

تاریخ ۷۶/۵/۲۵ شماره دادنامه ۵۸ کلاسه پرونده ۹۸/۷۵

### رای هیات عمومی دیوان عدالت اداری

حکم مقرر در ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی ناظر به پیمانکارانی است که در اجرای قرارداد پیمانکاری از وجود کارگر استفاده می کنند. بنابراین تسری و تعمیم آن به پیمانکار فاقد کارگر انطباقی با هدف مقنن ندارد، و بخشنامه شماره ۱۰۸ مورخ ۱۳۶۰/۶/۵ در حدی که مفهوم مشمول ماده مزبور نسبت به مواردی که قرارداد منحصراً توسط شخص پیمانکار اجراء می شود، خلاف قانون شناخته می شود و مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می گردد.

رئیس هیات دیوان عدالت اداری سید ابوالفضل موسوی تبریزی

مرجع رسیدگی - هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

شاکی - آقای احمد علی حمیتی واقف

موضوع شکایت و خواسته - ابطال بخشنامه شماره ۱۰۸ در آمد سازمان تامین اجتماعی.

مقدمه - شاکی طی دادخواست تقدیمی اعلام داشته اند که قرار مورخ ۷۵/۲/۱ را برای انجام خدمت پاره وقت با شرکت سهامی گوشت کشور امضاء نموده ام. در پایان هرماه ۵٪ از حقوق اینجانب بابت حق بیمه کسر میشود. سازمان تامین اجتماعی بموجب بخشنامه ۱۰۸ و استناد بماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی خود را محق به این کار میدانند لذا با عرض مراتب زیر استدعا دارد بموضوع رسیدگی و رای بر ابطال بخشنامه مذکور را صادر فرمائید.

۱ - مفاد ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی از الزام کارفرما به متعهد کردن مقاطعه کار به بیمه کردن کارکنان خود و نیز کارکنان مقاطعه کار به بیمه کردن کارکنان خود و نیز کارکنان مقاطعه کاران فرعی نزد سازمان تامین اجتماعی و پرداخت کل حق بیمه به ترتیب مقرر در ماده ۲۸ سخن میگوید در حالی که قرارداد اینجانب پیمانکار تلقی نمیشود زیرا پیمانکار در اصطلاحات قانون تامین اجتماعی شخصی است که عوامل و کارکنانی را در اختیار دارد و بموجب ماده ۳۸ مکلف شده است آنرا بیمه کند.

۲ - منظور از کسر ۵٪ از بهای کل مقاطعه در واقع ضمانت اجرای بیمه کردن کارکنان وی است. در صورتیکه قرارداد مورخ ۷۵/۲/۱ کار توسط یک نفر انجام میشود و شخص حقیقی عواملی برای انجام کار در اختیار ندارد.

۳ - مفاد بخشنامه ۱۰۸ هر چه باشد نمیتواند مخالف عموم ها و اطلاق های قانون تامین اجتماعی و سایر قوانین باشد.

۴ - سازمان تامین اجتماعی به هیچ دستاویزی حتی بخشنامه ۱۰۸ نمیتواند حق حبس ۵٪ از بهای کل کار بشرح ماده ۳۸ در مقابل پرداخت حق بیمه کارکنان پیمانکار توسط او و دریافت مفاصا حساب از تامین اجتماعی است. مفهوم پیمانکار را وارونه و بطور وسیع آن را شامل هر کسی بداند خودش به تنهایی کاری را انجام می دهد.

۵- حق حبس ۵٪ از بهای کل کار بشرح ماده ۳۸ درمقابل پرداخت حق بیمه کارکنان پیمانکار توسط او و دریافت مفاصاحساب از تامین اجتماعی است حبس ۵٪ از حقوق اینجانب برای چیست؟ که مجبور شوم خود را نزد تامین اجتماعی بیمه کنم و مفاصاحساب دریافت نمایم. غیر قانونی بودن این ترتیب پرواضح است و علاوه بر منافات داشتن با اصل برائت و قاعده قبح عقاب بلا بیان با قاعده لاضرر و قاعده نفی عسر و حرج نیز تعارض دارد.

۶- اوضاع و احوال نشان می دهد که قرارداد پیش گفته قرارداد پیمانکاری نیست. رئیس هیات مدیره و مدیر عامل امزان تامین اجتماعی طی نامه ۴۳/د/۱۴۴ - ۷۶/۱/۶ در پاسخ بشکایت مذکور اعلام داشته اند: با عنایت به تکالیف و تعاریف متعدد مندرج در مواد ۲، ۴، و... قانون تامین اجتماعی مصوب تیر ماه ۱۳۵۴ قرار موصوف قرارداد انجام کار محسوب می گردد، فلذا برابر مقررات یاد شده شاکی بعنوان انجام دهنده موضوع قرارداد کار بیمه شده محسوب و شرکت سهامی گوشت ایران کارفرما تلقی می گردد. بدین ترتیب با در نظر داشتن اینکه قانون تامین اجتماعی که نوعی قانون اجباری برای بیمه نمودن افراد شاغل در کارگاههای مشمول همان قانون است. در نتیجه کارفرمای کارگاه مکلف است برابر تکالیف مندرج در ماده ۳۶ قانون مرقوم پس از کسر حق بیمه سهم بیمه شده بانضمام سهم قانونی خود آن را باین سازمان بعنوان سازمان مجری قانون یاد شده پرداخت نماید .

موضوع کسر پنج درصد از بهای کل پیمان توسط کارفرما خارج از مقررات قانون تامین اجتماعی بعنوان قانون حاکم بر روابط این سازمان با کار فرمایان و بیمه شدگان میباشد که به این اعتبار شاکی می بایست علیه کارفرما اقامه دعوی نماید. در خصوص ابطال بخشنامه شماره ۱۰۸ در آمد گفتنی است که بخشنامه موصوف تنها در چهار چوب ماده ۳۸ و بخشنامه های دیگر سازمان از جمله بخشنامه ۳ - ۱۰۰ امور مالی و درآمد منظور ایجاد وحدت رویه و با توجه به اختیارات مندرج در اساسنامه تامین اجتماعی مصوب ۵۸/۶/۱۰ هیات وزیران اصدار یافته است و واضح مقرراتی جدیدی مغایر باقانون تامین اجتماعی نمیشد. شمول قانون مزبور به کلیه افراد شاغل و مزد بگیر به هر عنوان توسط مرجع قانونگذاری در سال ۵۴ تجویز گردیده است.

هیات عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ فوق به ریاست آیت الله موسوی تبرزی و با حضور روسای شعب دیوان تشکیل و پس از بحث و بررسی و انجام مشاوره با اکثریت آراء به شرح آتی مبادرت به صدور رای می نماید.

بخشنامه مورخ ۱۳۷۶/۱۰/۲ مدیر عامل سازمان تامین اجتماعی - اصلاحیه بخشنامه ۱۰۸ در آمد

به موجب دادنامه شماره ۵۸ مورخ ۷۶/۵/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که عنیا نقل می گردد:

( حکم مقرر در ماده ۳۸ قانون تامین اجتماعی ناظر به پیمانکارانی که در اجرای قرارداد پیمانکاری از وجود کارگر استفاده می کنند: بنابراین تسری و تعمیم آن به پیمانکاران فاقد کارگر انطباقی با هدف مقنن ندارد و بخشنامه شماره

۱۰۸ مورخ ۱۳۶۰/۶/۵ در حدی که مفهوم مشمول ماده مزبور نسبت به مواردی که قرارداد منحصرًا توسط شخص پیمانکار اجرا می شود خلاف قانون شناخته می شو و مستنداً" به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می گردد..)

ماده ۳۸ نسبت به مواردی که قرارداد منحصرًا توسط شخص پیمانکار اجرا می شود نافذ نمی باشد لذا با جلب توجه واحدها به اینکه باستناد دادنامه مذکور که در حکم قانون است کارفرمایان تکلیفی به رعایت ماده ۳۸ در مورد پیمانکارانی که شخصاً" و به تنهایی کار موضوع قرارداد را انجام می دهند ندارند.

صدور مفاصا حساب جهت پیمانهای مزبور نیز از طرف سازمان منتفی خواهد بود و در اجرای دادنامه مزبور جهت اقدامات معمول بشرح ذیل مقرر می دارد:

۱- در مورد آن دسته از قراردادهای مشمول بخشنامه ۱۰۸ در آمد که حق بیمه آنها وصل شده است اعم از اینکه مفاصا حساب صادر شده یا نشده باشد اقدامات به قوت خود باقی خواهد بود.

۲- در مورد آن دسته از قراردادهایی که مشمول بخشنامه ۱۰۸ در آمد بوده و حق بیمه آنها محاسبه و مطالبه گردیده لیکن تا تاریخ ابلاغ این دستور وصول نشده است در صورتیکه پیمانکار از مزایای تامین اجتماعی استفاده ننموده باشد موضوع بدهی آنها کن لم یکن و پرونده امر مختومه محسوب می گردد.

۳- در مورد قراردادهایی که تا کنون حق بیمه آنها محاسبه نشده یا بعداً" به سازمان ارائه می گردد چنانچه کار موضوع قرارداد به صورت پیمانکاری انجام و مندرجات قرارداد نیز دلالت نیز انجام کار توسط شخص پیمانکار به تنهایی داشته باشد و کارفرما نیز موضوع را گواهی نماید، مانند قراردادهای اجاره اتومبیل، کارگزاران دفاتر مخابراتی روستائی و... نیازی به تشکیل پرونده و محاسبه و مطالبه حق بیمه و صدور مفاصا حساب نمی باشد و چنانچه پرونده تشکیل شده باشد می بایستی مختومه شود.

۴- واحدها توجه داشته باشند قراردادهای که به موجب آن طرف قرارداد( مجری ) در طول دوره قرارداد باید در اختیار کارفرما باشد و کارفرما کاری را که در قرارداد مشخص شده است بطور روزانه به وی محول می سازد و حق الزحمه وی نیز بصورت ماهانه یا اقساط ماهانه پرداخت می شود قرارداد پیمانکاری نبوده بلکه قرارداد کار محسوب و می بایستی حق بیمه این قبیل قراردادهای طبق ماده ۲۸ قانون تامین اجتماعی محاسبه و از کارفرمای مربوط مطالبه و وصول گردد.

۵- کلیه افرادی که قبلاً" از طریق قراردادهای پیمانکاری مشمول بخشنامه ۱۰۸ در آمد بیمه شده اند منجمله کارگزاران دفاتر مخابراتی می توانند بیمه خود را از طریق بیمه اختیاری یا صاحبان حرف و مشاغل آزاد ادامه دهند.

مدیران کل و کارشناسان درآمد استانها، روسا ومسئولین درآمد شعب و نمایندگان مسؤل حسن اجرای این دستور می باشند.