

היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית

סטיב אדלר¹

- I. פתח דבר
- II. מבחנים שפותחו בפסיקה לשם קביעת מיהו עובד"
 1. מבחן הכפיפות האישית
 2. מבחן ההשתלבות
 3. המבחן המעורב
- III. הערכה מחודשת של המבחן לקביעת מעמדו של מבצע עבודה.
- IV. התמודדות הפסיקה עם יחסי עבודה משולשים
- V. הענקת זכויות והגנות של משפט העבודה המגן למי שאינו נכלל בהגדרה של "עובד"
 1. החקיקה הישראלית
 2. החקיקה במדינות הים
- VI. הענקת זכויות והגנות של משפט העבודה באמצעות מבחן התכלית הפסיקתי
- VII. הכלל בפסיקה – קשר חוזי כתנאי להענקת זכויות והגנות של משפט העבודה והביטחון הסוציאלי למבצע עבודה; היוצא מן הכלל – העדר קשר חוזי
- VIII. החלות זכויות והגנות מתחום משפט העבודה על המשפט המסחרי
- IX. מבצע עבודה שאינו "עובד" ואינו "עצמאי"
- X. סוף דבר – הצורך בבחינה מחודשת של מבחנים משפטיים

I. פתח דבר

"דור הלך ודור בא, והארץ לעולם עומדת" (קהלת א, ד). מלומדי משפט העבודה לדורותיהם ממשיכים לדון ולהעמיק באחת משאלות המפתח בתחום. הלוא היא השאלה, "מיהו עובד"? נשיא בית הדין הארצי לעבודה, השופט (בדימוס) מנחם גולדברג, העניק לשאלה זו מעמד בכורה בעשייתו האקדמית והקדיש לה כתיבה ענפה.² משכך, החלטתי אף אני להקדיש לה חיבור במסגרת ספר זה היוצא לאור לכבודו.

חשיבותה של ההתדיינות בסוגיה - "מיהו עובד" - נובעת, בין היתר, מן המשמעות הרבה הנודעת לסיווגו של מבצע עבודה כ"עובד", בפרט לעניין גבולות פרישת רשת ההגנות מכוח משפט העבודה. במה דברים אמורים? הקביעה, כי מבצע העבודה הינו "עובד" משמעותה המעשית היא, כי "עובד" זה ייחנה מכלל הזכויות וההגנות המוענקות מכוח משפט העבודה. מאידך, אי הכרה במבצע העבודה כ"עובד", תשלול מאותו אדם זכויות והגנות אלו. בנוסף הכלל הוא, כי ההגנות המוקנות מכוח משפט העבודה – בדמותם של חוקי המגן, הסכמים קיבוציים, הסדרים קיבוציים, צווי הרחבה, וחקיקה ופסיקה המבטיחים שוויון במקום העבודה - מוקנות למבצעי עבודה המשתייכים לקטגוריה המסורתית של "עובד" בלבד. במסגרת משפט העבודה,

¹ שופט, נשיא בית הדין הארצי לעבודה.

² ראו לעניין זה: מ' גולדברג, "למהות המושג עובד", הפרקליט כו (תש"ל) 389; מ' גולדברג, "מהותם של יחסי עובד-מעביד" הפרקליט לב (תשל"ח) 81; מ' גולדברג, "עובד ומעביד" – תמונת מצב", עיוני משפט יז (תשנ"ב) 19; מ' גולדברג, "מיהו עובד ומיהו מעביד - עידן אי הוודאות", קרית המשפט א' (תשס"א) 259

רשאים רק מי שהוגדרו כ"עובדים" להתדיין בפני בתי הדין לעבודה.³ לעת עתה, רק "עובד" במקום העבודה הציבורי רשאי להשתתף ב"מכרז פנימי" לאיוש משרה פנויה. לעתים מוגבלת זכות זו אף יותר ומוקנית ל"עובדים קבועים".⁴ זאת ועוד, משנקבע, כי מבצע עבודה זכאי לזכויות והגנות של משפט העבודה, ברי שנוצרה מסגרת תעסוקתית המחייבת התייחסות מתאימה מאת מקבל העבודה למבצע העבודה. יצוין, כי למעמדו של מבצע עבודה נודעת נפקות גם במסגרת ענפי משפט אחרים, כגון דיני הנזיקין.

משיחסי העבודה בשוק העבודה המודרני נעשו מורכבים יותר ועם התפתחותן של תבניות העסקה אלטרנטיביות, התעורר הצורך לדון בשאלת מפתח נוספת והיא, "מיהו מעביד?"⁵ משפט העבודה נדרש לשאלה נוספת זו על מנת לקבוע, על איזה מעסיק מוטלת החובה להעניק לעובד את זכויותיו המוקנות לו מכוח משפט העבודה.

התפתחותן של תבניות העסקה אלטרנטיביות כמו גם שינויים אחרים בשוק העבודה הובילו את בתי הדין, את בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (להלן- בג"צ), ואת אנשי האקדמיה לדון בשאלת הרחבת תחולתו של משפט העבודה, כך שיכללו בגדרו מבצעי עבודה נוספים, כגון "המשתתף החופשי".

שאלה נוספת המתעוררת בהקשר זה ודורשת ליבון הינה, האם יש מקום להחיל עקרונות מתחום משפט העבודה על ענפי משפט נוספים, דוגמת המשפט המסחרי.

חיבור זה יוקדש בעיקרו לבחינת אפשרות החלת הזכויות וההגנות מכוח משפט העבודה על מעגל רחב יותר של מבצעי עבודה מזה הנוהג כיום ולהצדקות העומדות בבסיס אפשרות זו. בנוסף, אבקש לדון בקצרה בשאלה השנייה אותה הזכרנו, דהיינו, האם יש מקום להחיל עקרונות מסוימים מתחום משפט העבודה על ענפים אחרים של המשפט, ובפרט על המשפט המסחרי. מאחר ומדובר בנושאים שטרם נבחנו לעומקם בפסיקה אבקש להדגיש, כי כוונת הדברים הנה לעורר דיון ולעודד מחקר נוסף.

II. המבחנים שפותחו בפסיקה לשם קביעה "מיהו עובד"

על אף החשיבות הרבה הנודעת להגדרת המושגים "עובד" ו"מעביד", מעטים הם החוקים בהם בחר המחוקק להגדיר מושגים אלו במפורש. נציין, כי גם באותם חוקים בהם קיימת הגדרה של מושגים אלו, אין בה כדי ליתן פתרון לבעיות המתעוררות במקרים גבוליים, המהווים חלק משמעותי מהמקרים המגיעים לפתחם של בתי הדין. בהעדר הגדרה כללית, מפורשת ובהירה בחקיקה, נדרשים בתי הדין למלאכת העיצוב וההגדרה של מושגים חיוניים אלה.

³ יצוין, כי במסגרת משפט הביטחון הסוציאלי רשאים גם "עצמאים" להביא את עניינם בפני בית הדין בסוגיות הנוגעות לאותם ענפי ביטוח בהם הם מבוטחים.

⁴ השווה בנושא זה עס"ק 400024/98 הסתדרות העובדים החדשה – האיגוד הארצי לקציני הים – צים חברת השייט הישראלית בע"מ. המשיבים הפורמליים: האיגוד הארצי לימאים דרוגים והסתדרות העובדים החדשה במרחב חיפה. מועצת פועלי חיפה, (טרם פורסם), עבודה ארצי לג(11) 24 פורסם ביום 28.06.2000.

⁵ מ' מירוני, מיהו המעביד- הגדרת יחסי עובד- מעביד בתבניות העסקה מודולריות "עיוני משפט ט' (תשמ"ד) 19

הגדרת המושג "עובד", הן במסגרת משפט העבודה והן במסגרת משפט הביטחון הסוציאלי, איננה סטטית. במרוצת השנים, חלו תמורות משמעותיות באופן הגדרת מושג זה, אשר באו לידי ביטוי במבחנים השונים אשר פותחו בפסיקת בתי הדין לצורך הכרעה בשאלה המעסיקה אותנו והיא, האם משפט העבודה מקנה לפלוני זכויות והגנות. מגמת בתי הדין הייתה ועודנה, לדאוג לכך שגבולות הגדרת ה"עובד" ישתלבו בתמורות שחלו בשוק העבודה ויעודדו צדק חברתי. להלן נעמוד, בקצרה, על ההתפתחויות שחלו במבחנים המשפטיים, פרי הפסיקה לקביעת מעמדו של אדם כ"עובד".⁶

1. מבחן הכפיפות האישית

עד סוף שנות השישים שלט בכיפה **מבחן הכפיפות האישית** (personal subordination). מבחן זה מבוסס על ההנחה, כי המעסיק מפקח על ביצוע העבודה וקובע, בין היתר: מה ייוצר, מה יהיה תפקידו של העובד, כיצד יבצע העובד את העבודה המוטלת עליו, היכן ומתי. האבחנה בין "עובד" ל"קבלן עצמאי" על פי מבחן זה, באה לידי ביטוי בכך, ש"הקבלן העצמאי" קובע ומארגן את עבודתו כרצונו, בעוד ש"לעובד" לא נתונה אפשרות זו. **מבחן הכפיפות האישית** התאים במיוחד למשק שהורכב ממפעלים בהם הועסקו מספר רב של עובדים בעבודה פשוטה, ושהעבודה בהם בוצעה בחצרו של המפעל. דא עקא, דפוס העסקה זה השתנה כתוצאה מתמורות שהתחוללו בשוק העבודה, וביניהן: א) מעבר של שיעור משמעותי מכוח העבודה במפעלים גדולים, בהם נעשתה עבודה פשוטה, לעבודה במפעלים זעירים העוסקים בייצור ספציפי; ב) ירידה בשיעור כוח העבודה בענף התעשייה לעומת עליה במספר העובדים בענפים אחרים, כגון ענף השירותים; ג) עליה במספר בעלי מקצוע; ד) עליה בנפח העבודה שהחל להתבצע מחוץ לחצרי המפעל. כמו כן, מבחן הכפיפות האישית לא התאים למקצועות החופשיים, דוגמת רופאים, רואי חשבון, עורכי דין ומהנדסים. מקצועות אלו מתאפיינים בכך שהעובד הוא שקובע את אופן ביצוע העבודה בעוד שהמעסיק נעדר, לא אחת, את הכישורים הדרושים על מנת לפקח או לשלוט על העובד.

לאור התמורות הללו בשוק העבודה ולאור אי היכולת של **מבחן הכפיפות** לתת מענה לתמורות אלו, התעורר צורך להתאים את **מבחן הכפיפות האישית** והוא הורחב על ידי בית הדין הארצי כך, שנכלל בו גם רכיב ה"כפיפות הניהולית".

זאת ועוד, במשך תקופה קצרה חיפש בית הדין הארצי לעבודה אחר פתרון לפער שבין מבנה המשק לבין הגדרות מושגי המפתח, דוגמת "עובד", באמצעות הדגשת היבט **ביצוע העבודה באופן אישי**. היבט זה מהווה הרחבה נוספת של **מבחן הכפיפות האישית**,⁷ ולפיה מבצע עבודה שמסתייע בעובד אחר, שהועסק על ידו, הוגדר כ"קבלן עצמאי" ולא כ"עובד".

⁶ סקירה רחבה נושא זה ניתן למצוא בספרה של פרופ' ר' בן-ישראל, **דיני עבודה בישראל**, חלק שלישי, פרק ראשון, ייצא בשנת 2001, בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה.

⁷ דב"ע ל/ 3 – 1 רון שמואל – נציגות הבית המשותף ברחוב הפורצים 3, ירושלים, פד"ע א' 42.

זאת, מכיוון שאותו אדם קיבל על עצמו לבצע את העבודה באופן אישי. מנגד, מבצע עבודה הוגדר כ"עובד", במידה וקיבל על עצמו לבצע את העבודה באופן אישי מבלי שיהיה רשאי, או חייב, להסתייע בעוזר שימומן מכיסו.

2. מבחן ההשתלבות

משמבחן הכפיפות האישית "המשופר" לא נתן מענה מספק לתבניות ההעסקה שהתפתחו בשוק העבודה של שנות השבעים, אימץ בית הדין הארצי את "מבחן ההשתלבות" ויישמו עד לשנות השמונים. מבחן זה מורכב משני פנים- האחד חיובי והשני שלילי.⁸ במסגרת הפן החיובי של המבחן, נבדקת השאלה האם מבצע העבודה משתלב בעסקו של נתן העבודה? ככלשהתשובה לשאלה הראשונה חיובית, נבדק ה"פן השלילי" של המבחן, כלומר, האם מבצע העבודה מנהל עסק עצמאי משלו? הלורד דנינג עמד על מבחן זה בכותבו:

"Under a contract of service, a man is employed as part of the business and his work is done as an integral part of the business; whereas under a contract for services, his work, although done for the business, is not integrated into but is only accessory to it".⁹

בג"צ אימץ אף הוא את **מבחן ההשתלבות**, כמאמר הנשיא ברק:

"מבחן ההשתלבות אשר פותח בבית הדין לעבודה הוא מבחן מרכזי לקביעת קיומם של יחסי עבודה. הוא מהווה תרומה חשובה של מדע המשפט הישראלי בכלל, ושל בית הדין לעבודה בפרט, לחשיבה בנושא זה. הוא מתגבר על הקשיים שבמבחן השליטה – המקובל בדיני המזיקין – גורם, בעיקר לעניין עובדים מקצועיים. הוא גמיש דיו כדי לכלול בחובו את השיקול בדבר קיום יחסי כפיפות (subordination) – המקובלים כמבחן המרכזי במשפט הקונטיננטלי, ואת ההתחשבות במציאות הכלכלית – המקובלת במשפט האמריקני...."¹⁰

3. המבחן המעורב

במרוצת 15 השנים מעת שאומץ, ושבהן הופעל **מבחן ההשתלבות**, הלכו ורבו המקרים בהם מבחן זה לא סייע עוד בסיווג תבניות ההעסקה החדשות. משהתגלו קשיים בהגדרת מושגי יסוד, כגון "מפעל" או "עסק", ורבו המקרים בהם השימוש ב**מבחן ההשתלבות** לא סייע להתגבר על עמימות מושגית זו, הרחיב בית הדין הארצי לעבודה את **מבחן ההשתלבות** ויצר את "**המבחן המעורב**". מבחן זה החיל בקרבו את **מבחן ההשתלבות** המסורתי ובנוסף, אימץ מבחני משנה נוספים כגון: כפיפות; הסכמת הצדדים לגבי אופן ההעסקה; אופן ביצוע ניכוי מס

⁸ דב"ע לא/27 – 3 עיריית נתניה – דוד בירגר, פד"ע ג' 177; בג"צ 123/81 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' בית הדין הארצי, פ"ד לו (1) 423; בג"צ 5168/93 שמואל מור נ' בית הדין הארצי, פ"ד נ (4) 628.

⁹ *Stevenson, Jordan and Harrison Ltd. V. Macdonald and Evans*, [1952] 1 ALL ER 101, 111.

¹⁰ בג"צ 5168/93 שמואל מור נ' בית הדין הארצי ואח', פ"ד נ (4) 628, 650.

ההכנסה והתשלומים לביטוח לאומי ולמס ערך מוסף; ביצוע העבודה באופן אישי וכיוצא באלה.¹¹ עם זאת, נותר **מבחן ההשתלבות** המבחן המרכזי מבין מכלול מבחני המשנה שמצאו את ביטויים במבחן המעורב.

יתרונו המרכזי של המבחן המעורב מתבטא בגמישותו הרבה. גמישות זו מותירה לבית הדין מרחב תמרון המאפשר התחשבות בדינמיות המאפיינת את יחסי העבודה ועריכת איזון בין הגורמים המשפיעים על מהות היחסים בין מבצע העבודה ומקבל העבודה. המבחן המעורב ממשיך לשמש את בתי הדין לעבודה כיום.

III. הערכה מחודשת של המבחן לקביעת מעמדו של מבצע עבודה

במרוצת השנים האחרונות, נאלץ בית הדין להגדיר אמות מידה חדשות לקביעת מעמדו של מבצע עבודה ומקבל עבודה ומכאן, להחלת ההגנות הקבועות במשפט העבודה וזאת, ממספר טעמים, כדלהלן:

1. הטעם הראשון – טעם זה, הנזכר לעיל הוא, שבתי הדין לעבודה התקשו לא אחת ביישום המבחנים הקיימים, לרבות 'המבחן המעורב'.

2. הטעם השני – טעם זה מתבסס על העובדה שהתרבו מספר העובדים המועסקים בתבניות העסקה בלתי שגרתיות, דוגמת: מיקור-חוץ (outsourcing); עבודה בבית; עבודה חלקית (part time work); עבודה של עובד אחד המועסק במספר מקומות עבודה; עבודה ארעית או זמנית (casual work); עבודה בזמן גמיש (flexitime); גמישות תפקודית (functional flexibility)¹²; העסקה באמצעות חברות כוח אדם; העסקת עובדים זרים; העסקה באמצעות חברת יחיד, עבודת תקשורת מיוחדת (telework), ועוד.

תבניות העסקה מגוונות אלה מספקות כר נרחב לניסיונות מעסיקים להערים על המערכת המשפטית ובכך לשלול ממבצע העבודה את ההגנות הקבועות במשפט העבודה. דוגמא לניסיון שכזה, ניתן למצוא בהעסקת "עובדים" בתקן של "קבלן עצמאי". לצד האמור, התרבו מספרם של העובדים העצמאיים המנהלים עסקים זעירים אולם, בפועל, תלויים משך תקופה ארוכה במקבל העבודה ולמעשה, דומים בהיבטים רבים ל"עובדים" ממש.

3. טעם שלישי – טעם זה מבוסס על תמורה רבת משמעות נוספת והיא המעבר שהתרחש בשוק העבודה בשנות השמונים, ממשק בשליטת השלטון המרכזי, בו רוב כוח העבודה הועסק במגזר הציבורי ובמגזר ההסתדרותי, למשק מערבי תחרותי, בו רוב כוח העבודה מועסק על ידי המגזר הפרטי.

¹¹ ראה: מ' גולדברג, "עובד ו'מעביד' - תמונת מצב", עיוני משפט, כרך י"ז, תשנ"ב, 19.

¹² היינו – מבצע עבודה אשר יכול לבצע מטלות ותפקידים שונים באותו מפעל.

4. הטעם הרביעי – טעם זה מתבסס על כך, שהתגלו במשק העבודה תופעות חברתיות שליליות ומדאיגות. במסגרת הדיון בטעם זה, נעמוד על שתיים מהתופעות הללו:

א. היווצרותם של קשרי עבודה בלתי צודקים (unjust work relationships) המובילים לניצול. קשרים מעין אלו שכיחים במיוחד בקרב קבוצות עובדים חלשות, דוגמת: עובדים זרים, נשים, עובדים בלתי מקצועיים, עולים חדשים, מיעוטים, אנשים עם מוגבלות ודומיהם. כמו כן, שכיחים קשרי עבודה אלה בקרב ענפי העסקה שלמים, כגון, ענף התקשורת, שבו נוצרו תבניות עבודה, מהסוג של "המשתתף החופשי" שגרמו לפגיעה קשה בתנאי עבודתם ולעיתים באיכות עבודתם של מבצעי העבודה. לאור האמור, נוצר מצב שבו הקבוצות הזקוקות באופן המשמעותי ביותר להגנה שמקנה משפט העבודה אינן זוכות לה.

ב. היווצרותו של חוסר שוויון כלכלי וחברתי בין השכבות הסוציו-אקונומיות הנהנות מהכנסה גבוהה לבין השכבות הסוציו-אקונומיות המשתייכות לרובדים הנמוכים מבחינת הכנסה. אי שוויון זה בולט במיוחד בקרב קבוצות העובדים המוגנות על ידי משפט העבודה, לבין הקבוצות שאינן זוכות להגנה בצלו. תופעה זו הובילה למה שמכנה פרופ' רוברט פרימן "עובדים עניים" (working poor).¹³ מצב דברים זה והבעיות הנובעות ממנו תוארו בספרה של פרופ' רות בן-ישראל, **דיני העבודה בישראל**¹⁴ בהאי לישנא:

"התפתחות שוק העבודה פיתחה דפוסי עבודה בלתי שגרתיים של העסקה במשרה חלקית, ארעית או גמישה. מבצעי עבודה אלה נתפסים אמנם כעובדים (שכירים), אבל חרף זאת מעמדם כעובדים (שכירים) הינו שונה. העסקתם במעמד זה הינה שונה בכך שנעלם מדפוסי עבודתם או שונה אלמנט הבלעדיות, והתלות הכלכלית. בלעדיות ההעסקה שלהם אינה מאופיינת בכך שהם מועסקים על ידי מעביד אחד בלבד. נהפוך הוא, הם עשויים להיות מועסקים בו זמנית על ידי כמה מעבידים. נותרה להם בלעדיות העסקה במשמעות של עמידה לרשות המעביד בלבד בזמן ביצוע העבודה. גם התלות הכלכלית שלהם השתנתה. הם תלויים כלכלית מבחינת מעמדם, אבל הם לא תלויים כלכלית במעביד מסוים. גם המעמד שלהם כעובדים (שכירים) הינו שונה מבחינת סל הזכויות שהוא משקף. העובדה שתבנית העסקתם היא חלקית ובלתי רצופה וכתוצאה הם מועסקים על ידי מעסיקים שונים בתקופות זמן שונות יוצרת מציאות שהם לא יכולים לצבור אצל מעביד מסוים זכויות. חסר זה הינו משמעותי במיוחד לאור דרך הבטחת הזכויות בחקיקת המגן. חקיקה זו מתנה את הזכאות לזכויות המוגנות בתקופת אכשרה שעובדים המועסקים בדפוסים גמישים ובלתי שגרתיים אינם יכולים לצבור או שהיקף

¹³ ראה ספרו של כלכלן העבודה מאוניברסיטת הרווארד, ריצרד פרימן, Beacon, The New Inequality - the working poor, Press, 1999 (Richard Freeman).

¹⁴ דיני עבודה בישראל, חלק שלישי, פרק ראשון, ייצא בשנת 2001, בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה.

הזכות ושיעורה הם פועל יוצא מהוותק במקום העבודה. יתרה מזאת, יש דעה שמעביד צריך לממן זכויות חברתיות של עובדים (שכירים) המועסקים בתבניות העסקה מסורתיות ושגרתיות, כי הוא נהנה מעבודתם של אלה במשך תקופת זמן ארוכה ומתמשכת. אבל, כלפי עובדים (שכירים) ארעיים, זמניים או המועסקים במשרה חלקית, המחויבות שלו להבטיח את זכויותיהם האמורות נחלשת. כלומר, שפיתוח וגיבוש תבניות העסקה בלתי שגרתיות וגמישות אלה יצרה שני סוגים של עובדים (שכירים): אלה הנהנים מסל זכויות מלא ואלה הנהנים מסל זכויות מצומק יותר".

בית הדין הארצי לעבודה ובג"צ התמודדו עם הבעיות הנובעות מתבניות העבודה החדשות ופיתחו מספר תורות משפט המיועדות לספק להן תשובה חברתית נאותה.

IV. התמודדות הפסיקה עם יחסי עבודה משולשים

במספר מקרים, נדרש בית הדין הארצי בפסיקתו למצבים בהם נוצרו יחסים משולשים. דהיינו, יחסים בהם בנוסף לשני הצדדים המסורתיים לקשרי העבודה - מבצע העבודה ומקבל העבודה - נוסף גורם שלישי. למשל: מבצע עבודה, חברת כוח אדם ומקבל העבודה. במקרים מעין אלה הגדירו בתי הדין הן את מקבל העבודה והן את מי ששלח את העובד כ"מעביד משותף". כן נפסק, כי בנסיבות בהן יחסי העבודה בין הצדדים אינם ארעיים, הופך מקבל העבודה למעסיקו של מבצע העבודה. כך, בפרשת **אסנת דפנה לוין**¹⁵ בה נדונה עניינה של עובדת אשר עבדה תקופה ממושכת אצל מקבל העבודה וזה האחרון הפסיק את ההתקשרות בין הצדדים, ו"השיב" את העובדת לרשות חברת כוח האדם, אשר הייתה מוכנה לספק לה עבודה אחרת. למרות נכונות זו נפסק, כי בנסיבות אלה תחשב העובדת למפוטרת, לצורך הזכויות המוענקות מכוח ענף ביטוח אבטלה. לאחרונה, נדונו על ידי בית הדין הארצי, בפרשת **אילנה לוינגר**¹⁶, יחסים משולשים בשירות הציבורי וזאת, במסגרת מתן צו ביניים כנגד הפסקת עבודת מבצעת העבודה לאחר כעשרים שנות עבודה, באותו מקום עבודה.

בדומה, בפסק הדין בפרשת **הקיבוץ הארצי**¹⁷ הוטלו החובות המוקנות מכוח משפט העבודה הן על מקבל העבודה והן על מי שמספק אותה. באותה פרשה נפסק על ידי בית הדין הארצי לעבודה, כי מקבל העבודה וה"קבלן העצמאי" (ספק העובדים) הם "מעבידים במשותף". בהעדר אפשרות לתבוע שכר עבודה מהקבלן עצמו, נתאפשר לעובדים לתבוע את שכר העבודה ממקבל העבודה. פסק דין זה ניתן בעקבות פסק הדין בפרשת **כפר רות**¹⁸ והעיקרון שעומד בבסיסו מהווה הרחבה של המושגים המוכרים לעניין זה בפסיקה דוגמת: "מעבידים במאוחד", "מעבידים במשותף" ו"מעבידים במקביל"¹⁹.

¹⁵ דב"ע נה/ 109 - 02 אסנת דפנה לוין - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כ"ט 326.

¹⁶ עע 00189/00 אילנה לוינגר - מדינת ישראל ואת' (טרם פורסם, ניתן ביום 27.9.2000).

¹⁷ דב"ע נד/ 96 - 3 מ.ב. תשלובת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ - ח'ליל עבד אל רחמן עאבד ואת', פד"ע כ"ט 151.

¹⁸ דב"ע נב/ 142 - 3 חסן עליאה אלהרינאת - כפר רות, פד"ע כ"ד 535, 541.

¹⁹ ראה מאמרו של מ' גולדברג "עובד ומעביד" - תמונת מצב, עיוני משפט, י"ז, (תשנ"ב), 59 - 62.

המכנה המשותף בפסיקה המוזכרת לעיל הינו, העדר השלמה עם שלילת ההגנות שמקנה משפט העבודה למבצע עבודה אישית, רק בשל היווצרותן של תבניות העסקה בלתי שגרתיות או שונות מאלה שהיו מוכרות קודם לכן. בנוסף, מדגישה ההלכה הפסוקה את הצורך להעניק זכויות, מכוח משפט העבודה, למבצע עבודה אישית המועסק במשך תקופה ממושכת אצל אותו מקבל עבודה. עם זאת, טרם הכריעה הפסיקה באופן מקיף וחד משמעי בשאלת היקף חובותיו וזכויותיו של מבצע עבודה אישית במקרים מסוג אלה.

V. הענקת זכויות והגנות של משפט העבודה המגן למי שאינו נכלל בהגדרה של "עובד"

דרך נוספת להתמודד עם תבניות ההעסקה החדשה ותופעות החברתיות החמורות שהתגלו בשוק העבודה בשנים האחרונות בעטין היא, הענקת זכויות והגנות מכוח משפט העבודה המגן למי שלא הוגדר "עובד" על-פי המבחנים המקובלים. לשיטתי, במקרים מסוימים ניתן להחיל חלק מעקרונות משפט העבודה על ענפים נוספים של המשפט, לרבות המשפט המסחרי. הדבר נעשה זה מכבר בחקיקה ובהמשך אצביע על טעמים התומכים בעמדתי זו.

1. חקיקה ישראלית

המחוקק הישראלי הכיר מפורשות במספר דברי חקיקה, במצבים בהם הוטלו חובות והוענקו זכויות המוקנות, דרך כלל, ל"עובד" גם למבצע עבודה שאינו בגדר "עובד". בה במידה, הוטלו חובות המוטלות, דרך כלל, על מעסיק גם על מי שאינו מעסיקו של מבצע העבודה. להלן אמנה מספר דוגמאות:

א. **חקיקת הבטיחות בעבודה**²⁰ מטילה אחריות לבטיחותו של מבצע עבודה באתר או במפעל, על מי שמחזיק או מנהל מפעל, אף אם אינו מעסיקו של מבצע העבודה.

ב. סעיף 9א(א) **לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א – 1951** (להלן: **חוק שעות עבודה ומנוחה**) אוסר על בעל בית מלאכה לעבוד במנוחה השבועית בבית מלאכתו, אוסר על בעל מפעל תעשייה לעבוד במפעלו ואוסר על סוחר ובעל חנות לעבוד בחנותו. הווה אומר, החוק מעניק הגנה מכוח משפט העבודה ל"עצמאים". יתרה מזו, סעיף 9א(ב) **לחוק שעות עבודה ומנוחה** מעניק הגנה מכוח משפט העבודה לחברי אגודה שיתופית.

ג. **החוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח – 1998** מטיל אחריות על מעסיק בגין הטרדה מינית של ממונה מטעמו שאינו עובד (סעיף 7(ג) **לחוק**). כמו כן, מעניק החוק הגנה כנגד הטרדה מינית על ידי מעסיק לאנשים מסוימים הנמצאים במקום העבודה, אך אינם עובדי המעסיק, כגון

²⁰ בעיקר: פקודת הבטיחות בעבודה, [נוסח חדש], תש"ל – 1970, דמ"י, תש"ל 337; חוק ארגון הפיקוח העבודה, תשי"ד – 1954.

עובדי קבלני כוח אדם (סעיף 9 לחוק). בדומה, לצורך החוק, מורה או מרצה נחשבים "מעסיקים" ותלמידים וסטודנטים נחשבים "עובדים" (סעיף 7(ז) לחוק).²¹

ד. ביטוי למגמות אלה ניתן למצוא גם בהוראותיהם של שני חוקים נוספים:
 [1] **חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם (תיקון), התש"ס – 2000**, בו נקבע בסעיף 2, כי עובד של קבלן כוח אדם לא יועסק אצל מעסיק בפועל תקופה העולה על תשעה חודשים רצופים, ואילו בסעיף 3 לחוק נקבע, כדלקמן:

"3. במקום סעיף 13 לחוק העיקרי יבוא:
 13(א). תנאי העבודה, ובמקום שיש בו הסכם קיבוצי – הוראות ההסכם הקיבוצי, החלים על עובדים במקום העבודה שבו עובדים גם עובדי קבלן כוח אדם, יחולו, לפי העניין, על העובדים של קבלן כוח האדם המועסקים באותו מקום עבודה, בהתאמה, בין היתר, לסוג העבודה ולותק בעבודה אצל המעסיק בפועל.
 (ב)...".

[2] **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 7), התשס"א – 2001**, בו נקבע בסעיף 2 כדלקמן:

"2. בסעיף 2 לחוק העיקרי –

(1) אחרי סעיף קטן (א) יבוא:

"(א1) לא יפלה מעסיק בפועל בין עובדים של קבלן כוח אדם המועסקים אצלו, וכן לא יפלה בין מועמדים לעבודה אצלו שהופנו אליו על ידי קבלן כוח אדם בכל הקשור לקבלה לעבודה, להפסקת עבודה ולתנאים במקום העבודה, והכל מחמת הטעמים המפורטים בסעיף קטן (א).
 (2) מעסיק בפועל לא יציע לקבלן כוח אדם, לא יבקש ולא ידרוש ממנו להפלות כאמור בסעיף קטן (א) בין קבלן כוח אדם המועסקים אצל המעסיק בפועל או בין המועמדים לעבודה...."

ה. נוסף על האמור, ישנם ענפים מסוימים בחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשנ"ה – 1995 (להלן: **חוק הביטוח הלאומי**) החלים גם על עצמאים או על מי שאינם נופלים בגדר "עובד".

זאת ועוד, על הענקת זכויות של עובד למבצע עבודה שאינו עובד, כאמור לעיל, יש לציין את התוצאה המעשית של יישום מבחן התכלית, על פיו אותו מבצע עבודה יכול ליהנות מהזכויות וההגנות המוענקות ל"עובד" מכוח חוק עבודה מגן אחד, אך לא להיחשב כ"עובד" מכוח חוק מגן אחר.

אף בפסיקה של בית המשפט העליון ניתן לאתר ניצנים של הענקת זכויות, שנקבעו במשפט העבודה, למבצעי עבודה שאינם נחשבים כ"עובדים" אלא כ"עצמאים" או "קבלנים". בדומה,

²¹ ראה גם: תקנות למניעת הטרדה מינית (חובות מעביד), תשנ"ח – 1998.

בפרשת טרום שביט ²² חויב מקבל עבודה לשלם פיצויי פרישה למבצע עבודה, מבלי שבית המשפט הכריע אם מדובר ב"עובד" או "עצמאי".

2. החקיקה במדינות הים

המחוקק הישראלי אינו ניצב בגפו בהחלטתו להעניק זכויות והגנות מכוח משפט העבודה למבצע עבודה שאינו נפל בגדר "עובד". כאמור, הדבר נעשה במדינות מערביות שונות. להלן יתואר, בקצירת האומר, הדין הנוהג בחלקן.

א. הממלכה המאוחדת

בבריטניה הוענקו זכויות למבצעי עבודה שאינם "עובדים" או שאינם עובדים של בעל המפעל או מנהל המפעל, בו מבוצעת העבודה. זאת, במסגרת חקיקת הבטיחות בעבודה והחקיקה האוסרת על הפליה במקום העבודה. יתרה מזו, בתי המשפט האנגליים העניקו זכויות מכוח חוקי העבודה המגן לסוגים של מבצעי עבודה שביניהם לבין מקבל העבודה התפתחה תלות כלכלית. על כך כתבה פרופ' ג'יליאן מוריס את הדברים הבאים:

“Quasi-Dependent Labour

The uncertainty created by the common law texts for defining employee status has led to a number of specific, ad hoc extensions of the scope of protective legislation. Those affected include apprentices and trainees; self-employed workers who are economically dependent on the business of another; home-workers; and agency workers. These individuals are employed – they do not have their own businesses – without necessarily being subordinated workers according to the criteria examined above. Because of this, and because they are treated as being equivalent to employees only for certain purposes, the term ‘quasi-dependent labour’ may be used to refer to this group.” ²³

ב. המשפט הגרמני

המשפט הגרמני הרחיב אף הוא את הזכויות וההגנות מכוח משפט העבודה למבצעי עבודה אישית, אשר אינם "עובדים" על פי המבחנים הקלאסיים במשפט העבודה. כך, בסעיף 84 לקודקס המסחרי הגרמני (commercial code) נקבעה חזקה, לפיה מבצע עבודה אשר חופשי לארגן את עבודתו הינו "קבלן עצמאי". המבחן העיקרי בו עושה המשפט הגרמני שימוש על מנת להבחין בין "עובד" לבין "עובד עצמאי" הוא ההבחנה בין personal freedom (לדוגמה: "המשתתף החופשי") לבין personal subordination (הכפיפות האישית). משכך, הגדרתו של "עובד" במשפט הגרמני היא, כדלקמן:

“an employee is a person who is obliged to work for someone else on the basis of a private contract in a relationship of personal subordination... Among the criteria developed by the Federal Labour Court in order to define the notion ‘employee’ are the following: the enterprise expects the individual to be always ready to accept new tasks; the individual is not free to refuse tasks offered by the enterprise; the individual is to a certain extent integrated in the

²² ע"א 5656/92 טרום שביט בע"מ ויהושע שביט נ' מ.ל.ט. בע"מ, דינים עליון, כרך מ' 321.

²³ S. Deakin and G. Morris, **Labour Law**, Butterworths, second edition, 1998, pp.171.

organizational structure of the enterprise or the time required by the individual for performing the tasks is significant.”²⁴

יחד עם זאת, יצר המשפט הגרמני מעמד חדש של מבצע עבודה שאינו "עובד" ואינו "עצמאי", אלא "מעין עובד" או "דמוי-עובד" ואף העניק לו מספר זכויות והגנות מכוח משפט העבודה. על כך אמר פרופ מ' וייס את הדברים הבאים:

“... the dichotomy between the self-employed, who are excluded from labour law, and employees, who are fully covered by labour law, was never accepted as a satisfactory solution in Germany. This is why a third category was invented, to classify persons who are self-employed but whose economic situation nevertheless resembles that of an employee much more than that of a self-employed person. The individuals in this group of so-called persons ‘akin to employees’ are supposed to be covered by at least some rules and principles of labour law. The criterion used to distinguish this group from other self-employed persons is ‘economic dependency’. Persons in this group have access to the labour courts. However, they are not covered by the core of protective rules, such as the statute on job security. And they are not covered, either, by the system of social security.”²⁵

ג. מדינות האיחוד האירופי

את הדין במדינות האיחוד האירופי סיכם הפרופ' פאול דיוויס, כאשר הסביר את המגמה העומדת בבסיס החקיקה השואפת להרחיב במקצת את ההגנות והזכויות מכוח משפט העבודה על מבצעי עבודה שאינם עובדים על פי המבחנים המקובלים בכל מדינה:

‘... the main point is that for the foreseeable future extension of labour law to dependent contractors is likely to continue to occur on a category by category basis...
Finally, extension might take the form of designing a separate regime of protection for particular categories of self-employed workers, based in part on labour law ideas, but without extending the whole or any part of extant labour law to that category of self-employed....
...Directive 86/653/EEC on self employed commercial agents. This Directive creates a legal regime which is clearly independent of labour law but which nevertheless is in places strongly influenced by labour law notions, such as the requirement for minimum remuneration, the creation of notice periods for termination and provisions for the payment of indemnities or compensation upon termination of the agency. The advantage of this approach is that it permits designers of the protective regime to draw on the fundamental principles of labour law but to tailor the specific rules to the specific situation in which the particular group of the self-employed fund themselves. Its disadvantage is that it calls for a much greater input of legislative design effort than would be the case if a straightforward extension of existing norms were envisaged....
For this reason it is likely that reform will take the path of extending some or all of the existing labour law norms to some or all categories of dependent contractors. As we have noted above, this method of approach is already well established in all European systems, and it seems to be on the increase. Thus, in the UK a major development in the substantive scope of labour law has been the recent introduction of a National Minimum Wage by an Act of 1998. Although a major substantive innovation, the personal scope of the Act has not been confined to employees, as caution might have indicated. Rather the Act is explicitly applied to agency workers and home workers (in the latter case, be it noted, whether they personally undertake to perform work or not) and to any person who undertakes personally to perform work or services (unless the recipient of the work or services is a client or customer of a profession or business carried on by the worker) [**National Minimum Wage Act 1998**, ss. 34, 35, and 54 and the **National Minimum Wage Regulations, 1999**, reg 2]. Finally, the Act gives the government power to

²⁴ Professor Manfred Weiss, Annotation on German case, **International Labour Law Reports**, vol 17, 1999, Martinus Nijhoff/Kluwer, pp. 43 – 44.

²⁵ Professor Manfred Weiss, Annotation on German case, **International Labour Law Reports**, vol. 17, 1999, Martinus Nuhoff/Kluwer, pp. 44.

extend the legislation to any individual who would not otherwise fall within the scope of the Act. A similar approach has been taken in the implementation in the UK of the Working Time Directive. We have already noted that the anti-discrimination rules in the UK apply beyond the traditional category of the employee...

On the other hand, it has also been suggested above that it is unlikely that there will be a wholesale extension of labour law rights to the dependent self-employed, if only because distinguishing the dependent from the independent self-employed is likely to be as difficult as distinguishing the employed from the self-employed, and running the risk of catching the users of the services of the independent self-employed in the full scope of the labour law net is not likely to be a risk that many governments will wish to run....”²⁶

לשם המחשה, **חוק שכר המינימום האנגלי** חל לא רק על "עובדים" כי אם גם על מבצעי עבודה אישית, שאינם "עובדים".²⁷

ד. המשפט הקנדי

החוק הקנדי מעניק לאומנים, שהם "משתתפים חופשיים" או "עצמאיים" את הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי באמצעות ארגוני עובדים המייצגים את העובדים המבצעים את אותה עבודה. חוק זה הקל על אותם מבצעי עבודה להתארגן ולנהל משא ומתן קיבוצי לשיפור מעמדם וכוחם.²⁸ יצוין, כי מבחן התכלית נהג במשפט הקנדי, אולם הוא אינו מיושם בכל מחוזות המדינה ואף לא על ידי אותם בתי משפט בכל המקרים.²⁹

לסיכום, בדין האנגלי, הגרמני והקנדי, כפי שתוארו בקצרה לעיל, ישנם מקרים בהם הכיר המחוקק בהענקת זכויות והגנות מוגבלות, מכוח משפט העבודה, למבצעי עבודה אישית, שאינם נופלים בגדר "עובדים" אך פיתחו תלות כלכלית במקבל העבודה, ועל פי תכליתו של חוק עבודה מגן מסוים, יש הצדקה לעשות כן.

VI. הענקת זכויות והגנות של משפט העבודה באמצעות מבחן התכלית הפסקתי

²⁶ Prof. Paul Davies, "Wage Employment and Self-Employment – A Common Law View", **Reports to the 6th European Congress for Labour Law and Social Security**, September 1999, pp165, 188-190)

²⁷ **"National Minimum Wage Act 1998**

1... (2) A person qualifies for the national minimum wage if he is an individual who – (a) is a worker; (b) is working, or ordinarily works, in the United Kingdom under his contract...

.....
(1) 54In this Act“ employee” means an individual who has entered into or works under ... a contract of employment. ...

(3)In this Act“ worker” ... means an individual who has entered into or works under ... (a) a contract of employment; or (b) **any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual”.**

(4)In this Act“ employer” ... means the person by whom the employee or worker is ... employed”.

(5)In this Act“ employment” – (a) in relation to an employee, means employment under a contract of employment; and (b) in relation to a worker, means employment under his contract”.(ההדגשה אינה במקור - א.א.).

²⁸ **The Status of the Artist Act**, 1992, S.C. 1992, c. 33.

²⁹ B. Langille and G. Davidov“ ,Between Employees and Independent contractors: A View from Canada”, to be published, fn 28, 29.

מבחן התכלית אומץ במשפט הישראלי לצורך פירוש חקיקת היסוד, החקיקה הראשית, חוזים ועוד. יתרה מזו, מבחן התכלית אומץ במשפט העבודה והביטחון הסוציאלי, אולם, טרם הוכרע היקפו של אימוץ המבחן. לגישתי, אימוץ כללי הפרשנות התכליתית במשפט הישראלי הכללי, מחייב את אימוצם גם במסגרת משפט העבודה.

מבחן התכלית בוחן את השאלה האם זכאי מבצע עבודה לזכויות המוקנות מכוח משפט העבודה ומשפט הביטחון הסוציאלי על פי תכליתו של כל ענף **בחוק הביטוח הלאומי**, ובמקרים מסוימים על פי החוק, שמכוחו נדרשות הזכויות. נציין כבר בתחילת הדיון במבחן זה, כי הוא אינו הכלל וכי ייעודו הינו להתגבר על אותם מקרים קשים ונדירים, בהם הפנייה למבחן ההשתלבות או למבחן המעורב איננה נושאת פרי. מבחן התכלית מבוסס על כלל בסיסי בפרשנות חוקים, על פיו משמעות מלה או מושג בחוק תיקבע בהתאם להקשר הדברים ולתכליתם. מאחר והמושג "עובד" מופיע בהקשרים שונים בחוקים שונים, ייתכן, כי יוגדר באופן שונה בכל ענף משנה של משפט העבודה ולעיתים רחוקות אף בכל חוק. כך, לדוגמה, מבצע עבודה יכול להיחשב כ"עובד עצמאי" לצורך משפט העבודה, אך יחולו עליו ההגנות והזכויות שנקבעו **בחוקי הביטוח בעבודה**. כלומר, החקיקה והפסיקה מגדירות את המונח "עובד" באופן שונה בכל אחד מענפי המשפט. בדומה, הגדרתו של המונח "עובד" שונה בדיני הנזיקין ³⁰ בדיני העונשין ³¹ ובדיני המסים ³² מהגדרתו של המונח "עובד" במשפט העבודה פנימה. ³³

בפסק דין סרוסי אימץ בית המשפט העליון את מבחן התכלית בתחום **הביטוח הסוציאלי**, כמבחן שייעודו להתגבר על אותם מקרים נדירים, בהם לא ניתן ליישם את **מבחן ההשתלבות** או את **המבחן המעורב**. **בפסק דין מור** התייחס הנשיא ברק למבחן התכלית כאמצעי להתמודדות עם תבניות ההעסקה בלתי שגרתיות **במשפט העבודה** בקובעו: ³⁴

"הפסיקה הכירה בכך כי לדיבור 'עובד' אין משמעות אוניברסלית ... עם זאת, בית הדין לעבודה נמנע מלהפעיל גישה זו בכל הנוגע למשמעות המושג 'עובד' במסגרת החוקים השונים העוסקים בדיני העבודה והביטוח הסוציאלי. ... יהא מקום לשקול בעתיד, לשם עידונו ושכלולו של המבחן המעורב והפעלתו במקרי הגבול הקשים, אם אין מקום להכיר בסוגים שונים של עובדים במסגרת דיני העבודה והביטוח הסוציאלי. ניצנים ראשונים לכך ניתן למצוא כבר בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה עצמו (ראה: **דב"ע נד/ 96 – 3 מחלקת הבנייה של הקיבוץ הארצי בע"מ – רחמן עבאד ואח'**, פד"ע כ"ט 151; דב"ע נה/ 109 – 02 דפנה לזין – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כ"ט 326)..."

בדנג"ץ סרוסי ³⁵ נקבע על ידי בג"צ, כי נבחר ציבור, סגן וממלא מקום ראש המועצה המקומית, המכהן בתפקידו מכוח חוק אך מקבל שכר, ייחשב ל"עובד" לצורך ענף ביטוח

³⁰ ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ניסים ואח', פ"ד לה (4) 748, 758

³¹ ע"פ 288/81 קישלס נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (2) 617, 623; ע"פ 624/81 וינטראוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 376, 379

³² ע"א 5378/90 התאגדות לתרבות גופנית, הפועל טבריה נ' פקיד השומה טבריה, פ"ד מח (2) 416, 427.

³³ ראה: מ' גולדברג, "מיהו 'עובד' ומי מעבידו – עיקן אי-הוודאות", **קריית המשפט**, כרך א' התשס"א – 2001, 259, 264.

³⁴ בג"צ 5168/93 שמואל מור נ' בית הדין הארצי ואח', פ"ד נ(4), 628, סעיף 10 לפסק הדין

³⁵ דנג"צ 4601/95 סרוסי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה והמוסד לביטוח לאומי, פ"ד נ"ב (4) 817.

אבטלה. לשיטתו של בג"צ, סגן ראש רשות מקומית משולב ב"מפעלה" של המועצה, אינו מנהל עסק עצמאי ועל כן אין לשלול ממנו ביטוח אבטלה, אך בשל העובדה שתנאי עבודתו נקבעו בדין ולא בחוזה. תכליתו של ענף ביטוח אבטלה **בחוק הביטוח הלאומי** מחייבת הבטחת קיומו בכבוד של נבחר ציבור שכהונתו נפסקה והוא אינו מסוגל למצוא עבודה חלופית וכתוצאה מכך איבד את פרנסתו ורמת חייו נפגעה.³⁶ מנגד, אין להחיל על נבחר הציבור הגנות אחרות מכוח משפט העבודה כגון **חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג – 1963**; איסור הפסקת כהונתה של נבחרת ציבור אך בשל היותה הרה (סעיף 9 **לחוק עבודת נשים, תשי"ד – 1954**), או את הוראות ההסכם הקיבוצי החל על עובדי מקום עבודתו (ראה סעיף 10 לחוות דעתו של השופט מ' חשין). הדרך ליישום **הלכת סרוסי** פורטה על ידי השופטת ט' שטרסברג-כהן, כך:

"... אין לתת למונח 'עובד' משמעות גלובלית-אוניברסלית לכל עניין ולכל מטרה. דעתי היתה והינה גם היום – ועל כך גם חבריי אינם חולקים – כי ניתן לתת למונח מסוים ו'עובד' בכלל זה, הגדרות שונות ומשמעותיות שונות בחוקים שונים ואף באותו חוק עצמו, למטרות שונות והכל בהתאם לתכלית הנלמדת ממלותיו של החוק, מן ההיסטוריה החקיקתית שלו, מהקשריו ומסביבתו הטבעית...".³⁷

אשר לבעלי מעמד, דוגמת נבחרים, המתמנים על פי חוק (כגון, שופטים, חיילים ושוטרים) ברי, כי ניתן ליישם לגביהם את מבחן התכלית רק אם לא נקבע אחרת בחוק אשר העניק להם את מעמדם.³⁸ ברוב המקרים התייחס המחוקק במפורש לשאלת מעמדם (לרבות ענייני הפסקת עבודתם, הסדרי פנסיה, משמעת וכו') בחקיקה.

נציין, כי חילוקי דעות התעוררו בנוגע לשאלה, האם יש ליישם את מבחן התכלית במובן זה שתקבע תכלית אחת **לכלל חוקי העבודה והביטחון הסוציאלי**, או שמא עלינו לבחון בנפרד כל חוק וכל ענף של **חוק הביטוח הלאומי** כדי לקבוע את תכליתו? במלים אחרות, האם אדם יכול להיחשב "עובד" לצורך חוק מגן אחד (כגון: **חוק הגנת השכר**) ו"עצמאי" לצורך חוק מגן אחר (כגון: **חוק פיצויי פיטורים**). זאת ועוד, האם יש מניעה שכפי שהמונח עובד מוגדר באופן שונה בענפי משפט שונים, כך הוא יוגדר באופן שונה במשפט העבודה פנימה? בדונו בסוגיה זו, קבע בית הדין הארצי כלל **בפרשת דין חיימוביץ**, לפיו "עובד" הוא כזה לכל דבר ועניין במשפט העבודה, ועל כך נאמר:

"למונח 'עובד' במשפט הכלל ובמשפט העבודה בפרט, בפי משפטן לעניין המשפט, ובפי אלה העושים בתחום יחסי העבודה לעניין יחסי עבודה – משמעות 'מקצועית' בבחינת 'טרמינוס טכניקוס'.... לא מצאנו, לא בהלכה ולא בפסיקה, כי יתנו למונח 'עובד' משמעות משתנה מחוק לחוק. אמת נכון הדבר: יש ולעניין חוק מסוים ירחיב המחוקק משמעות המונח, כגון העמדת חבר אגודה שיתופית בגדר 'עובד'... באמור

³⁶ ראה ס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

³⁷ דנג"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב (4) 817, 840

³⁸ ראה: **חוק יסוד: הצבא, פקודת צבא הגנה לישראל, התש"ח - 1948**; **חוק יסוד: השפיטה, חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד - 1984**; **פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א - 1971**, וכד'

אין לפגוע בכלל, והכלל הוא, כי מי שהינו 'עובד' במשמעות שהמשפט נתן למונח – הינו עובד לכל דבר, ומי שאינו עובד במשמעות האמורה אינו 'עובד' כלל".³⁹

על עמדתו של בג"צ בפרשת **סרוסי** נמתחה לאחרונה, ביקורת על ידי הנשיא (בדימוס) מ' גולדברג⁴⁰ אשר התאים את הסתייגויותיו נגד מבחן התכלית, כדלקמן:

"**מחוק הביטוח הלאומי**, כשלמות, ניתן ללמוד שהמחוקק התכוון, במפורש, להחיל את ביטוח האבטלה רק על 'עובד', כמובנו במשפט העבודה, כפי שפורש אותו מונח על ידי בתי הדין לעבודה ובתי המשפט, ושלא להחילו על אוכלוסיות אחרות, לרבות על מי ששכרם נקבע על פי חוק. ניתן לומר בוודאות שאין זה 'רצונו הברור של המחוקק' לתת למונח 'עובד' משמעות שונה לצורך ביטוח האבטלה... התוצאה המעשית של מסקנת בית המשפט העליון בדנג"צ סרוסי מכניסה אי-שקט ואי-וודאות למערכת... חרף ביקורתי על [פסק דין סרוסי – ס.א.], שלדעתי אינו נכון משפטית, אין ספק שהתוצאה אליה הגיע בית המשפט העליון היא תוצאה צודקת. אין להשאיר תושבים שעיסוקם בשכר הופסק מסיבה זו או אחרת, ולא חל עליהם הסדר סטטוטורי חלופי, ללא מקורות מחיה עד שימצאו עיסוק אחר... [אולם], אם יש כאן מקום להתערבות, על המחוקק לומר דברו, וראוי שיתן את דעתו לסוגיה".

לדידי, יש לאבחן בין חוקי העבודה המגן לבין ענפי **חוק הביטוח הלאומי** וחוקי הביטחון הסוציאלי. בתחום הביטחון הסוציאלי ראוי ליישם את מבחן התכלית בהתחשב בכל ענף וענף, זאת מכיוון שבתחום זה ישנן תכליות שונות בענפי הביטוח הלאומי השונים ובחוקים אחרים הנוגעים לביטחון סוציאלי. לעומת זאת, כאשר במשפט העבודה עסקינן, המצב שונה. חוקי העבודה המגן הינם בעלי מכה משותף בסיסי והוא, ההגנה על העובד. על כן, יש לקבוע כלל המתבסס על כך, כי חקיקת העבודה תפורש כמקשה אחת מבחינת תכליתו והמונח "עובד" לפי חוק אחד ייחשב "עובד" לגבי כלל חוקי עבודת המגן. יחד עם זאת, גם כאשר נכנסים אל לב חקיקת המגן פנימה, עולה, כי ישנן תכליות מיוחדות ומגוונות לכל חוק. משמעות הדברים הינה, כי גם לעניין חקיקת המגן יש להותיר מרחב תמרון שיפוטי ליוצאים מן הכלל שעל בסיסו תתאפשר הכרה במקרים בהם ייקבע שמבצע עבודה הינו "עובד" לפי חוק אחד אך אינו "עובד" לפי חוק אחר.

מאז **פסק הדין בפרשת חיימוביץ** חלו תמורות ביחסי העבודה ובמשפט העבודה. של תמורות אלה מוצאות את ביטוין בכך שחלק גדול מהמקרים שהוגדרו כחריגים באותה העת הלכו והתרבו והפכו לנוף מוכר במקומותינו. לאור זאת, ישנם מקרים יוצאים מן הכלל בשוק העבודה של היום בהם מן הראוי להגדיר מבצע עבודה כ"עובד" לצורך חוק עבודה מסוים, אך לא לצורך חוק עבודה אחר. לשיטתי, אף היום מבטא **פסק הדין חיימוביץ** את הכלל, לפיו מי שמוגדר כ"עובד" לצורך חוק מגן פלוני ייחשב "עובד" לצורך חקיקת המגן כולה. אולם, החריגים

³⁹ דב"ע לו/ 8 – 2 חיימוביץ – מדינת ישראל, פד"ע ח' 472, 474.

⁴⁰ מ' גולדברג, "מיהו 'עובד' ומי מעבידו – עידן אי-הוודאות", שצוין לעיל בה"ש 1, בע' 275 - 277.

לכלל התרבו ועל כן יש להותיר מקום לסייג לפיו, במקרים בהם מבצע העבודה אינו נכנס לדלת אמות מבחן ההשתלבות או מבחן המשולב, היינו, שמדובר במי שאינו שאינו "עובד" ואינו "עצמאי", יופעל את מבחן התכלית.

האמור לעיל נובע גם מכך שניתן לעמוד על מספר תכליות המשותפות לכלל חוקי העבודה דוגמת הגנה על העובד מפני כוחו העדיף של המעסיק במסגרת יחסי העבודה וסיוע לעובדים הזקוקים להגנה. הוזה אומר, חוקי העבודה מעניקים לעובד זכויות שייכתן שלא היה זוכה להן על פי תנאי השוק החופשי.

זאת ועוד, משפט העבודה מורכב מרבדים שונים של הגנה: משפט העבודה המגן, הסכמים קיבוציים וחוזי עבודה אישיים. לשם המחשה, במקום עבודה יחיד, דוגמת משרד ממשלתי או רשות ממשלתית, לא נהנה כל מבצע עבודה ממעמד זהה ומאותן הגנות וזכויות שמקנה משפט העבודה. עובד פלוני יכול שיהנה מ"קביעות" בעוד שעל עובד פלמוני כלל לא חל **חוק שירות המדינה (מינויים)**. עובד יכול שיהא זכאי לשי לחג על פי הסכם קיבוצי בעוד שעובד אחר לא יהיה זכאי לשי.

הביקורת שנמתחה על **פסק דין סרוסי**, שהזכרה לעיל, מתבססת על ההנחה, כי מבחן התכלית ייושם בבחינת הכלל ולא כיוצא מן הכלל. לשיטתי, יש לבחון את ייעודו של מבחן התכלית תוך התחשבות בכך שהוא מיועד להתמודד עם מקרים חריגים בלבד. כאמור לעיל, כי מבצעי עבודה, הנופלים בגדר "עובדים" על פי המבחן המשולב והמבחן המעורב, ייהנו מכל הזכויות וההגנות שמקנים חוקי העבודה. המקרים בהם יש ליישם את מבחן התכלית הם המקרים בהם מבצע העבודה אינו נופל בגדרה של הגדרת "עובד" וגם לא בגדרה של הגדרת "עצמאי" אליבא דמבחנים הקובענציונאליים.

אשר לטענת אי-הוודאות המועלית גם היא כנגד מבחן התכלית, נדמה, כי טענות מן הסוג הזה מועלות כל אימת שמתעוררת פסיקה אשר מחדשת או משנה הלכה קיימת. דא עקא, שקיימת מידה מסוימת של אי-וודאות בחיים עצמם ועל כן, לא מן הנמנע, כי אי ודאות זו תחדור גם אל היכלי המשפט. יתרה מכך, קיים החשש, כי אי התאמתו של המשפט לשינויים המתרחשים כל העת בחברה עלולה להופכו לבלתי רלוונטי או לבלתי מציאותי. אי-הוודאות המשפטית תקטן ככל שהפסיקה תשקוד על פיתוח הלכותיה ועל מתן מענה מקיף ועדכני, ככל הניתן, לשאלות השונות העומדות על הפרק.

בתי המשפט ובתי הדין אמונים על פירושו של החוק או החוזה המובא בפניהם. אולם, בהעדר חוק או חוזה, או כאשר אלה אינם ברורים דיים או שיש בהם חסר, על בית הדין להכריע בכל זאת בתובענות המובאות בפניו. ברי, כי כל הכרעה, בין אם חיובית ובין אם שלילית, היא החלטה, המעוגנת במדיניות שיפוטית.

אשר לעמדה, לפיה על בתי המשפט להמתין להכרעת המחוקק בכל השאלות החשובות שאין להן תשובה בחקיקה או שיש מקום לשנות את החקיקה. מקובל בעולם, כי שאלות משפטיות המערבות הכרעות ערכיות נדונות ומוכרעות בבתי המשפט. החקיקה השיפוטית היא

חלק ממערכת המשפט במדינות רבות בעולם ושורשיה במשפט הישראלי עמוקים ומבוססים היטב.

VII. הכלל בפסיקה – קשר חוזי כתנאי להענקת זכויות והגנות של משפט העבודה והביטחון הסוציאלי למבצע עבודה; היוצא מן הכלל – העדר קשר חוזי

המכנה המשותף העומד בבסיס המבחנים שפיתחה פסיקת בית הדין הארצי עד כה לצורך הקביעה מי הוא "עובד" התבסס על קיומו של חוזה עבודה. לפיכך, הכלל היה שקיומו של חוזה עבודה הוא תנאי לקיומם של יחסי עובד-מעסיק.

כך לדוגמה, הפן החיובי של **מבחן ההשתלבות** נוגע לקיומו של חוזה עבודה: מבצע עבודה השתלב והיה לחלק מעסקו של מקבל העבודה, פירוש הדבר הוא, שנקשר בין הצדדים חוזה, בו מתחייב מבצע העבודה לבצע את העבודה ואילו מקבל העבודה מתחייב לשלם בעבור העבודה ולהעניק למבצעה תנאים מסוימים.

יודגש, כי אין די בקיומם של יחסים חוזיים כדי ליצור יחסי עובד-מעסיק, אלא יש צורך בהוכחת קיומם של יחסי עבודה ובחזרה עבודה. בקיומו של חוזה למתן שירותים, כשלעצמו, אין כדי לסייע בהבחנה בין "עובד" לבין "עובד עצמאי". שהרי, יכול וחוזר כזה יתקיים גם בין "העובד העצמאי" לבין מקבל עבודתו, ומבצע עבודה גם יכול להשתלב בעסקו של מקבלה.

השאלה המתעוררת אם כן הינה, כיצד ניתן להבחין בין חוזה עבודה לבין חוזה מסחרי? יתרה מזו, קיימים חוזים שיש בהם יסודות מעורבים הן של חוזים מסחריים והן של חוזי עבודה. דוגמה לכך ניתן למצוא בחוזה שנעשה לעניין "משתתף חופשי". מבצע עבודה יכול להתקשר עם מקבל העבודה באמצעות חוזה עבודה או באמצעותו של חוזה למתן שירותים. כלומר, החוזה יכול להיות חוזה עבודה או חוזה מסחרי למתן שירותים; בשניהם מתקיימים יחסים חוזיים. ראייה נוספת למורכבותה של שאלה זו אנו מוצאים בכך שהחוזה יכול להשתכלל בין מבצע העבודה לבין גוף שלישי, כגון חברת כוח אדם. במידה ועדיין מדובר בחוזה עבודה, הרי שיש לראות גם במקבל העבודה כמעסיק (או מעסיק משותף) וכאחראי על הענקת הזכויות וההגנות מכוח משפט העבודה למבצע העבודה.

כאן המקום להזכיר ולציין, כי במקרה אחד שהוזכר למעלה, היינו - בפסק דין של בית המשפט העליון, בפרשת סרוסי⁴¹ נקבע, כי מבצע עבודה נכנס לפחות תחת חלק מצל קורתו של המונח "עובד", על אף שככל הנראה לא נכרת חוזה עבודה אישי בינו לבין מקבלת העבודה. באותה פרשה פסק הנשיא ברק, כדלקמן:

"שאלה הדורשת בחינה מחודשת היא אם ראוי הוא לקבוע, כתנאי חיוני לקיומם של יחסי עובד-מעביד, כי יחסים אלה יתבססו על קשר חוזי. כמובן, ברוב רובם של המקרים קשר חוזי בין מעביד לעובד יאפיין יחסי העבודה. עם זאת, איני משוכנע כלל ועיקר כי

⁴¹ דנג"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב (4) 817, אשר שינה את בג"צ 1583/94 סרוסי נ' בית הדין הארצי, פ"ד מט (3) 469, אשר דחה את העתירה כנגד דב"ע נד/ 30 - 02 סרוסי - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כ"ו 472.

יש להעמיד את קיומו של קשר זה כתנאי חיוני, בלעדיו אין, לקיומם של יחסים אלה...".⁴²

השופט ד' דורנר התייחסה אף היא לסוגית הקשר החוזי ב**פסק דין סרוסי** (בס' 7 ו- 8)

באמרה:

"מסקנתי היא איפוא כי יש לשנות את המושג 'עובד', כך שתוסר הדרישה הנוקשה לקשר חוזי בין העובד למעסיקו...". אם נסיר את דרישת הקשר החוזי, העותר הוא 'עובד', שכן אף אם הוא נבחר לתפקידו ותנאי עבודתו נקבעו בדין ולא בחוזה, הרי שהעמיד הוא את כוח-עבודתו לרשות המועצה המקומית כנגד מתן תמורה והשתלב ב'מפעלה'."

פסק דין סרוסי נגע למקרה חריג, בו מבצע העבודה היה גם "נבחר ציבור" ובמסגרת היחסים בינו לבין מקבלת העבודה לא נכרת חוזה עבודה במתכונת המקובלת והנהוגה במשפט העבודה. אף על פי כן, נקבע ב**פסק דין סרוסי**, שנבחר ציבור זכאי לזכויות המוקנות לעובד בענף ביטוח אבטלה, שבחוק הביטוח הלאומי. לשון אחר, קיומו של קשר חוזי אינו תנאי הכרחי על מנת שיקבע, כי נבחר ציבור זכאי לדמי אבטלה. עם זאת, פסק הנשיא ברק, כי קיימים ביחסים שבין נבחר הציבור לבין המועצה המקומית, אשר העסיקה אותו, מרכיבים רבים של חוזה עבודה, אם כי לא כולם (לשם המחשה נציין את: אופן קבלתו לעבודה ואת אופן סיום תפקידו).

הוזה אומר, שהמקרים שבהם ייקבע שקיימים יחסי עובד-מעסיק, בהעדרו של קשר חוזי, הם נדירים. חשוב לעניינינו להדגיש, כי גם בעקבות הלכת סרוסי הכלל המנחה נותר, כי קיום חוזה עבודה הוא תנאי הכרחי לקיומם של יחסי עובד-מעסיק.

VIII. החלת זכויות והגנות מתחום משפט העבודה על המשפט המסחרי

בבואנו לשקול את יישום עקרונות משפט העבודה על המשפט המסחרי, לרבות חוזה למתן שירותים, עלינו ראשית כל לעמוד על המשותף והשונה שבין חוזה העבודה לבין החוזה למתן שירותים והחוזה המסחרי.⁴³

1. **מאפיינים ייחודיים**- חוזה העבודה נבדל מחוזים אחרים, והינו בעל מאפיינים ייחודיים, אשר נובעים מהשתייכותו לענף משפט מיוחד- משפט העבודה. ייחודו של חוזה עבודה נובע, בין היתר, מכך שעניינו של חוזה מעין זה הינו בהעסקתם של בני אדם ובהנחת היסוד ש"העבודה אינה מהווה מצרך". היות וכך, ההבדל העיקרי בין חוזה עבודה לבין

⁴² דנג"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב (4) 817, 832 השוה-⁴³

G. Mundlak "Generic or Sui-generis Law of Employment Contracts," *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol 16, issue 4, 2000.

חוזה מסחרי או אחר מתמקד בכך שהחוק מטיל על חוזה העבודה הגבלות רבות יותר, כגון:

- א. החוק מגביל את חופש ההתקשרות של המעסיק בכל הקשור לבחירת הצד השני של החוזה, היינו, החוק אוסר על הפלייה. במקרים מסוימים החוק מחייב את המעסיק לקבל עובד, המשתייך לקבוצה מסוימת, כגון, חיילים משוחררים או אנשים עם מוגבלויות.
- ב. החוק מגביל את הצדדים לחוזה העבודה האישי ביחס לקביעת תוכנו של החוזה, כך שהצדדים לו אינם יכולים לפגוע בהגנות ובזכויות שנקבעו בחוקי העבודה המגן. כמו כן, החוק והפסיקה שוללים תוקף מהוראות בחוזה הנוגדות את תקנת הציבור או מדיניות רצויה אחרת. אכן, מגבלות על תוכנו של חוזה מקובלות גם בחוזים מתחומים אחרים כגון, דיני הגנת הצרכן.⁴⁴ התופעה של הגבלת חופש ההתקשרות אינה ייחודית למשפט העבודה. הצדדים לחוזה אינם רשאים להסכים על הוראה הפוגעת בתקנת הציבור. אולם, מגמה זו של הגבלת חופש ההתקשרות הינה מאפיין מרכזי במשפט העבודה. הכלל בדיני החוזים לעומת דיני העבודה הוא, שיש להגן ככל הניתן על חופש ההתקשרות; ג. החוק מגביל את המעסיק מבחינת האפשרות העומדת בפניו להביא את חוזה העבודה לידי גמר, כך לדוגמה, מעביד אינו יכול לפטר עובדת הרה ללא היתר מאת שר העבודה והרווחה וכאשר הפיטורים נובעים מעצם ההריון;
- ד. הסעד המקובל במקרה של הפרת חוזה עבודה הוא פיצויים ורק במקרים מיוחדים- אכיפה. דהינו החזרת העובד לעבודתו. לעומת זאת, במקרה של הפרת חוזה מסחרי הסעד המקובל הוא ביצוע בעין או פיצויים.

2. מאפיינים משותפים- על אף האמור, לחוזי עבודה ולחוזים אחרים מכנה משותף משמעותי אשר מוצא ביטויו, בין היתר, באלה:

- א. על כלל החוזים חל משטרם של **חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג - 1973** וכן **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א - 1970**. טרם נחקק חוק מיוחד לחוזה עבודה, אם כי הועל מספר הצעות חוק בעניין אשר לא הבשילו, כאמור, לידי חוק.
- ב. כל החוזים נכרתים מרצונם של הצדדים לקבוע את היחסים ביניהם;

⁴⁴ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א - 2000..

ג. השתכללותם של כל החוזים תלויה בהתקיימותם של יסודות ההצעה והקיבול. לפיכך, אין בהתקיימותם של הצעה וקיבול כדי לקבוע שהשתכלל בין הצדדים דווקא חוזה עבודה.

ד. מאפיין נוסף המשותף הן לחוזה העבודה והן לחוזה המסחרי, הינו היותו של כל צד אחראי כלפי הצד השני (mutuality).

ה. על כל החוזים חל עקרון תום הלב;

ו. הלכות פסוקות רבות שעניינן חוזים מסחריים יפות גם לגבי חוזי עבודה.

היסודות המשותפים הנ"ל לחוזה העבודה ולחוזה המסחרי, ובפרט החוזה למתן שירותים, מצדיקים החלה חלקית של אותם עקרונות משפט מסוימים בשני התחומים.

לשם המחשת האמור נציין את העיקרון, המרכזי למשפט העבודה, של תשלום שכר במועד הדרוש, כאמור בהוראות **חוק הגנת השכר**. **מחד**, רווחים בשוק מקרים רבים בהם מבצע עבודה אישית, כגון "עצמאיים", זקוקים לתשלום תמורת השירות שהעניקו באופן מיידי לצורך פרנסתם. נטול לדוגמא, בעל חברה למתן שירותי בלדרות, המספקת שירותים למפעל פלוני על בסיס קבוע, על פי חוזה למתן שירותים. חברת הבלדרות מעסיקה שני עובדים, אולם גם בעל החברה עוסק בהובלת הדואר והחבילות לייעודן. במצב דברים זה, נוצרת במרוצת השנים תלות כלכלית בין בעל החברה לבין המפעל. תלות כלכלית זו באה לידי ביטוי בכך שאי תשלום המפעל עבור השירותים שהוענקו לה במועד הקבוע, עשוי לפגוע בבעל החברה כמעט זהה לפגיעה הצפויה לעובד החברה שבשל אי תשלום זה לא יקבל את שכרו בסוף החודש. **מאידך**, ישנם מצבים בהם אי תשלום תמורה במועד הקבוע איננו פוגע במבצע העבודה אלא משליך על הקשרים המסחריים בין נותן השירותים לבין מקבל השירותים גרידא. ניטול לדוגמא, חברת בלדרות בעלת סניפים רבים במדינות רבות, אשר מעסיקה מאות עובדים. במצב דברים מעין זה, החברה מספקת שירותי בלדרות ללא קשר אישי בין בעל החברה לבין מקבל השירות. מכאן, כי ישנן נסיבות בהן יש הצדקה להחיל, באמצעות חקיקה חדשה או פסיקה, הוראות מסוימות של **חוק הגנת השכר** גם על חוזים מסחריים למתן שירותים ובעיקר הטלת פיצוי הלנה במקרים של איחורים בתשלום. זאת ועוד, העיקרון המעוגן ב**חוק הגנת השכר** של תשלום תמורה במועד יכול לשפר גם את מוסר התשלומים בכל המשק. קבלת תמורה במועד מפחיתה את הישענותם של מפעלים על הלוואות ובכך מפחיתה גם את תשלומי הריבית. התפתחות מעין זו תביא, בסופו של יום, להפחתה בעלות המוצר ולפיכך גם במחיר לצרכן.

IX. מבצע עבודה שאינו "עובד" ואינו "עצמאי"

ישנם מקרים, בהם מבצע העבודה אינו "עובד" ואף אינו "עצמאי", על פי המבחנים המקובלים במשפט העבודה. במקרים מעין אלה נכון יותר להעניק למבצע העבודה חלק מהזכויות וההגנות שמוקנות ל"עובד", מאשר להעמידו חשוף לכוחות השוק. מנגד, מכיוון

שאותו מבצע עבודה אינו "עובד" לכל דבר ועניין הוא אף בעל סממנים משמעותיים של "עצמאי", אין מקום להעניק לו את מלוא הזכויות וההגנות של משפט העבודה. על כן, מומלץ לשקול הענקת חלק מהן.

מבחינת תכלית חקיקת העבודה עולה, כי חלק מהוראותיה יפות גם למבצעי עבודה שאינם בגדר "עובדים". יחד עם זאת, לא כל ההוראות מתאימות למבצעי עבודה אלו. רק לדוגמה, נשווה לנגד עינינו חוזה בין טכנאי מחשבים לבין משרד, על פיו הטכנאי מתקן את מחשבי המשרד כאשר יש צורך בכך. בפועל, שווה הטכנאי במשרד למשך כשעה ליום. לטכנאי לקוחות אחרים ולפי הצורך הוא מעסיק טכנאים נוספים. התקשרות כזו, הנמשכת משך שנים, אינה הופכת את הטכנאי לעובד המשרד. אולם, בהתחשב בתלות הכלכלית הנוצרת ובמתן השירות האישי יש מקום להחיל על ההתקשרות את הוראות **חוק הגנת השכר** המבטיחות תשלום במועד, היינו, פיצוי הלנה במקרה של תשלום שלא במועד.

דוגמה נוספת של מבצע עבודה שאינו "עובד" ואינו בעל מעמד הוא נבחר הציבור נשוא **פסק דין סרוסי**, בו הוענק לו ביטוח מפני אבטלה. כמו כן, נבחר ציבור זכאי לשוויון במקום עבודתו והגנה מפני הפלייה. לעומת זאת, בשל המאפיינים הייחודיים של התפקיד, לא ניתן להעניק לו זכויות הנוגעות לקביעות בעבודה, פיצויי פיטורים או הודעה מוקדמת להפסקת כהונתו.

X. סוף דבר – הצורך בבחינה מיוחדת של מבחנים משפטיים

במרבית המקרים, ממשיך בית הדין ליישם את **המבחן המעורב**, אשר במרכזו ניצב **מבחן ההשתלבות**.⁴⁵ אולם, אין להתעלם מהצורך בבחינה מיוחדת של מבחנים משפטיים מסורתיים אלו על מנת להתאימם למציאות. שינויים בחקיקה ובהלכה הפסוקה הם חלק אינטגרלי משיטתנו המשפטית. האחריות להתאמת המשפט אל המציאות החברתית רובצת הן לפתחו של המחוקק והן לפתחם של בתי המשפט. חוק הקופא על שמריו מתנתק מהמציאות ומפסיק להוות כלי שרת בידי החברה והמדינה ובחיי המסחר. כאשר מובא בפני בית הדין סכסוך המחייב שקילה מחדש של ההלכה הנוהגת, עליו לעשות כן ובמידה והשתכנע, כי יש מקום לשינוי ההלכה אזי עליו לשנותה ואין בכך משום התנהגות יוצאת דופן. נזכור, כי כלל החלטות אותן מקבל בית הדין, בין אם הן לחיוב ובין אם הן לשלילה, הינן בגדר הכרעה בסכסוך וקביעת מדיניות. מכאן, שגם כאשר מדובר בהחלטה **שלא** להעניק לעובד זכויות והגנות של משפט העבודה וגם כאשר עסקינן בהחלטה **שכן** לעשות כן, יש בכך משום הכרעה וקביעת מדיניות. על כך עמדה פרופ' ר' בן-ישראל בכתבה כי:

⁴⁵ ראה: דב"ע נה/ 5-2 **נודה דעביל** – **מדינת ישראל ועיריית ירושלים**, פד"ע כ"ט 481

"המבחן לזיהויו של העובד (השכיר) שגובש היה תמיד דרך להשגת מטרות חברתיות שהינן חיוניות לקיומם של העובד ובני ביתו בכבוד אנושי".⁴⁶

עוד בתחילת הדיון ציינו, כי המחוקק בחר לנהוג ביד קמוצה בכל הקשור להגדרת המושגים "עובד", "מעסיק", "קבלן עצמאי" וכיוצא בזה והותיר, למעשה, את עיקר מלאכת הפירוש בידיהם של בתי הדין. התווית הפרשנות הראויה למונחים אלה, צריכה להבטיח התאמה בין עקרונות המשפט לבין ערכי החברה, תוך יצירת מדיניות אשר תוביל להפיכתן של העסקת עובדים בצורה מנצלת לתופעה בלתי כדאית מבחינה כלכלית. תכליתו העיקרית של משפט העבודה הינה להגן על העובד החלש ולמנוע את ניצולו. על חוסר השוויון בין העובד לבין מעסיקו אמר "אב" השוק החופשי אדם סמיט (Adam Smith), כבר במאה השמונה עשרה, את הדברים הבאים:

"It is not ... difficult to see which of the two parties must, upon all occasions, have the advantage in the dispute and force the other into compliance with their terms. ... Many workmen could not subsist a week, few could subsist a month, and scarce any a year, without employment. In the long run, the workman may be as necessary to his master as his master is to him; but the necessity is not so immediate".⁴⁷

דברי סמיט הנ"ל יפים גם היום, שכן עדיין קיים חוסר שוויון בין העובד לבין מעסיקו. תכליתו של משפט עבודה כמגן על העובדים זוכה למשנה חשיבות בעידן זה בו המשק המערבי המודרני מצוי בתהליכי מעבר מתקופת המהפכה התעשייתית אל עידן המידע. בעידן חדש זה, חשיבותה של העבודה עולה וכוללת את כלל מספקיה. כידוע, המשק מורכב מהון, ממצרכים ומעבודה (כאשר בגדר "עבודה" נכללת הן עבודה של עובדים ומנהלים והן מתן שירותים על ידי עצמאים). בתקופת המהפכה התעשייתית חשיבותו של ההון היתה מכרעת, מאחר והקמת מפעל תעשייתי היתה כרוכה בהשקעה הונית גבוהה. בנוסף, במפעל תעשייתי חשיבותו של העובד היתה פחותה, שכן רוב העובדים היו בלתי מקצועיים וניתן היה להחליפם בקלות יחסית. לעומת זאת, בעידן המידע חשיבותו של העובד - כגורם עבודה מרכזית יותר מאשר חשיבות ההון.⁴⁸ התפתחות רבת משמעות זו של שוק העבודה איננה מאפשרת המשך פעולה תחת אותם כללים ומבחנים משפטיים ששירתו את בתי הדין בעבר ומחייבת התאמה של הכלים המשפטיים העומדים לרשותם של בתי הדין לעידן חדש זה.

⁴⁶ פרופ' ר' בן-ישראל, דיני עבודה בישראל, מהדורה, חלק שלישי, פרק ראשון, סימן חמש, האוניברסיטה הפתוחה, ייצא בשנת 2001.

⁴⁷ Adam Smith, **Wealth of Nations**, 1776, pp. 27-28, cited in S. Deakin and G. Morris, **Labour Law**, pp. 131.

⁴⁸ ראה R. Fahlbeck, "Towards a Revolutionized Working Life. The Information Society and the Transformation of the Workplace", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol 14, issue 3, autumn 1998, Kluwer, 247, 251.

