاری آزمون استخدامی جذب

می‌کنند، صحیح به نظر نمی‌رسد. به طور مثال می‌توان به نیروهای ساعتی و کار معین (تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری) و نیروهای شرکتی (ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری) اشاره نمود که در جذب آنها الزامی به برگزاری آزمون استخدامی نیست. بر این اساس اصطلاح کارمند در معنای دقیق آن، فقط بر نیروهایی که از طریق آزمون استخدامی جذب می‌شوند (نیروهای رسمی و پیمانی) قابل اطلاق است. مؤید این نظر، بیان قانونگذار در ماده ۴ قانون استخدام کشوری است که مستخدمین را از دو حالت رسمی و پیمانی خارج ندانسته است. همچنین ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مقرر کرده است؛ «... استخدام در دستگاه‌های اجرایی به دو روش ذیل انجام می‌پذیرد: الف- استخدام رسمی... ب- استخدام پیمانی...». به همین جهت، انحصار اطلاق عنوان کارمند به کارمند رسمی و پیمانی و تعریف کارمند به مستخدمی «... که در دستگاه اجرایی کشور به طور رسمی یا پیمانی متصدی یک شغل سازمانی است» (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۱: ۱۶۷) صحیح به نظر می‌رسد.

۲-۵. لزوم قانونی بودن «تمام» شرایط و ضوابط

بر اساس اصل بنیادین حاکمیت قانون^۱ یا قانونی بودن^۲، همه شرایط و ضوابط استخدام عمومی، باید به موجب قانون تعیین شود و اداره در فرآیند استخدام، صرفاً نقش مجری را دارد و نمی‌تواند بر این شرایط و ضوابط قانونی، شرطی بیافزاید و یا از رعایت برخی شرایط قانونی، عدول نماید. چرا که استخدام کارمند، ماهیتاً قراردادی نیست، بلکه «... وضعیت خاص قانونی است که شرایط، احکام و آثار آن را قانون‌گذار مشخص می‌کند و اراده اشخاص در تعیین و تغییر آنها تأثیر ندارد» (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۸: ۲۰۷). بر این اساس قانون‌گذار در ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری با بیان «حصری» به احصاء شرایط و ضوابط ورود به خدمت پرداخته است.^۳

1. Rule of Law.

2. Legality.

۳. ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری: «شرایط عمومی استخدام در دستگاه‌های اجرایی عبارتند از:

الف- داشتن حداقل سن بیست سال تمام و حداکثر چهار سال برای استخدام رسمی و برای متخصصین با مدرک تحصیلی دکتری، چهار و پنج سال.

ب- داشتن تابعیت ایران.

ج- انجام خدمت دوره ضرورت یا معافیت قانونی برای مردان.

د- عدم اعتیاد به دخانیات و مواد مخدر.

۳-۵. لزوم صدق عنوان اداره

با وجود استفاده‌های عرفی از اصطلاح کارمند در محیط‌هایی که به لحاظ حقوقی، صدق عنوان «اداره» بر آن‌ها صحیح نیست، کارمند (مستخدم) اساساً مفهومی اداری است و در محیط «اداری» معنا می‌یابد. به عبارت دیگر، استخدام کارمندی، صرفاً توسط «اداره» صورت می‌گیرد. به این جهت تشخیص «اداره» بودن نهادهای مختلف حائز اهمیت است. در ادبیات حقوق اداری به شکل سنتی، دو مفهوم مادی و سازمانی برای اداره ذکر شده است که در تشخیص دقیق مفهوم و تصدیق مصادیق، کارآمد نیستند. لذا لازم است که ملاک‌های تشخیصی و به عبارت بهتر، ملاک ممیزه اداره از سایر نهادها تبیین شود. در این راستا، دو ملاک ممیزه «تأسیس قانونی» و «دارا بودن اختیارات حاکمیتی» قابل طرح‌اند؛

بر این اساس اداره، نهادی است که اولاً توسط قانون‌گذار ایجاد شود و ثانیاً بر اساس قانون، دارای برخی اختیارات حاکمیتی باشد. طبق این دو ملاک، به طور مثال شهرداری‌ها به عنوان نهادهایی غیردولتی، اداره هستند چرا که به موجب قانون، تأسیس شده و دارای برخی اختیارات حاکمیتی هستند. وزارت‌خانه‌ها، اداره دولتی هستند زیرا بر اساس قانون ایجاد شده و دارای اختیارات حاکمیتی هستند. لذا اداره قابل اطلاق بر اشخاص حقوقی عمومی است. بنابراین می‌توان گفت کارمند «... کسی است که به خدمت یکی از اشخاص حقوقی حقوق عمومی پذیرفته شده باشد» (امامی و استوار سنگری، ۱۳۸۸: ۲۰۰).

بر اساس مقدمات فوق، استخدام کارمند فقط توسط ادارات ممکن است و نهادهایی که دو ویژگی اداره را نداشته باشند، در معنای دقیق حقوقی، استخدام کارمندی انجام نمی‌دهند. بنابراین در صورتی که موسسه‌ای خصوصی، آگهی «استخدام کارمند» منتشر نماید و عرفاً کارمند استخدام نماید، به لحاظ حقوقی، استخدام کارمندی انجام نداده و این نیروها، کارمند نخواهند بود و در نتیجه اختلافشان با این موسسه خصوصی، نه در دیوان عدالت اداری بلکه در

ه- نداشتن سابقه محکومیت جزائی مؤثر.

و- دارا بودن مدرک تحصیلی دانشگاهی و یا مدارک هم‌تراز (برای مشاغلی که مدارک هم‌تراز در شرایط احراز آن‌ها پیش‌بینی شده است).

ز- داشتن سلامت جسمانی و روانی و توانایی برای انجام کاری که استخدام می‌شوند براساس آیین‌نامه‌ای که با پیشنهاد سازمان به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.

ح- اعتقاد به دین مبین اسلام یا یکی از ادیان شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

ط- التزام به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

هیأت‌های تشخیص کار رسیدگی می‌شود. در واقع موسسه خصوصی، نه یک اداره بلکه یک کارفرما است و نیروهای آن به لحاظ وضعیت حقوقی، کارگر هستند.

۶. مختصات حقوقی قرارداد کارگری

۶-۱. لزوم توافق اراده‌ها

رابطه کار، اساساً دارای ماهیتی قراردادی است. چه این که قبل از استقلال رشته حقوق کار از حقوق مدنی، قالب قراردادی «اجاره اشخاص» برای به کارگیری نیروی انسانی توسط دیگری مورد استفاده قرار می‌گرفت.^۱ با پذیرفته شدن قواعد آمره حمایتی در قلمرو روابط کار و تحقق استقلال حقوق کار، با وجود دخالت‌های حاکمانه دولت در روابط کارگر و کارفرما، این رابطه کماکان ماهیت قراردادی خود را حفظ نموده است. در واقع «...دخالت قانون‌گذار در روابط کار، هنوز هم نقش و اهمیت قرارداد را به عنوان مبنای اصلی تعیین شرایط کار از بین نبرده است» (رنجبری، ۱۳۹۱: ۵۶). بنابراین در این رابطه حقوقی، مبنای اولیه همچنان توافق طرفین است که بر اساس تئوری‌های نظم عمومی اجتماعی^۲، با برخی قواعد حمایتی، حداقلی و آمره، قلمرو آزادی قراردادی طرفین، محدود شده است. بنابراین می‌توان گفت «... قرارداد کار و چگونگی رابطه طرفین در آن، مهم‌ترین وجه مشخص کارگر از غیر کارگر است» (عراقی، ۱۳۸۳: ۱۶۰).

۶-۲. قانونی بودن «برخی» شرایط و ضوابط

در روابط کار، دخالت‌های حمایتی حاکمیت، سبب قانونی شدن همه شرایط و ضوابط قرارداد کار نشده است. یعنی اراده کارگر و کارفرما در بسیاری از موارد می‌توانند با توافقات قراردادی، تعیین‌کننده باشند. بنابراین بر خلاف استخدام اداری و کارمندی که در آن، همه شرایط و ضوابط استخدام، مطلقاً قانونی است، در قرارداد کار، «برخی» شرایط و ضوابط توسط قانون‌گذار تعیین شده است و فقط در این موارد می‌توان گفت «... توافق طرفین در ارتباط با وضعیت کارگر، تعیین‌کننده نیست» (Davidov, Freedland and Countouris, 2015: 116).

۱. ماده ۵۱۲ قانون مدنی: «در اجاره اشخاص، کسی که اجاره می‌کند مستأجر و کسی که مورد اجاره واقع می‌شود اجیر و مال‌الاجاره، اجرت نامیده می‌شود».

2. Social Public Order.

از جمله شرایط قانونی قرارداد کار می‌توان به حداقل سن کار^۱، حداکثر ساعات کار^۲ و حداقل مرخصی استحقاقی سالانه^۳ اشاره کرد. با این حال، در قرارداد کار، در بسیاری از موارد، توافق طرفین به شرط عدم کاهش حمایت‌های قانونی، اعتبار دارد.^۴ به طور مثال می‌توان به پیش‌بینی دوره آزمایشی^۵، اعزام کارگر به مأموریت^۶ و ارجاع اضافه‌کاری^۷ اشاره نمود که همگی با توافق طرفین امکان‌پذیر بوده و جزء شرایط قانونی و الزامی قراردادهای کار نیستند.

نتیجه‌گیری

در برخی نظام‌های حقوقی، استخدام در بخش عمومی و اداری با به کارگیری نیروی انسانی در بخش خصوصی، متفاوت بوده و دارای مختصات حقوقی دوگانه‌ای است. در این گونه نظام‌ها، کارگر و کارمند دو مفهوم حقوقی مجزا و دارای ویژگی‌های متمایز خاص خود هستند. در ایران نیز به تبع نظام حقوقی فرانسه، این دوگانگی حقوقی وجود دارد و بنابراین تمییز کارگر از کارمند بسیار معنادار و واجد آثار عملی فراوانی است.

البته برخی شباهت‌ها نیز بین این مفهوم وجود دارد؛ به طور مثال کارگر و کارمند هر دو شخصیت حقیقی هستند، هر دو موضوع «کار تابع» هستند و بر این اساس، دارای تبعیت دستوری و تبعیت دستمزدی هستند. اما در مقام تبیین تمایز مفهومی کارگر از کارمند می‌توان گفت؛ کارگر بر مبنای «قرارداد»ی که «برخی» شرایط آن به صورت آمره توسط قانون‌گذار وضع شده است به انجام کار برای دیگری (کار تابع)، تحت تبعیت او (تبعیت دستوری) و در

۱. ماده ۷۹ قانون کار: «به کارگماردن افراد کمتر از ۱۵ سال تمام ممنوع است.»
۲. ماده ۵۱ قانون کار: «...به غیر از مواردی که در این قانون مستثنی شده است، ساعات کار کارگران در شبانه روز نباید از ۸ ساعت تجاوز نماید.»
۳. ماده ۶۴ قانون کار: «مرخصی استحقاقی سالانه کارگران با استفاده از مزد و احتساب چهار جمعه، جمعاً یک ماه است...»
۴. ماده ۸ قانون کار: شروط مذکور در قرارداد کار یا تغییرات بعدی آن در صورتی نافذ خواهد بود که برای کارگر، مزایایی کمتر از امتیازات مقرر در این قانون منظور ننماید.»
۵. ماده ۱۱ قانون کار: «طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر، مدتی را به نام دوره آزمایشی کار تعیین نمایند...»
۶. ماده ۴۶ قانون کار: «به کارگرانی که به موجب قرارداد یا موافقت بعدی به مأموریت‌های خارج از محل خدمت اعزام می‌شوند، فوق‌العاده مأموریت تعلق می‌گیرد...»
۷. ماده ۵۹ قانون کار: «در شرایط عادی ارجاع کار اضافی به کارگر با شرایط ذیل مجاز است: الف- موافقت کارگر...»

برابر دریافت عوض (تبعیت دستمزدی) می پردازد. اما کارمند بر مبنای «ضوابط و شرایط مطلقاً قانونی» به انجام کار برای «اداره» (کار تابع)، تحت تبعیت اداره (تبعیت دستوری) و در برابر دریافت دستمزد (تبعیت دستمزدی) می پردازد که مقدمتاً از طریق «آزمون استخدامی» به خدمت اداره پذیرفته شده است. بنابراین استخدام کارمندی فقط توسط اداره و تحت شرایط و ضوابط کاملاً قانونی امکان پذیر است. بر این اساس غیر از ادارات، هیچ شخص و نهادی، نمی تواند استخدام کارمندی داشته باشد. ادارات نیز در مواردی که به موجب اجازه قانون، نیروهایی را بدون برگزاری آزمون و خارج از ضوابط قانونی استخدام عمومی به کار گرفته اند، به استخدام کارمندی نپرداخته اند بلکه رابطه کارگری و کارفرمایی ایجاد کرده اند. با توجه به این وجوه ممیزه، ضروری است که قانونگذار در استفاده از این دو اصطلاح در متون قانونی و مراجع قضایی در انشاء احکام قضایی و پژوهشگران حقوقی در تدوین آثار علمی مرتبط با مسائل کارگری و کارمندی به اهمیت و بار معنایی ویژه این دو اصطلاح توجه داشته باشند.

منابع

الف - فارسی

کتابها

- ابوالحمد، عبدالحمید، (۱۳۷۰)، *حقوق اداری ایران*، ج ۳، تهران: انتشارات توس.
- امامی، محمد و استوارسنگری، کورش، (۱۳۸۸)، *حقوق اداری*، تهران: نشر میزان.
- عراقی، سید عزت‌الله، (۱۳۸۳)، *حقوق کار*، تهران: انتشارات سمت.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، (۱۳۹۱)، *حقوق اداری*، تهران: انتشارات سمت.

مقاله‌ها

- رنجبری، ابوالفضل، (۱۳۹۱)، «بررسی وضعیت استخدامی کارگران شاغل در بخش عمومی»، *نشریه فقه و حقوق اسلامی*، سال سوم، شماره ۵.
- یاور، اسداله و تنگستانی، محمدقاسم، (۱۳۹۳)، «درآمدی بر نظام حقوقی اعتصاب در بخش خصوصی (فرانسه، انگلستان و ایران)»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال شانزدهم، شماره ۴۳.
- رفیعی، احمد، (۱۳۹۲)، «معیارهای احراز رابطه کارگری و کارفرمایی»، *دو فصلنامه رویه قضایی*، سال دوم، شماره ۱.

ب - انگلیسی

Articles

- Bernard, Catherine, (2004), "The Personal Scope of the Employment Relationship", in *The Mechanism for Establishing and Changing Term and Conditions of Employment/ the Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, JILPT Comparative Labor Law Seminar, the Japan Institute for Labor Policy and Training.
- Dau-Schmidt, Kenneth G. and Ray, Michael, (2004), "The Definition of Employee in American Labor and Employment Law", in *The Mechanism for Establishing and Changing Term and Conditions of Employment/ the Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, JILPT Comparative Labor Law Seminar, the Japan Institute for Labor Policy and Training.
- Dividov, Guy and Freedland, Mark R. and Countouris, Nicola, (2015),

“The Subjects of Labor Law: 'Employees' and other Workers”, in Comparative Labor Law (Research Handbooks in Comparative Law series), Edited by Matthew W. Finkin and Guy Mundlak and ELs. and Edward Elgar.

- Ouchi, Shinya, (2004), “Labor Law Coverage and the Concept of Worker”, in *The Mechanism for Establishing and Changing Term and Conditions of Employment/ the Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, JILPT Comparative Labor Law Seminar, the Japan Institute for Labor Policy and Training.

- Tham, Joo-Cheong, (2004), “The Scope of Australian Labor Law and the Regulatory Challenges Posed by Self and Casual Employment”, in *The Mechanism for Establishing and Changing Term and Conditions of Employment/ The Scope of Labor Law and the Notion of Employees*, JILPT Comparative Labor Law Seminar, The Japan Institute for Labor Policy and Training.

