

פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד

גיא דוידוב*

מבוא

שיטת הפרשנות התכליתית – המזוהה אצלנו במידה רבה (ובצדק) עם פסיקתו וכתובתו האקדמית של אהרן ברק – כבשה את עולם המשפט הישראלי בסערה.¹ לפחות במישור של פרשנות החקיקה, דומה כי עצם השימוש בשיטה זו אינו שנוי במחלוקת. קיימת הסכמה גורפת על כך, שחקיקה נועדה לקדם מטרות חברתיות, ויש לפרש אותה באופן שיקדם את מימוש מטרות אלה. דומה כי אין גם מחלוקת של ממש על כך ששופטים אינם מוגבלים לבדיקה של התכלית הסובייקטיבית בלבד, במובן של כוונותיהם של חברי הכנסת שהצביעו בעד החקיקה, או המטרות שהובעו בהצעת החוק, בפרוטוקולים של ועדות הכנסת או בדיון במליאה. כל אלה – כמו גם מקורות אחרים ששימשו בהליך החקיקה (למשל תזכיר שהוכן במשרד הממשלתי הרלבנטי) – רלבנטיים לשופט המבצע פרשות תכליתיות. ועם זאת לא די בהם. המחוקקים לא יכולים לצפות מראש כל מקרה שייכנס בעתיד לגדרי החוק, ולא בהכרח היתה להם דעה לגבי אופן יישום החוק בהקשר קונקרטי. יכול גם להיות שלכל אחד מחברי הכנסת שהצביע בעד החוק היתה דעה שונה לגבי תכליתו. זאת ועוד, גם אם נניח שהיתה להם דעה בסוגיה ואף ניתן לזהות דעה משותפת או דעת רוב, הרי זו לא בהכרח תואמת את דעתם של מחוקקים מאוחרים יותר, שבחרו להשאיר את החוק על כנו. המציאות משתנה ואיתה גם תכליתם של חוקים. ייתכן שחוק כוון תחילה למטרה מסוימת, אולם במועד מאוחר יותר, בשל שינוי תפיסות חברתיות, הוא מכוון למטרה שונה. לכן כולל הליך הפרשנות התכליתית גם בחינה של הצדקות החקיקה – תכליות "אובייקטיביות" בלשונו של ברק.²

שני מרכיבים במלאכת הפרשנות התכליתית נחשבים בעייתיים יחסית ושנויים במחלוקת, אולם שניהם אינם הכרחיים לביצוע הפרשנות התכליתית ועל כן גם אינם מחייבים הכרעה במאמר הנוכחי. המרכיב הראשון הוא מתן משקל משמעותי במסגרת התכלית האובייקטיבית לערכים מופשטים ומרוחקים מהחוק הספציפי, כמו "ערכי היסוד של השיטה" שהינם כידוע בלתי כתובים. החשש הוא שבדרך זו כופה למעשה השופט את ערכיו הפרטיים על החקיקה. אולם ניתן לפרש חקיקה בדיני עבודה באופן תכליתי גם ללא פנייה ל"ערכי יסוד" כאלה – על בסיס התכליות של החוק הספציפי או התכליות של דיני העבודה בכללותם שנלמדות מהחקיקה עצמה. המרכיב השני מתייחס למקרים בהם ישנה סתירה בין תכליות סובייקטיביות לאובייקטיביות, או בין התכליות בכלל לבין לשון החוק. במקרים כאלה עשויה להיווצר מחלוקת: האם ניתן לתת עדיפות לתכליות "אובייקטיביות" על פני מטרות מתנגשות שנוסחו במפורש במסגרת הליכי החקיקה? והאם ניתן לפרש חוק לאור תכליתו גם כאשר פרשנות זו סותרת את לשונו המפורשת? אלה שאלות קשות אשר, כאמור, אינן מחייבות הכרעה במאמר הנוכחי. ברוב המקרים של המקרים אין סתירה בין תכליות סובייקטיביות לאובייקטיביות, ואין גם התנגשות בין שתי אלה לבין לשון

* הקתדרה לדיני עבודה ע"ש אליאס ליברמן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. מאמר זה מוקדש בהערכה ובחיבה לסטיב אדלר, אשר היתה לי ההזדמנות להכיר עוד כמתמחה בבית הדין הארצי לעבודה, ובמשך השנים לאחר מכן נהניתי רבות מהעניין ומהמעורבות שלו בעולם האקדמי של דיני העבודה.

¹ אהרן ברק לא רק הוביל את אימוץ הפרשנות התכליתית בפסיקה הישראלית, הוא גם אחד החוקרים הבולטים בעולם בפיתוח שיטה זו והצדקתה מבחינה עיונית. ראו למשל אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (2003). אולם יש להבהיר כי שיטת הפרשנות התכליתית אינה חדשה. במאמר בולט משנות השלושים של המאה הקודמת כבר התייחסו לשיטה זו כ"מובנת מאליה", ועם זאת מיהרו לציין כי בפועל יישומה אינו כה שכיח; ראו L.L. Fuller and William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages: 1* (1936) 46 YALE L.J. 52, 52.

² לדיון תמציתי בהצדקות לפרשנות תכליתית ויישום שיטה זו בהקשר של דיני עבודה ראו: Guy Davidov, *Articulating Labour Law's Goals: Why and How*, EUROPEAN LABOUR L.J. (forthcoming 2012).

החוק. לכן ניתן להניח, לצרכי הדיון שלהלן, פרשנות תכליתית שאינה מתבססת על "ערכי יסוד" מופשטים, וגם אינה סותרת את לשון החוק.

באיזו מידה פועלים בתי הדין לעבודה הלכה למעשה על-פי שיטת הפרשנות התכליתית? דומה כי בשני העשורים האחרונים עברה פסיקת בתי הדין לעבודה "מהפכה" לא מבוטלת לכיוון של פרשנות תכליתית. זאת בין השאר בזכותו של הנשיא סטיב אדלר, אשר הוביל והנהיג קו זה בפסיקה. ועם זאת, המהפכה טרם הושלמה. ישנן עדיין דוגמאות בולטות – גם בפסיקתו של הנשיא אדלר עצמו – למקרים בהם ההלכה אינה תואמת את תכלית החקיקה. במאמר זה אתמקד בדוגמה בודדת לכך: פרשנות המונח "עובד"³. מדובר בשאלה פרשנית שעומדת בבסיס דיני העבודה, אשר שבה ומתעוררת באופן תדיר בפסיקה. יש לה, על כן, חשיבות רבה כשלעצמה; ודומני כי יש בה גם כדי ללמד על מגמות כלליות יותר בפסיקת בית הדין לעבודה, בכל הקשור למעבר (החלקי) לפרשנות תכליתית.

המאמר בנוי משלושה פרקים. הראשון בוחן באופן ביקורתי את המשמעות שניתנה בפסיקה עד כה לרעיון הפרשנות התכליתית בהקשר של המונח "עובד". השני פונה לדון במישרין בשאלה מיהו עובד (להבדיל מקבלן עצמאי) במשקפי שיטת הפרשנות התכליתית. השלישי בוחן את קטגוריית הביניים של "משתתף חופשי", אשר פותחה בפסיקה אף היא כחלק מפרשנות המונח עובד.

פרק ראשון: פרשנות תכליתית – מהפכה שטרם הושלמה

כאמור לעיל, אין מחלוקת – הן בארץ והן במדינות רבות אחרות – כי פרשנות החקיקה צריכה להיות פרשנות תכליתית. חוק יש לפרש באופן שיגשים בצורה הטובה ביותר את התכלית שעומדת מאחוריו, את המטרה שלשמה הוא חוקק.⁴ המונח "עובד" הוא מונח שמופיע בחקיקה ולכאורה אותו כלל צריך לחול גם עליו. האם יש סיבה שלא לנקוט בשיטת הפרשנות התכליתית בהקשר הספציפי? לעניין זה חשוב להבחין בין שתי שאלות שונות, שבפסיקה לא הקפידו להבחין ביניהן. שאלה אחת היא האם יש לפרש את המונח "עובד" פרשנות תכליתית. שאלה שנייה היא באיזו מידה יש לשאוף לאחידות במשמעות המונח "עובד" בהקשרים שונים.

לגבי השאלה הראשונה, התשובה צריכה להיות חיובית באופן חד-משמעי. פרשנות המונח "עובד", כמו כל מונח אחר בכל חוק שהוא, חייבת להיות תכליתית. מקובל כיום שלמונחים כמו "עובד" אין משמעות מילולית ברורה מאלה. לא ניתן לפתוח מילון וללמוד ממנו מה ההבדל בין עובד לקבלן עצמאי. כל מונח חייב בפרשנות, ומונח כמו "עובד" אפשר לפרש במגוון של דרכים. פרשנות תכליתית משמעה שיש לתת למונח פירוש שיגשים את תכלית החקיקה, או באופן כללי, את תכלית ההבחנה בין עובד לקבלן עצמאי בחוקי המגן. הגישה הזו אכן מצאה ביטוי בפסיקה, הן של בית המשפט העליון והן של בית הדין הארצי.⁵

מהעיקרון הבסיסי של פרשנות תכליתית נובעות שתי מסקנות. ראשית, שהמבחנים לקביעת יחסי עובד-מעביד צריכים לתאום את תכלית החקיקה. ושנית, וכנובע מכך, שעשוי להיווצר מצב שבו

³ לדיון בשאלה "מיהו עובד" ראו: מנחם גולדברג, "עובד ומעביד – תמונת מצב", **עיוני משפט** יז 19 (1992); מנחם גולדברג, "מיהו 'עובד' ומי מעבידו – עידן אי-הוודאות", **קרית המשפט** א (תשס"א) 259; סטיב אדלר, "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית", **ספר מנחם גולדברג** (הוצאת סדן, 2001) 18; איל זמיר, "עובד או קבלן", **משפטים** כב 113 (תשנ"א); ברכיהו ליפשיץ, **עובד וקבלן – בין קנין לבין התחייבות** (תשנ"ד).

⁴ לשימוש (מפורש) בפרשנות תכליתית בהקשר של דיני עבודה ראו למשל: דנג"ץ 4601/95 **סרוסי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח'**, פ"ד נב(4) 817; 1 [1997] *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, S.C.R. 1015 (Supreme Court of Canada); *Konrad v. Victoria Police*, 165 ALR 23 (1999) (Federal Court of Australia); *Autoclenz Limited v. Belcher and others*, [2011] UKSC 41, par. 35 (UK Supreme Court).

⁵ סימני דרך עיקריים הם פסק-הדין של השופטת ברק בדב"ע נה/109-2 לוי – **המוסד לביטוח לאומי**, פד"ע כט 326; פסקי הדין של בית המשפט העליון בבג"ץ 5168/93 **מור נ' בית הדין הארצי ואח'**, פ"ד (4) 628 וכן בפרשת **סרוסי**, הערה 4 לעיל; ופסק-דין בע"ע 300274/96 **צדקא – מדינת ישראל**, פד"ע לו 625.

אדם יהיה עובד לעניין אחד וקבלן עצמאי לעניין אחר. רוב הדיון והמחלוקת בפסיקה עד כה היו למעשה רק על הנושא האחרון. מסיבות של ודאות ויציבות, חלק מהשופטים סבורים שהגדרת המונח "עובד" צריכה להיות אחידה, לפחות בהקשר של כל חוקי המגן, ואולי גם דיני הביטוח הלאומי. לעומתם סבורים שופטים אחרים בבית הדין הארצי, וכן כל שופטי בית המשפט העליון שדנו בשאלה זו, שחשוב יותר להגשים את התכלית בכל מקרה ומקרה.⁶ אתיחס למחלוקת זו במידה מסוימת בפרק השלישי, בהקשר הקונקרטי של יצירת קטגוריית ביניים. בשלב זה חשוב להדגיש כי שאלת האחידות נפרדת מעצם הצורך בפרשנות תכליתית. את התכלית אפשר להגדיר ברמות הכללה שונות. ניתן לומר כי אלה שמעדיפים מבחן אחיד לכל דיני העבודה מעדיפים, למעשה, לקבוע את התכלית ברמת הכללה גבוהה יותר, שבה לכל דיני העבודה תכלית אחת (וממילא גם המבחנים להחלת אותם דינים צריכים להיות זהים).⁷ דרך אחרת להבין את המחלוקת היא כך שלפי גישה אחת יש חשיבות לאחידות כחלק מהצורך להגשים את התכלית. לפי גישה זו יש צורך לאזן בין הצורך באחידות לבין מיקוד היקף התחולה של כל חוק בהתאם לקבוצה המדויקת הנובעת מתכלית אותו חוק. לגבי אופן הביצוע של איזון זה והמשקל שניתן בו לכל צד ישנן גישות שונות, כמפורט לעיל.⁸

ללא קשר לשאלת האחידות, שבה התמקד בינתיים הוויכוח בבית הדין, המבחנים עצמם משמשים לקביעה מיהו "עובד" חייבים לתאום את התכלית שמאחורי החקיקה (או התכלית מאחורי ההבחנה בין עובד לקבלן עצמאי). בסוגיה זו טרם נערך דיון בפסיקה, לפחות לא דיון מפורש.⁹ בפסיקת בית המשפט העליון ובית הדין הארצי משני העשורים האחרונים ישנן התייחסויות מפורשות רבות לצורך בפרשנות תכליתית בעת ההכרעה אם אדם הוא "עובד". ועם זאת, אין כל התייחסות בפסיקה זו לצורך בבחינה מחודשת של המבחנים על בסיס תכליתי, וגם לא התייחסות אחרת לקשר שבין פרשנות תכליתית לבין המבחנים המשמשים להבחנה בין עובד

⁶ למעשה יש ספקטרום של גישות. בקצה אחד השופטת ברק (למשל בפס"ד לוי, הערה 5 לעיל), השופט צור (בע"ע (ארצי) 1247/01 גדרה – מדינת ישראל צבא הגנה לישראל (16.1.2006)) ושופטי בית המשפט העליון (בפסה"ד מור וסרוסי, הערה 5 לעיל, וכן בבג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817). כל אלה סבורים שכעקרון יכולה להיות משמעות שונה למונח עובד לגבי כל חוק מחוקי המגן וכל פרק מפרקי הביטוח הלאומי. בקצה השני נמצאים השופט אליאסוף (בדב"ע נה/345-0 כהן – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לג 66), הנשיא גולדברג (במאמרו מיהו 'עובד' ומי מעבידו, הערה 3 לעיל), והשופט פליטמן (בעב"ל 20379/97 אורלי – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לה 273, וכן בע"ע (ארצי) 568/06 שושן – קל שירותי נופש ותיירות בע"מ (3.1.2008)), שסבורים שצריכה להיות משמעות אחידה למונח עובד בכל תחומי המשפט המגן והביטחון הסוציאלי. בתוך מצוי השופט רבינוביץ' (בפס"ד צדקא, הערה 5 לעיל), שסבור שצריכה להיות הגדרה אחידה לכל חוקי המגן, אך מפריד בינם לבין חוקי הבטיחות בעבודה והבטחון הסוציאלי. ויש את עמדת הנשיא אדלר (בפס"ד צדקא), שרואה גם הוא את חוקי המגן כמקשה אחת, אך בניגוד לשופט רבינוביץ' משאיר פתח לחריגים, כלומר מוכן שתהיה פגיעה באחידות ההגדרה במקרים מסוימים; זאת בעיקר לגבי משתתפים חופשיים (לפי פס"ד צדקא), אך מוכן לקבל גם מקרים חריגים נוספים (לפי מאמרו, הערה 3 לעיל, וראו גם פס"ד גדרה). ולצידו ישנה גישת השופטת (כתוארה אז) ארד, אשר בעיקרון מאמצת את הגישה הראשונה, בעקבות בית המשפט העליון (כך בפס"ד צדקא), אולם מבחירה כי ייעשה שימוש בכך רק כדי להרחיב את תחולתו של חוק מסוים על מי שלפי המבחנים אינו עובד, כחריג לצד משמעות אחידה למונח עובד (פס"ד שושן, שם, בפסקה 13 לפסק-דינה).

⁷ על הקושי בבחירת רמת ההפשטה (או רמת ההכללה) המתאימה בעת הגדרת התכלית ראו: Davidov, above note 2; Guy Davidov, *Re-Matching Labour Laws With Their Purpose*, in THE IDEA OF LABOUR LAW (Guy Davidov & Brian Langille eds., OUP 2011) 179.

⁸ יש לציין כי מאחר שהפרשנות היא תמיד תכליתית, המונח "מבחן התכליתי" שבו עשה שימוש הנשיא אדלר לעיתים הינו מטעה. הנשיא אדלר הביע את העמדה לפיה רק במקרים מסוימים, כמו למשל בהתייחס למשתתפים חופשיים (פס"ד צדקא, הערה 5 לעיל) או בצורות העסקה לא שגרתיות (ע"ע (ארצי) 300021/98 טריינין-חריש, פד"ע לו 433 (2002)), יש מקום להתבסס על "מבחן התכליתי" (ראו גם ע"ע (ארצי) 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קירור ומיזוג אויר (1965) בע"מ, פד"ע לו 354 (2002)). באופן דומה, השופטת (כתוארה אז) ארד ציינה כי "הפרשנות התכליתית... אינה הכלל כי אם היוצא מן הכלל. מבחן הפרשנות התכליתית מיושם, כאשר נמצא כי בתבנית העסקה הלא שגרתית מתקיימים במי שאינו מוגדר 'עובד', על פי המבחן המעורב, סממנים של 'עובד' שיש בהם דמיון ליחסי עובד-מעביד" (פס"ד שושן, הערה 6 לעיל, בפסקה 13; וראו גם פסק-דינה בע"ע 1120/02 ועקנין – המועצה הדתית אופקים, פד"ע לו 751). אמירות כאלו מרמזות כאילו במקרים אחרים יש נתק בין פרשנות המונח עובד לבין תכלית החקיקה, אולם דומני כי לא זו היתה הכוונה – אלא לומר כי במרבית המקרים יש לתת עדיפות לשיקולי אחידות.

⁹ לחריג מסוים – התייחסות קצרה ביותר לתכלית דיני העבודה כבסיס למבחנים הקיימים – ראו פסק-דינו של השופט פליטמן בע"ע (ארצי) 300064/96 קרני – האיגוד הארצי למסחר בישראל, פד"ע לו 241, 249 (2001).

לקבלן. דומה כי בפסיקה מניחים כמובן מאליה את קיום המבחנים ואת התאמתם. הפרשנות התכליתית באה עד כה לידי ביטוי בביטול דרישת הסף של "קשר חוזי"¹⁰, וכן בבחינה אד-הוק של נסיבות המקרה הספציפי, היינו האם (במנותק מהמבחנים) האדם התובע זכויות של "עובד" אכן ראוי/מתאים להיכלל תחת ההגנה של חוקי המגן.¹¹ אולם כיצד נדע אם הוא ראוי לכך או לא? ברור שבדיקה כזו חייבת להיעשות על בסיס כללים שוויוניים שניתנים לצפייה מראש, ולא על בסיס נסיבותיו האישיות של כל אחד. לשם כך בדיוק נועדו המבחנים, והם אלה אשר צריכים להתבסס על פרשנות תכליתית.

פרק שני: עובד מול קבלן עצמאי

כידוע, חוקי המגן בתחום העבודה קובעים כי הזכויות מגיעות ל"עובד" מבלי להגדיר מונח זה. אולם ניתן להבין במשתמע מהחקיקה – או לפחות זוהי ההנחה המקובלת מאז ומעולם – כי הכוונה אינה לכל אדם שמבצע עבודה עבור אחר. בפרט, המונח "עובד" אינו כולל בחובו מי שמבצע עבודה כקבלן עצמאי. למעשה, אם כן, הטיל המחוקק על בתי הדין לעבודה – בדומה למקובל בעולם כולו – את המשימה לקבוע מיהו "עובד" אשר נהנה מחוקי המגן.

הכלל הבסיסי, שנקבע כבר בתחילת הדרך,¹² הינו כי יש לבחון את נסיבות ההתקשרות לגופן ולא את אופן הגדרת היחסים בהסכם בין הצדדים. כלל זה תואם היטב את תפיסת הפרשנות התכליתית, על בסיס הלך המחשבה הבא:¹³

(א) תכליתם של דיני העבודה הינה, באופן כללי ביותר, להגן על עובדים לאור חולשתם היחסית מול המעביד;

(ב) לאור העלויות הרבות הכרוכות מבחינת המעביד בהחלתם של חוקי המגן, יש להניח כי יהיו מעבידים לא מעטים שיבקשו להתחמק מכך – בין השאר באמצעות טענה כי האדם שמבצע עבורם את העבודה עושה זאת שלא במעמד של "עובד";

(ג) לאור פערי הכוחות בין הצדדים, יש להניח כי מעבידים רבים יוכלו לכפות על מועסקים לחתום על הסכם לפיו הם מבצעים את העבודה כ"קבלנים עצמאיים", מתוך כוונה להשיג את המטרה האמורה;

(ד) אם יינתן תוקף לתניות כאלה, בנסיבות שבהן העובדים זקוקים להגנה, תסוכל תכלית החקיקה;

(ה) כדי לתת למונח "עובד" פרשנות, אשר תביא להגשמת תכלית החקיקה, יש להימנע ממתן תוקף לתניות, שמטרתן התחמקות מהחלת חוקי המגן, ולבחון את השאלה אם

¹⁰ פס"ד סרוסי, הערה 5 לעיל; פס"ד שדות, הערה 6 לעיל.

¹¹ ראו למשל פס"ד סרוסי, הערה 5 לעיל. במסגרת זו ניתן גם למצוא אמירות בפסיקה לפיהן אדם זכאי לזכויות של "עובד" אף שאינו "עובד" (ראו פסקי-הדין של השופטת (כתוארה דאז) ארד בע"ע (ארצי) 1141/02 בשן – מדינת ישראל (26.5.2003) וכן בפרשת שושן, הערה 6 לעיל, פסקה 14; וראו גם עבי' (תי"א) 2162/02 פאר – מדינת ישראל (25.4.2007)). אולם לא ברור כיצד, לדעת בית הדין, יכול חוק שמגדיר את הזכויות ל"עובד" מול "מעביד" לחול גם כאשר אין יחסי עובד-מעביד, ומהיכן שואב בית הדין סמכות לקבוע זאת. נראה שהכוונה היתה, למעשה, לקבוע כי בהקשר הקונקרטי המועסק הינו "עובד" – במסגרת פרשנות תכליתית של מונח זה – אף שבהקשרים אחרים הוא אינו כזה. וראו בענין זה ביקורתו (המוצדקת לטעמי) של השופט פליטמן בפרשת שושן, שם, וכן בע"ע (ארצי) 247/07 פלונית נ' סופיה קוצ'יק (2009).

¹² ע"א 426/63 המוסד לביטוח לאומי נ' זינגר, פ"ד יח(2) 299, 302 (1964); דב"ע לא/3-27 עירית נתניה – דוד בירגר, פד"ע ג 177, 190.

¹³ לביטוי מפורש של הלך מחשבה דומה, ראו ע"ע (ארצי) 110/10 רפי רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ (22.12.11), פסקאות 35-40 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

חוקים אלה חלים – כלומר אם מדובר ב"עובד" או לאו – על בסיס העובדות בשטח (אופי ההתקשרות/ מהות היחסים בין הצדדים).

זוהי נקודת מוצא חשובה, אולם ברור כי לא ניתן להסתפק בה. כמו בתחומי משפט רבים אחרים, פותחו בהדרגה מבחנים, ומבחיני משנה, כדי לסייע לבתי הדין לבצע את מלאכתם במקרים פרטניים ולסייע לציבור העובדים והמעבידים להבין את הדין ולכוון את צעדיו.¹⁴

תכלית ההבחנה בין עובד לקבלן היא תכלית דיני העבודה

מבחן ההשתלבות שאומץ בפס"ד בירגר¹⁵ – בעקבות פסיקה זרה – נוהג עד היום כמבחן המרכזי. לציוד מצטרפים מספר מבחני עזר, אשר גובשו במשך השנים, וביחד מכונה המכלול "המבחן המעורב".¹⁶ האם מבחנים אלה פותחו במקור על בסיס תפיסה ברורה לגבי תכלית החקיקה, כלומר באופן שהמבחנים אמורים להצביע על אותה קבוצה אשר זקוקה להגנה לאור תכליות חוקי המגן? במשתמע, נראה שבמידה מסוימת לפחות התשובה חיובית, במובן זה שניתן בהחלט לזהות קשר בין התכליות לבין המבחנים שגובשו בסופו של דבר. ועם זאת, בפסיקה לא מופיעה אמירה ברורה בנושא, המסבירה מהן התכליות וכיצד המבחנים אמורים להוביל למימוש תכליות אלה. מן הראוי להפוך את הדיון בנושא לגלוי ומפורש, ולא להסתמך על תפיסות משתמעות. כך יוכלו השופטים לוודא, כי אכן כל המבחנים תואמים את התכלית, וכך גם יוכל ציבור המשתמשים בפסיקה להבין טוב יותר את ההיגיון שמאחורי המבחנים ולכלכל צעדיו בהתאם.

מכל מקום, גם אם נניח שמבחן ההשתלבות (למשל) פותח על בסיס תפיסה של תכלית המונח "עובד", לא די בכך מנקודת המבט של פרשנות תכליתית. התכלית עשויה להשתנות מעת לעת. כך כאשר משתנות התפיסות החברתיות לגבי חקיקה מסוימת והצורך בה; או מצטברות ראיות חדשות לגבי ההשלכות של חקיקה כזו או אחרת; או מתפתחת חשיבה תיאורטית חדשה לגבי ההצדקות לחקיקה. וכך גם – ובעיקר – כאשר משתנות הנסיבות בשטח. בשוק העבודה חלו תמורות דרמטיות בעשורים האחרונים,¹⁷ ועימן גם משתנה הצורך ברגולציה. לעיתים תמורות אלה מובילות לשינויי חקיקה, ולעיתים עליהן להוביל לשינוי באופן הפרשנות של חקיקה קיימת. פרשנות תכליתית מחייבת על כן בדיקה חוזרת – אחת לכמה שנים – של התאמת המבחנים שפותחו בפסיקה לתכליות העדכניות.¹⁸

מהי אם כן התכלית של ההבחנה בין "עובד" לבין "קבלן עצמאי" שמשמעת מחוקי המגן? ההבחנה מבוססת, כאמור, על ההנחה שחוקי המגן אינם צריכים – ואינם מכוונים – לחול על כל אדם שמבצע עבודה. המבנה של חוקי המגן, אשר מטיל אחריות על "מעביד", אינו מתאים ליחסים בין קבלן עצמאי לבין מזמין עבודה. הניחו כי אדם מזמין שירות מחברו באופן חד-פעמי, למשל התקשרות חד-פעמית עם שרברב לצורך תיקון צנרת בבית פרטי. ברור כי חוקי המגן (או

¹⁴ סקירה השוואתית אודות המבחנים המשמשים בשיטות משפט שונות – אשר הינם דומים בעיקרם – ראו: Guy Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection*, 52 U. TORONTO L.J. 357 (2002).

¹⁵ פס"ד בירגר, הערה 12 לעיל.

¹⁶ ראו גולדברג, עובד ומעביד, הערה 3 לעיל. לדוגמה עדכנית לשימוש במבחנים אלה ראו ע"ע (ארצי) 646/09 אברהם נבר טוויזר – מאפיה מרחבית קרית שמונה (1986) בע"מ (29.2.2012).

¹⁷ ראו באופן כללי: גיא מונדלק, יחסי עבודה בעידן של תמורות (המכון הישראלי לדמוקרטיה, KATHERINE V.W. STONE, FROM WIDGETS TO DIGITS: EMPLOYMENT REGULATION FOR THE ; (2004) CHANGING WORKPLACE (Cambridge UP, 2004); FAIRNESS AT WORK: FEDERAL LABOUR STANDARDS FOR THE 21ST CENTURY (the Arthurs Report), available at http://www.hrsdc.gc.ca/eng/labour/employment_standards/fls/pdf/final_report.pdf

¹⁸ את כל זאת היטב לבטא בית הדין הארצי, כבר שנים רבות לפני הופעת המונח "פרשנות תכליתית" בפסיקה: "המסגרת החברתית-כלכלית שבא מתקיימים היחסים שאת מהותם באים להגדיר, מהות העבודה מבחינת תהליכי הייצור ודרכי השירות, האמצעים שלהם מזדקקים, יחסה של החברה לעבודה ול"עובד" ומטרת החוק או מערכת החוקים שבהקשר ליישומם באים לקבוע את המבחן - כל אלה גורמים משתנים הם, ועם השינוי, ישנתה המבחן" (פס"ד בירגר, הערה 12 לעיל, בעמ' 181).

לפחות רובם) אינם מתאימים לסיטואציה כזו; אין זה סביר, למשל, להטיל על המזמין האקראי אחריות בכל הקשור לשעות העבודה והמנוחה של השרברב, או זכותו לחופשה שנתית. עלינו על כן לפרש את המונח "עובד" באופן שיכלול את קבוצת האנשים אשר עובדים עבור אחרים וזקוקים להגנת חוקי המגן (או: חוקי המגן מתאימים לחול ביחסים שבינם לבין מי שמעסיק אותם). לשם כך אין מנוס מהתמודדות עם השאלה: מהי תכליתם של חוקי המגן? או, למעשה, מהי תכלית דיני העבודה בכללותם?

נושא זה מעורר בשנים האחרונות דיון נרחב בספרות האקדמית בעולם.¹⁹ הגישה המסורתית הינה כי דיני העבודה נועדו להתמודד עם אי-השוויון בכוח המיקוח שבין הצדדים. ניסוח וותיק אחר הינו כי מטרת דיני העבודה להביא לחלוקה מחדש – של משאבים, כוח וסיכונים (כלומר העברה של אלה מהמעביד לעובד, לשם השגת צדק חלוקתי). באופן מעט ספציפי יותר, כותבים שונים טוענים כי דיני העבודה מבקשים לקדם דמוקרטיה במקום העבודה; לקדם שוויון וסולידריות, ולצמצם הדרה חברתית; להבטיח הגנה על זכויות יסוד של הפרט, ובפרט על כבוד העובד כאדם (או בניסוח אחר: להבטיח כי היחס לעבודה אינו כאל "מצרך"); להבטיח יציבות בשוק העבודה (או: להקנות בטחון לעובדים); ולמקסם את החופש (המהותי) של הפרט. בשנים האחרונות גם מתחזקת הגישה לפיה דיני העבודה יכולים לקדם יעילות.²⁰

לגישתי, אף שניסוחים אלה של תכליות דיני העבודה כולם נכונים, לצרכים הנוכחיים מועיל יותר לנסח את התכלית באופן שמתמקד במאפיינים אשר מייחדים את יחסי העבודה.²¹ אם נקודת המוצא שלנו הינה כי ישנם מצבים שבהם עבודה מבוצעת עבור אחר אך למרות זאת אין מקום להחלת דיני העבודה, השאלה היא במה שונים מצבים אלה מאותם מקרים בהם דיני העבודה נדרשים. לשון אחר: אם נבין (ונגדיר לעצמנו) במה שונים יחסי עובד-מעביד מיחסים חוזיים/מסחריים אחרים – כולל כאלה שעניינם ביצוע עבודה כ"קבלן עצמאי" – נוכל גם להגדיר על בסיס זה את תכליתם של הדינים הבאים להסדיר יחסים אלה. יש להבהיר כי השאלה אינה אמפירית אלא נורמטיבית, כלומר המטרה היא לבחון מהן ההצדקות שיכולות להסביר את ההבחנה בין הקבוצות. ייתכן בהחלט שבפועל ישנו פער מסוים בין המצב המוצדק נורמטיבית לבין המציאות בשטח. בדיקת התכלית נועדה לסייע בסגירת פערים כאלה, כלומר להביא להתאמה טובה יותר בין הקבוצה של העובדים הראויה/זקוקה להגנת חוקי המגן, על פי התכליות, לבין הקבוצה אשר עליה אכן חלים חוקים אלה, לפי הפסיקה.

מהם, אם כן, המאפיינים המייחדים את יחסי העבודה? דומה כי המונח "אי שוויון בכוח המיקוח", אשר מבקש אף הוא לתת תשובה לשאלה זו, הינו כללי ומעורפל מדי, שהרי יחסים חוזיים לא מאופיינים אף פעם בשוויון כוחות. מונח זה מבקש להצביע, בצדק, על נחיתות כלשהי (או חולשה יחסית) של העובד ביחסים מול המעביד. את הנחיתות הזו אפשר למקד באמצעות בחינה של שלושה "צירים" עליהם מתבססת מערכת היחסים בין עובד למעביד: ארגוני, כלכלי ופסיכולוגי-חברתי.²² במישור המבנה הארגוני, יחסי עבודה אינדיבידואליים מאופיינים בחסר דמוקרטי, הנובע מעצם הכפיפות של העובד למעביד. עובד מתחייב בעצם הכניסה ליחסים למלא אחר ההנחיות המשתנות של המעביד (כמובן, בגבולות מסוימים) – וזאת מבלי שהוא שותף לבחירה של המנהלים שיטילו עליו הוראות. חסר דמוקרטי זה הוא בלתי נמנע; לא ניתן לקיים מקום עבודה מבלי שיהיה גורם כלשהו שיהיה אחראי על התיאום בין העובדים, ולשם כך יהיה בעל הסמכות לתת להם הנחיות מחייבות. אולם חסר דמוקרטי זה משמעו גם מתן כוח למעביד,

¹⁹ לריכוז מאמרים בנושא ראו: Guy Davidov & Brian Langille (eds.), *THE IDEA OF LABOUR LAW* (2011).

²⁰ לדיון בכל התכליות הנ"ל (וכן מספר ניסוחים נוספים) ראו: Guy Davidov, *The General Goals of Labour Law: Between Universalism and Selectivity* (working paper) בן-ישראל "מיקור חוץ (outsourcing) – מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם – פרשנות אחרת: המרת העיסקה הפורמלית בעסקה האוטנטית" **שנתון משפט העבודה** 5 (1999).

²¹ ראו 7 note above, Davidov.

²² לפיתוח מקיף של גישה זו ראו: 14 note above, Davidov.

אשר ניתן לניצול לרעה. נדרשת רגולציה – דיני העבודה – כדי למנוע ניצול לרעה ולהגביל את השימוש של המעביד בכוחו העדיף.

במישור הכלכלי ובמישור האישי-חברתי, ליחסי עבודה שני מאפיינים עיקריים: ראשית, חשיבות העבודה לפרט, הן במובן הכלכלי (לצרכי פרנסה) והן במובן האישי-חברתי (כמקור להגשמה עצמית, סיפוק, עניין, קשרים חברתיים, סטטוס חברתי וכולי).²³ המאפיין השני שמצטרף לכך הוא התלות של העובד ביחסים עם המעביד הספציפי לשם הגשמת צרכים אלה. לא מדובר, כמובן, בתלות מוחלטת, אבל ביחסי עבודה קיימת תלות במידה גבוהה בהרבה מאשר ביחסים בין קבלן עצמאי ללקוחותיו. תלות זו ניתנת להבנה גם כחוסר יכולת לפזר סיכונים; בניגוד לקבלן עצמאי, אשר מתקשר עם לקוחות/ספקים רבים, העובד "שם את כל הביצים בסל אחד" (או לפחות את רובן המכריע).

על הקשר בין המבחנים השונים לבין התכלית

ראינו, אם כן, שיחסי עבודה מתאפיינים בנחיתות יחסית של העובד ביחסים מול המעביד, בשני מובנים: חסר דמוקרטי (או, אם תרצו, כפיפות במובן הרחב) ותלות.²⁴ בהתאם לכך ניתן להגדיר את תכלית דיני העבודה כצמצום חולשות אלה ומניעת תוצאות לא רצויות הנובעות מהן. את המבחנים להבחנה בין "עובד" ל"קבלן" מן הראוי לבחון מחדש על רקע תפיסה זו – או כל תפיסה מתחרה אחרת שמגדירה באופן ברור את תכליתם של דיני העבודה. מבלי להיכנס כאן לניתוח מעמיק של כלל המבחנים, ניתן לומר כי מרבית המבחנים המקובלים כיום בהחלט תואמים את התכליות. כך, לדוגמה, קיומם של שליטה או פיקוח מלמדים על חסר דמוקרטי; בעלות של העובד על אמצעי הייצור (כלים יקרים) מלמדת לכאורה על רמת תלות נמוכה; וכיוצא בזה.²⁵

ישנם, עם זאת, שני מבחנים שבאופן בולט אינם תואמים את התכלית. הראשון שבהם הוא מבחן עזר שולי יחסית, אך לא חסר השפעה: כיצד מוצגים היחסים לצדדים שלישיים.²⁶ על בסיס מבחן זה, אם למועסק יש תיק של עצמאי במס הכנסה ובמוסד לביטוח לאומי משמש הדבר כמאפיין של קבלן עצמאי. אולם יש לצאת מנקודת הנחה כי מעבידים רוצים לעיתים קרובות להתחמק מתחולת חוקי המגן, ולכן יגדירו את היחסים ככאלה שאינם יחסי עבודה. בהינתן פערי הכוחות בין הצדדים, מעביד יכול בקלות רבה לחייב עובד לפתוח תיק של עצמאי ולקבל את שכרו כאילו היה עצמאי. בדיוק לשם כך נועדה הבחינה האובייקטיבית של היחסים על-ידי בית הדין, כלומר הקביעה כי לעצם הגדרת האדם כ"קבלן עצמאי" בחוזה לא יינתן משקל. מדוע, אם כן, יינתן משקל לקיומו של תיק עצמאי (בהנחה, למשל, שהמעביד הוא ה"לקוח" היחיד)? זהו מאפיין פורמלי בלבד, שניתן בקלות יחסית למניפולציה על-ידי המעביד, ולא מאפיין אמיתי של מהות היחסים בשטח. מכאן שגם אין בו כדי ללמד על העדר חסרים דמוקרטיים או העדר תלות.²⁷

²³ ראו גיא דוידוב, "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה", **זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל** (יורם רבין ויובל שני עורכים, תשס"ה) 533.

²⁴ תפיסה זו מוצאת ביטוי גם בפסיקה, בעיקר אצל השופט פליטמן, אשר מתייחס במפורש ל"כפיפות ותלות" כמאפיינים הבסיסיים של יחסי העבודה (פס"ד קרני, הערה 9 לעיל, בעמ' 249 (2001); ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 817, 848 (2002); פס"ד שושן, הערה 6 לעיל; פס"ד פלונית, הערה 11 לעיל). התייחסות לתלות בהקשר הנוכחי מופיעה גם בפסק-דין בירגר, הערה 12 לעיל, בעמ' 188: "נשוא משפט העבודה הוא 'העבודה שיש בה תלות', וה'עובד' שבו מדובר הוא זה שיתלוי בזולת שאצלו הוא עובד ואינו עצמאי...". מעניין לציין כי הפיקוח וההשתלבות נתפסו על-ידי בית הדין כסממנים ("סימפטומים" בלשונו, שם) לתלות. זאת בניגוד לגישה המובאת כאן, לפיה תלות וחסרים דמוקרטיים מהווים שני היבטים שונים ונפרדים של נחיתות העובד ביחסים מול המעביד.

²⁵ לדיון פרטני במבחני העזר השונים והקשר של כל אחד מהם לתלות או חסרים דמוקרטיים, ראו Davidov, above note 14.

²⁶ לשימוש במבחן זה ראו לדוגמה פס"ד שושן, הערה 6 לעיל, בפסקה 10 לפסק-דינה של השופטת ארד.

²⁷ מסיבות דומות ראוי לביקורת גם הכלל שנקבע בפסיקה, לפיו קביעה בחוזה לפיה אדם הוא קבלן עצמאי מעבירה את נטל ההוכחה. קשה ליישב גישה זו עם התכלית של דיני העבודה. הרחיק לכת אף מעבר לכך השופט פליטמן: "ככל שקשה יותר במקרה גבולי קונקרטי לאבחן ולקבוע אם מדובר ביחס עובד-מעביד או מזמין-קבלן נותן שירות, כך במקביל פוחת הצידוק לקבוע את מעמדו של התובע כעובד הזכאי לזכויות משפט העבודה המגן, ופוחת גם הצידוק לכפות על צדו השני ליחס את חובת המעביד על-פי אותו המשפט. ככל שפוחת

המבחן השני שאינו תואם את התכלית נוגע לליבו של המבחן הקובע אם אדם הוא "עובד" או לא – הפן החיובי של מבחן ההשתלבות. בפרשת בירגר, שבה אומץ מבחן ההשתלבות בישראל, תואר המבחן כך: "תנאי להשתלבות' במפעל הוא שקיים 'מפעל' יצרני, לשירותים או אחר, שניתן להשתלב בו, שהפעולה המבוצעת צריכה לפעילות הרגילה של המפעל, ושהמבצע את העבודה מהווה חלק מהמערך הארגוני הרגיל של המפעל ועל כן אינו 'גורם חיצוני'".²⁸ כלומר, ההשתלבות הנדרשת היא כפולה: הן של התפקיד והן של העובד עצמו. לגישה זו ניתן למצוא ביטוי רב בפסיקה, גם כיום; לעיתים בודקים בתי הדין את ההשתלבות במובן הראשון, לעיתים במובן השני, ולעיתים בשני המובנים גם יחד.²⁹ אלא שמבחינת פרשנות תכליתית של המונח "עובד" ניתן להצדיק רק את המשמעות השנייה של המבחן. השתלבות של העובד עצמו כחלק מהמערך הארגוני משמעה כפיפות שלו להוראות המעביד – שמצביעה על חסר דמוקרטי וצורך בהגנת דיני העבודה. לעומת זאת השתלבות של **התפקיד** כחלק מה"פעילות הרגילה" של המפעל אינה רלבנטית לצורך של העובד בהגנה. הניחו למשל משרד עורכי-דין גדול אשר שוכר את שירותיו של עובד ניקיון. האם פעולת ניקיון "צריכה לפעילות הרגילה" של משרד עורכי דין? אם נשיב בחיוב, הרי נוכל להשיב בחיוב באופן דומה על כל פעולה שהיא. מעצם העובדה שהמשרד רכש את השירות עולה כי השירות נדרש לו – ואז יוצא שהמבחן אינו מזיק אולם הוא חסר משמעות. אם, לעומת זאת, נשיב בשלילה – על בסיס ההנחה שפעולות של ניקיון הן צדדיות או "חיצוניות" לפעילות העיקרית של משרד עורכי דין – התוצאה תהיה כי נדיר את עובד הניקיון באותו משרד מתחולת חוקי המגן. מבחינת תכליתם של דיני העבודה קשה למצוא הצדקה לכך.

פרשנות תכליתית של המונח "עובד" – הערה השוואתית וסיכום ביניים

מן הראוי לציין לזכותם של בתי הדין לעבודה, כי על אף הביקורת, המבחנים המקובלים בישראל לקביעה מיהו "עובד", וכן אופן יישומם, תואמים את שיטת הפרשנות התכליתית באופן טוב בהרבה מאשר בשיטות משפט רבות אחרות. בפרט בולטות לרעה, בהקשר זה, ארצות הברית ואנגליה. בשנות הארבעים של המאה הקודמת הובילה הפסיקה בארצות הברית את המהפכה התכליתית, כאשר בית המשפט העליון שם פיתח ואימץ את מבחן "המצאיאות הכלכלית" שמטרתו לזהות אם העובד מצוי בנסיבות המצדיקות הגנה.³⁰ אולם מאז חלה שם נסיגה, כאשר הרכבים שמרניים יותר של בית המשפט העליון מבקשים לצמצם את תחולת דיני העבודה, ובפסק-דין משנת 1992 אף קבעו במפורש כי את הקביעה אם אדם הוא "עובד" יש לבסס על מבחני המשפט המקובל (בעיקר, מבחן הפיקוח והשליטה) ולא על פרשנות תכליתית.³¹ זאת מתוך גישה שמרנית המניחה כי כאשר המחוקק השתמש במונח "עובד", הוא התכוון לתת למונח משמעות המתבססת על מבחנים היסטוריים אלה דווקא. באנגליה, הקושי המרכזי הוא ההיצמדות של בתי המשפט לנוסח החוזה, אף שברור שמעבידים יכולים בקלות להגדיר את תנאי החוזה באופן שיסייע להם להתחמק מתחולת דיני העבודה. על בסיס גישה זו, עובדים רבים אשר הלכה למעשה עבדו משרה מלאה עבור מעביד בודד, הודרו מתחולת דיני העבודה רק בגלל שעל פי החוזה הכתוב ההתקשרות

הצידוק כאמור לקבוע קיומם של יחסי עובד-מעביד, כך יש ליתן יותר משקל במקרה הגבולי לאומד-דעתם הסובייקטיבי של הצדדים לגבי טיבו של היחס שביניהם אף מעבר להעברת נטל הראייה לטוען ליחס שונה מן היחס למראית עין שעטו הצדדים על הקשר שביניהם" (פס"ד קרני, הערה 9 לעיל, בפסקה 9 לפסק-דין). לפי גישה זו, כל ספק פועל לרעת העובד, וכל מקרה קשה יוכרע לטובת המעביד. קשה להצדיק זאת מנקודת המבט של תכלית דיני העבודה.

²⁸ פס"ד בירגר, הערה 15 לעיל, בעמ' 189.

²⁹ לבדיקה של השתלבות התפקיד ראו למשל פסק-דין של הנשיא אדלר בעניין טריינין, הערה 8 לעיל, בעמ' 446 ("מתן שירותים משפטיים אינו חלק אינטגרלי או מרכזי מפעילותה הרגילה של המפעל"); וכן בעניין אייזיק, הערה 24 לעיל, בעמ' 835 ("עבודת הצלילה, אשר בוצעה על-ידי אייזיק, היתה חלק מהפעולות הרגילות של חברת תה"ל").

³⁰ ראו בעיקר: *NLRB v. Hearst Publications*, 322 U.S. 111 (1944); *Rutherford Food Corp. v. McComb*, 331 U.S. 722 (1947); *U.S. v. Silk*, 331 U.S. 704 (1947).

³¹ *Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden*, 503 U.S. 318 (1992). לביקורת חריפה על פסק-דין זה ראו: Marc Linder, *Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An Ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness*, 21 COMP. LAB. L. & POLICY J. 187 (1999).

לא כללה התחייבות הודנית לגבי היקף העבודה והמשכיותה, אלא רצף של התקשרויות חד-פעמיות.³² עם זאת לאחרונה ישנם ניצנים של שינוי, כאשר בית המשפט העליון באנגליה הבהיר (בניגוד לפסיקה קודמת) כי יש לבחון את מהות היחסים בפועל והפחית את המשקל הניתן לאמור בחוזה, תוך שהוא מתייחס במפורש לצורך בביצוע פרשנות תכליתית.³³

הפסיקה הישראלית מתקדמת בהרבה, אם כן, מבחינת התאמתה לשיטת הפרשנות התכליתית. ועם זאת, ראינו כי היא אינה נקייה מביקורת. לכל הפחות מן הראוי לבטל את מבחן המשנה שבוחן את האופן שבו הוצגו היחסים לצדדים שלישיים, וכן את המבחן לפיו ניתן משקל להשתלבות של התפקיד (להבדיל מהעובד עצמו). להשלמת המהפכה התכליתית נדרש גם צעד נוסף, והוא ניסוח מחודש של המבחנים באופן שיקשור במישרין בינם לבין תכליות דיני העבודה. במקום אחר הצעתי באופן מפורט כיצד ניתן לבצע זאת. בתמצית, ההצעה מבוססת על חסרים דמוקרטיים ותלות כמבחני-על, עם שורה של מבחני משנה (רובם אלה המקובלים גם כיום) אשר מיועדים לסייע בקביעה, אם היחסים אכן מאופיינים בחסרים דמוקרטיים ותלות.³⁴

פרק שלישי: "משתתף חופשי"

התפתחות מפתיעה הקשורה לפרשנות המונח "עובד" ארעה כבר בשנים הראשונות שלאחר הקמת בתי הדין לעבודה, כאשר בית הדין יצר יש מאין קטגוריה של "משתתף חופשי" במסגרת מאמציו להתמודד עם קשיי ההבחנה בין עובד לקבלן.³⁵ בחוקי המגן לא ניתן למצוא אזכור למשתתפים חופשיים, ולמעשה גם לא לקבלנים עצמאים. חוקי המגן משתמשים במונח "עובד" בלבד, ומזמינים על כן הבחנה דיכוטומית בין עובד למי שאינו עובד (ומקובל לכנותו "קבלן"). אולם להבחנה זו הצטרפה מורכבות נוספת בפסק הדין בעניין ד"ר ראובן סיוון, משנת 1973.³⁶

פסק-הדין עסק בסכסוך שהתגלע בין רשות השידור לבין ד"ר סיוון, בלשן ומורה שערך והגיש במשך שש שנים את התכנית השבועית "שבילי לשון". רשות השידור קבעה לעצמה הבחנה בין "עורכי-פנים" ל"עורכי-חוץ", כאשר האחרונים, ובכללם ד"ר סיוון, נתפסו על-ידה כקבלנים עצמאיים. לכאורה, לפי המבחנים הנוהגים, ד"ר סיוון השתלב במקום העבודה ולא נתן לרשות השידור שירותים באמצעות עסק משל עצמו, ועל כן היה מקום לראותו כ"עובד". אלא שבעיני בית הדין ד"ר סיוון לא ענה לסטריאוטיפ של עובד. הנחותיהם המוקדמות של השופטים בלטו בדבריהם: "לא היה עולה על דעתו של אדם לראות במנוח אלתרמן 'עובד' של העיתון 'דבר', רק משום שהיה בעל 'הטור השבועי', לא היה עולה על דעתו של אדם לראות במנוח שלונסקי 'עובד' של 'על המשמר', רק משום שבמוסף הספרותי של אותו עיתון פורסמו באופן סדיר שירי המשורר, ולא היה עולה על דעתו של אדם לראות במנוח עגנון 'עובד' בעיתון 'הארץ', משום שבאותו עיתון פרסם עגנון את סיפוריו".³⁷

מפסק-הדין לא ברור **מדוע** לא היו צריכים אלתרמן, שלונסקי ועגנון להיחשב עובדים, ומדוע יש להקביל את ד"ר סיוון אליהם. אבל ברור חוסר הנחת של בית הדין מהתוצאה, אשר התבקשה

³² ראו למשל *Wickens v. Champion Employment*, [1984] I.C.R. 365 (EAT); *Carmichael v. National Power Plc.*, [1999] 4 All E.R. 897 (H.L.); *Stvedoring and Haulage Services Ltd. v. Fuller*, [2001] EWCA Civ. 651 (C.A.).

³³ *Autoclenz*, above note 4

³⁴ *Davidov*, above note 14

³⁵ פרק זה מבוסס בחלקו על מאמרי "המשתתף החופשי: על עובד, קבלן ומה שביניהם" שפורסם בביטאון אוניברסיטת חיפה (אביב 2003). להרחבה בנושא ראו: Guy Davidov, *Freelancers: An Intermediate Group in Labour Law?*, in CHALLENGING THE LEGAL BOUNDARIES OF WORK REGULATION (Judy Fudge, Shae McCrystal and Kamala Sankaran eds., forthcoming, Hart 2012)

³⁶ דב"ע לג/3-9 רשות השידור – סיוון, פד"ע ד 520 (1973).

³⁷ שם, בפסקה 15 לפסק-הדין.

לכאורה מהמבחנים הקיימים, ולפיה ייחשבו כל אלה לעובדים מן המניין. לפיכך המציא בית הדין את הקטגוריה של "משתתף חופשי" וסיווג את ד"ר סיוון ככזה. המשמעות המעשית היתה כי ד"ר סיוון, כמו קבלן עצמאי לכל דבר, לא נהנה מחוקי המגן. תביעתו לפיצויי פיטורים וזכויות נוספות נדחתה.

בסמוך לאחר מכן קבע בית-דין אזורי, על בסיס הלכה זו, כי מורה שהועסק על-ידי המדינה ב"מכון להכשרה ימית" בעכו אינו אלא משתתף חופשי. בית הדין הארצי מיהר להבהיר כי לא לכך נועדה הקטגוריה החדשה: "אין זה סביר להניח שהמכון התכוון לכך שחובותיו של המורה תהיינה כחובותיו של 'עתונאי חופשי', סופר, משורר, או אמן, הפועלים כמשתתפים חופשיים, 'חופשיים' מכל חובות ארגוניות, ו'חופשיים' מכל חובות משמעת, רוצים – 'תורמים' (contribute) מפרי עטם או יצירתם האמנותית לעיתון או למפעל אמנותי, אינם רוצים – אינם 'תורמים'".³⁸

הבהרה זו הניחה לראשונה בסיס רעיוני לקטגוריה המשפטית החדשה. אכן, כפי שהרצאה חד-פעמית אינה הופכת את המרצה לעובד של מי שהזמין אותו, גם הזמנה חוזרת מפעם לפעם לא תהפוך את המרצה ל"עובד" של אותו מזמין, כל עוד הוא אינו כבול ואינו מחויב למזמין בשום צורה. כאמור בפרק הקודם, תכליתם של חוקי המגן לתקוף את קיומם של חסרים דמוקרטיים ביחסי העבודה ואת קיומה של תלות (כלכלית או אחרת) מצד העובד באותם יחסים. אדם השולח מעת לעת מאמרים מפרי עטו לעיתון, אך אינו קשור עם אותו עיתון במסגרת קבועה כלשהי, כותב מתי שהוא רוצה, מה שהוא רוצה ובהיקף שהוא רוצה, ויכול לשלוח כתבותיו גם לעיתון אחר – הרי יחסיו עם העיתון אינם מתאפיינים בקשיים עמם מנסים חוקי המגן להתמודד. פרשנות תכליתית של המונח "עובד" המופיע באותם חוקים – היינו, פרשנות שמטרתה להביא להגשמת החוקים בדרך הטובה ביותר – תוביל למסקנה כי, ככלל, אין מדובר ב"עובד".

אלא שהגיון זה, שניתן להסיקו מהבהרת בית הדין הארצי, אינו תואם את פסיקתו הלכה למעשה. ד"ר סיוון היה קשור עם רשות השידור במסגרת קבועה ומוגדרת; הוא לא "תרם" מתי ואיך שרצה, אלא אחת לשבוע, באופן קבוע ובמסגרת שנקבעה לו.³⁹ ואכן, במשך השנים שחלפו מאז נפסקה הלכת סיוון נמנע בית הדין הארצי כמעט לחלוטין מלהשתמש בה;⁴⁰ אם כי מפעם לפעם בתי הדין האזוריים דווקא הוציאו מועסקים מגדר התחום המוגן על בסיס אותה הלכה שנויה במחלוקת.⁴¹

לפני כעשור עלתה מחדש על סדר היום השאלה, האם ובאיזה אופן יש מקום לעשות שימוש בקטגוריית המשתתף החופשי. תחילה בעניינו של גדעון אנגל, אשר הועסק כחוקר פרטי במשרד חקירות בהיקף ובשעות לא קבועים, ומעסיקו סירב לשלם לו פיצויי פיטורים וזכויות נוספות בטענה כי הוא משתתף חופשי. טענה זו נדחתה, ברוב דעות, הן בבית הדין הארצי והן בבג"צ.⁴² ולאחר מכן בעניינו של שאול צדקא, אשר שימש משך 8 שנים ככתב גל"צ בבריטניה, במקביל

³⁸ דב"ע לד/3-9 אדמון – מדינת ישראל, פד"ע ה 169, פסקה 6.

³⁹ בצדק ציין הנשיא ברק, בפסק-דין שניתן כשני עשורים מאוחר יותר, כי "אילו עניין סיוון נפסק היום, היה מקום לראות במר סיוון עובד של רשות השידור" (פס"ד מור, הערה 5 לעיל, בפסקה 7).

⁴⁰ המקרים החריגים בהם נפסק כי מועסק הינו "משתתף חופשי" תואמים, לכאורה, את ההבהרה שהוזכרה לעיל ולא את הלכת סיוון עצמה. ראו למשל דב"ע נג/3-57 כהן – ידיעות אחרונות בע"מ (תאריך) (עיתונאי שישב בקופנהגן ושלח כתבות, בעיקר מיוזמתו, לעיתונים שונים).

⁴¹ ראו למשל תב"ע (ת"א) נא/15-6301 לינור – מדינת ישראל; תב"ע (ת"א) נד/15-2950 שוסטר – נורמן; תב"ע (ת"א) נר/35-1144 ילוב – עיתון מלאבס רשת שוקן בע"מ; עב" (ת"א) 300289/98 אולצקי – נידילי תקשורת בע"מ (10.9.01). ישנם גם מקרים שבהם בתי הדין האזוריים מאזכרים את המונח "משתתף חופשי", אך מפסקי-הדין עצמם עולה כי למעשה הבחינה הינה אם מדובר בעובד או קבלן עצמאי, לפי המבחנים המקובלים לכך. ראו למשל, לאחרונה, עב" (י-ם) 2619/05 גולדמן – צבר רפואה הוליסטית (06.09.09); תע"א (ת"א) 1624-09 מימון – פרידמן (26.07.11); תע"א (י-ם) 3385-09 בניסטי (קוסקס) – אוניברסל אליג בע"מ (01.02.12).

⁴² פס"ד מור, הערה 5 לעיל.

לעבודתו העיקרית כשליח "הארץ" שם, וגם ממנו מנעו תחילה פיצויי פיטורים וזכויות אחרות בטענה כי הינו משתתף חופשי, עד להתערבות בית הדין הארצי.⁴³

חוסר התכלית של קטגוריית המשתתף החופשי על-פי הפסיקה

פסקי הדין בעניין אנגל וצדקא חשפו קשת רחבה של דעות בעניין מקומה של אותה קטגוריה משפטית פרי פיתוח הפסיקה. בקצה האחד, הנשיא אהרן ברק (בעניין אנגל) הביע באופן משתמע ספק, אם בכלל יש מקום לקטגוריה כזו, שכן לגישתו ממילא יש לפרש את המונח "עובד" בהתאם לתכליתו בכל הקשר והקשר. בקצה השני, שופטי בית המשפט העליון צבי טל ואליעזר גולדברג סברו (גם כן בעניין אנגל), כי במסגרת המעבר לצורות העסקה בלתי שגרתיות התרחב השימוש במשתתפים חופשיים, ויש להכיר בכך משפטית ולעשות שימוש מוגבר בקטגוריה זו, ולא רק בתחום התקשורת.⁴⁴ בתווך נמצאו שופטי בית הדין הארצי, אשר בעניין צדקא סברו כולם כי יש מקום להמשך קיומה של אותה קטגוריה, אך מבלי להרחיב את היקף ההכרה בה. על אף הסכמה בסיסית זו, נתגלעו חילוקי דעות מהותיים גם בין שופטי הארצי עצמם. השופטת (כתוארה אז) ארד והשופט רבינוביץ' סברו כי יש לתת למונח משתתף חופשי את אותה משמעות שהיתה לו בעבר, ואולם בפועל, יישמו את ההלכה באופן מצמצם ביותר כאשר קבעו כי הכתב שאול צדקא לא היה משתתף חופשי אלא עובד לכל דבר ועניין. לעומתם סבר הנשיא אדלר, כי צדקא היה משתתף חופשי, ואולם לגישתו יש לשנות את ההלכה הקודמת ולקבוע כי גם על משתתף חופשי יחולו **חלק** מחוקי המגן, אם וכאשר מסקנה כזו מתבקשת מתכליתם של חוקים אלו.

במספר מדינות בעולם מוכרת קטגוריית ביניים בין עובד לקבלן עצמאי, אשר המועסקים הנמנים עליה אכן נהנים רק **מחלק** מחוקי המגן.⁴⁵ בין אם אותה קטגוריה מכונה "קבלן תלוי" (כך בקנדה), "מעין עובד" (כך בגרמניה) או בכל כינוי אחר, הרעיון דומה. מאחר שחברי אותה קבוצה חולקים רק חלק מהמאפיינים של עובדים "רגילים", הם זכאים רק לחלק מההגנות, הכל לפי העניין. אכן, אין כל הגיון בקיומה של קטגוריית "משתתף חופשי" אם לכל צורך משפטי תוצאותיה יהיו זהות לקטגוריה של "קבלן עצמאי". במובן זה אין הגיון לא בהלכת סיוון ולא בעמדתם של ממשיכי דרכה (לרבות דעת הרוב בפרשת צדקא). האופן שבו פותחה הקטגוריה בפסיקה – ומהווה גם כיום את ההלכה המחייבת (כדעת הרוב בפרשת צדקא) – אינו כקטגוריית ביניים אלא כתת-קטגוריה של קבלן עצמאי.

תכליתה של הוספת קטגוריית ביניים

ראינו, כי הקטגוריה של משתתף חופשי פותחה בפסיקה כתת-קטגוריה אשר אין לה משמעות משפטית ועל כן גם אין בה כל תועלת. לעומת זאת בהחלט יש הגיון בתפיסה, לפיה על חלק מהמועסקים מתאימים לחול רק חלק מדיני העבודה. כך, למשל, אם נתמקד בשאלת התלות (כלכלית או אחרת) של המועסק ביחסים עם המעסיק הספציפי, וכן בשאלת קיומם של חסרים דמוקרטיים ביחסים, ניתן לקבוע כי יחסים המאופיינים במידה גבוהה של תלות וחסר דמוקרטי הם יחסי עובד-מעביד (שמשמעותם החלה של **כל** דיני העבודה); יחסים המאופיינים בהעדר שתי חולשות אלה, או לפחות במידה נמוכה של שתיהן, הם יחסי קבלן-מזמין (אי-תחולה של דיני העבודה); ואילו יחסים המאופיינים בתלות בלבד נכנסים לקטגוריית ביניים (שנכנה, נניח, "קבלן תלוי") אשר תוביל להחלת **חלק** מחוקי המגן – אלה שמבקשים להתמודד עם בעיית התלות. כך, לדוגמא, ניתן לומר כי חוק שכר מינימום צריך לחול על קבלן תלוי, אולם חוק שעות עבודה ומנוחה – לא. לשון אחר: בהתייחס לכל חוק בנפרד, החלוקה היא בינארית – מתחייבת תשובה

⁴³ פס"ד צדקא, הערה 5 לעיל.

⁴⁴ בנסיבות אותו עניין, רק השופט טל, במיעוט, סבר כי אנגל ענה למאפיינים של משתתף חופשי. פס"ד מור, הערה 5 לעיל.

⁴⁵ לסקירה השוואתית ודיון ראו: Guy Davidov, *Who is a Worker?*, 34 INDUSTRIAL L.J. 57 (2005); Davidov, above note 35; Brian Langille & Guy Davidov, *Beyond Employees and Independent Contractors: A View from Canada*, 21 COMPARATIVE LABOR LAW AND POLICY JOURNAL 7 (1999).

דיכוטומית לשאלה אם החוק חל על המועסק או לא. רק ממבט-על הבוחן את דיני העבודה בכללותם יש הגיון בקטגוריית ביניים, אשר הנכנסים לגדרה ייהנו מחלק מחוקי המגן אך לא מכולם.

גישתו של הנשיא אדלר בפרשת צדקא, אשר ביקש ליצור קטגוריית ביניים להחלה חלקית של דיני העבודה, תואמת על כן באופן כללי את רעיון הפרשנות התכליתית. באמצעות יצירת קטגוריית ביניים ניתן להביא להחלה מדויקת יותר של חוקי המגן על מי שבאמת זקוק להם. עם זאת גישה זו צריכה עדיין להתמודד עם מספר מכשולים. ראשית, יש להראות כי השימוש בקטגוריית ביניים עדיף על-פני פרשנות תכליתית של המונח "עובד" בכל מקרה ומקרה. שנית, יש לקבוע את המאפיינים אשר יבחינו בין אותה קבוצה לבין העובדים מחד והקבלנים מנגד (בדומה להצעה שהובאה לעיל בדבר המאפיינים של "קבלן תלוי"). לבסוף, נשאלת השאלה אם בכלל ניתן ליצור קטגוריית ביניים בפסיקה, ללא כל עיגון חקיקתי.

אתיחס בקצרה לכל אחת מסוגיות אלו, לפי סדרן. הנשיא אהרן ברק, וכן השופטת אלישבע ברק, החזיקו (כך נראה) בדעה כי אין צורך בקטגוריית ביניים, מהטעם שהמונח "עובד" ממילא צריך להתפרש בכל הקשר והקשר לפי תכליתו, ויכלול על כן את כל המועסקים שראויים להיכלל בו, לפי העניין.⁴⁶ אכן, אם המטרה של פרשנות תכליתית בהקשר הנוכחי היא לוודא כי החוק יחול באופן המדויק ביותר על הקבוצה שלטובתה הוא מיועד, אזי הדרך הטובה ביותר להשגת המטרה היא לקבוע את היקף התחולה לגבי כל חוק בנפרד. הקושי בגישה זו הוא בחוסר הוודאות שיגרם מכך שמועסק יוכל להיחשב עובד לעניין חוק מגן א', קבלן לעניין חוק מגן ב', ועדיין לא לדעת את מעמדו לעניין חוק ג'. על כן יש יתרון מסוים בקביעה אפריורית כי מועסק העונה למאפיינים מסוימים שייך לקטגוריית ביניים, ויחולו עליו כתוצאה מכך חוקים א', ג' ו-ה'. זאת בפרט לאור העובדה שחוסר ודאות פועל לטובת הצד החזק ביחסים – המעביד – שהינו בדרך כלל בעל ידע רב יותר וכן בעל יכולת גבוהה יותר לקחת סיכון של הליכים משפטיים שאת תוצאתם קשה לחזות מראש. גם מבחינת היכולת של העובדים לגבש תודעה של השתייכות לקבוצה – למשל לצורך התארגנות בארגון עובדים – לחוסר הוודאות לגבי מעמדם כ"עובדים" מחיר לא מבוטל. ויובהר: אינני מתנגד לתפיסה העקרונית, לפיה למונח "עובד" עשויה להיות משמעות שונה בהקשרים שונים (בהתאם לתכלית). אולם ישנה תועלת רבה בהסדרים שיגבירו את הוודאות המשפטית לגבי מעמדם של עובדים – כמו יצירת קטגוריית ביניים כתחליף לפרשנות שונה למונח עובד בכל חוק – ובסופו של דבר האפשרות של עובדים להכיר את זכויותיהם, ולהצליח לממש זכויות אלה, גם היא מהווה חלק חשוב מתכלית דיני העבודה.

ראינו, כי במקומות אחרים בעולם קיימת קטגוריית ביניים של "קבלן תלוי", והצעתי לעיל בכלליות מאפיינים להבחנה בין "עובד", "קבלן עצמאי" ו"קבלן תלוי". האם הקטגוריה של משתתף חופשי כפי שהציע הנשיא אדלר בפרשת צדקא מקבילה לכך? עיון בפסק-הדין מעלה כי לצורך קביעת קו הגבול בין משתתף חופשי לעובד, הנשיא אדלר מתבסס בעיקר על השאלה, אם המועסק קובע לעצמו את היקף העבודה, ואם הוא חופשי להחליט אם לקבל כל הצעת עבודה; במילים אחרות, האם הוא "רוצה – תורם, אינו רוצה – אינו תורם". אימתי ייחשב מועסק ככזה? זוהי אינה אך שאלה של יישום בנסיבות כל מקרה, אלא שאלה המחייבת קביעת מדיניות משפטית כללית. בעניין החוקר הפרטי אנגל סבר הנשיא ברק כי אף שלכאורה לא היתה התחייבות של בעל המשרד לתת לאנגל תיקים, ולא התחייבות של אנגל לקבל תיקים שיוצעו לו, הרי מאחר שדובר ביחסים קבועים ומתמשכים, מכוח חובת תום-הלב (אשר חלה בכל מקרה של יחסים חוזיים) קמה מחויבות הדדית כזו.⁴⁷ גם אם לא היתה מחויבות לתת מספר מסוים של תיקים או לקבל בהכרח כל תיק, אזי היתה בין הצדדים, או לפחות נוצרה במשך הזמן, מחויבות לתת ולקבל עבודה בגבולות סבירים כלשהם. הרי לא יתכן, כפי שציין בצדק הנשיא ברק, כי הצדדים פעלו ללא

⁴⁶ לעמדתה של השופטת ברק ראו למשל פס"ד טריינין, הערה 8 לעיל. לעמדתו של הנשיא ברק ראו פס"ד מור, הערה 5 לעיל.

⁴⁷ פס"ד מור, הערה 5 לעיל.

מינימום של ודאות לגבי תוכן הקשר ביניהם. יחסים מסוג זה אינם מתמצים בשורה של הסכמים חד-פעמיים בלבד, אלא כוללים גם הסכם מסגרת, אם לא מפורש אז משתמע.

כמובן שישנם גם מועסקים אשר באמת "רוצים – תורמים, אינם רוצים – אינם תורמים." אולם, כפי שנאמר לעיל, ספק אם במקרים כאלה יש הצדקה להחלת דיני העבודה (גם לא באופן חלקי). אם נניח עיתונאי, אשר כותב כתבות ושולח אותן לעיתונים שונים, כאשר מספר הכתבות, עיתוי הכתיבה, נושאי הכתבות ומקום הפרסום נתונים לשיקול דעתו הבלעדי – לא קיימת תלות וגם לא כפיפות, ובנסיבות כאלה קשה לראות את ההצדקה להחלת חוקי מגן. ייתכן בהחלט שנדרשת רגולציה מסוימת לטובת קבוצת הפרטים במעמד זה, בתחומים דומים בחלקם לדיני העבודה – למשל הסדרה כלשהי שתסייע להם בתחום הפנסיה. אבל דיני העבודה מבוססים על קיומו של מעביד מסוים שיכול וצריך לשאת באחריות, ובנסיבות שתוארו לעיל לא קיים מעביד כזה.

המסקנה היא כי הקריטריון של "רוצים – תורמים" אינו מתאים להגדרת קטגוריית ביניים, אשר תוכל לבסס החלה של חלק מדיני העבודה. בפרשת צדקא הציע הנשיא אדלר לבסס את הגדרת הקבוצה על קריטריון זה, ולאחר מכן לבחון בנפרד אם מתאים להחיל כל אחד מחוקי המגן, על-פי תכליתו. אולם, כאמור, פרשנות תכליתית מחייבת קישור בין המבחנים עצמם לבין ההצדקה להחלת חוקי המגן. לא מדובר בשני שלבים נפרדים; יש להצדיק את המבחנים/קריטריונים לכניסה לקטגוריית הביניים על בסיס תכליות החוק.

אם נבחן את מאפייני ההתקשרות של מועסקים המכונים כיום בשוק העבודה "משתתפים חופשיים" (או "פריילנסרים") נגלה מגוון של סוגי התקשרויות. בחלק מהמקרים, קיימת גם תלות וגם כפיפות – כך, למשל, בעניין ד"ר ראובן סיוון.⁴⁸ במקרים כאלה המועסק צריך להיחשב "עובד" וליהנות מהגנה מלאה. בחלק אחר מהמקרים, דומה כי לא קיימת כפיפות, ובכל זאת ישנה מידה לא מבוטלת של תלות (כלכלית או אחרת) – כך, למשל, בעניין שאול צדקא. במקרים כאלה מתאים היה לסווג את המועסק כ"קבלן תלוי" ולהחיל חלק מדיני העבודה בלבד.⁴⁹ לבסוף, ישנם גם מקרים, שבהם קיימת מידה גבוהה של עצמאות – לרבות אותם מקרים של "רוצים – תורמים" – ובהעדר תלות וכפיפות, ראוי לסווג את אותם מועסקים כקבלנים עצמאיים, ללא תחולה של דיני העבודה

ראינו, אם כן, שיש מקום לקטגוריית ביניים בין עובד לקבלן עצמאי, אך לא של "משתתף חופשי" (בהנחה שנאפיין קבוצה זו כ"רוצים – תורמים") אלא של "קבלן תלוי".⁵⁰ נותרה עדיין השאלה, האם בכלל ניתן לפתח קטגוריה כזו במסגרת פרשנות תכליתית של המונח עובד, או שמא חורג הדבר מגבולות הלגיטימיות ל"חקיקה שיפוטית". דרך המלך היא, כמובן, עיגון של קטגוריית הביניים בחוק. כך הדבר במדינות אחרות שבהן קיימת קטגוריה כזו. כך גם תושג באופן מיטבי המטרה של ודאות משפטית, לפחות בהתייחס לשאלה איזה חלק מדיני העבודה חל על קבוצת הביניים. חוקי המגן קובעים כי הזכויות מגיעות ל"עובד", מבלי להזכיר אפשרות של קבוצת ביניים כלשהי. עם זאת, המחוקק השאיר במכוון פתח רחב לשיקול דעת בתי הדין, לקבוע מיהו "עובד". ניתן לטעון כי במסגרת שיקול דעת זה רשאי בית הדין גם ליצור קטגוריות נוספות, ככלי עזר ליישום מלאכתו הפרשנית. יצירת קטגוריית ביניים בדרך של פסיקה היא בעיני גבולית, אך אפשרית. עם זאת, טוב יעשה המחוקק אם יסדיר את הנושא בחקיקה.

סיכום

⁴⁸ ראו גם ע"ע (ארצי) 300229/96 כהן – דן אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ, פד"ע לו' 817 (2002); עב' (ת"א) 3295/00 שוב – מדינת ישראל (2.10.03).

⁴⁹ ראו גם ע"ע (ארצי) 300251/97 פלבן – רשות השידור, פד"ע לט 324 (2004).

⁵⁰ ואכן, הצעת חוק פרטית שהוגשה במטרה להגן על "משתתפים חופשיים" ולשפר את מצבם, מגדירה אותם על בסיס תלות כלכלית במזמין יחיד – לפי ההצעה, חלק מחוקי המגן יחולו כאשר 75% מההכנסות הן מאותו מזמין (הצעת חוק המשתתף החופשי, התשס"ט-2009, 18/1601/פ).

הנחת המוצא של המאמר – אשר נימקתי בקצרה במבוא – היתה כי פרשנות תכליתית של חוקי העבודה הינה ראויה. במאמר ביקשתי לבחון באיזו מידה אכן מתקיימת בפסיקה בתחום העבודה פרשנות תכליתית, הלכה למעשה. באמצעות בחינה של שאלה פרשנית בודדת (אך מרכזית) ביקשתי להראות כי ה"מהפכה" בכיוון של פרשנות תכליתית טרם הושלמה. על אף אמירות חוזרות בפסיקה בדבר הצורך בביצוע פרשנות תכליתית, הפרשנות שניתנת למונח "עובד" לא תמיד תואמת את תכליתו של מונח זה.

בפרק הראשון ביקרתי את הפסיקה על ההתמקדות בשאלת האחידות בשימוש במונח "עובד" בהקשרים שונים, תוך התעלמות מהצורך לבחון מחדש גם את המבחנים עצמם לאור התכלית. בפרק השני הראיתי, כי התכלית של המונח "עובד" היא למעשה תכליתם של דיני העבודה באופן כללי, ודנתי בקצרה בתכליות אלה. טענתי, כי מועיל במיוחד להתמקד בנחיתות של העובד ביחסים מול המעביד, בשני מובנים: חסרים דמוקרטיים ותלות. תכליתם של דיני העבודה היא לצמצם חולשות אלה וכן למנוע תוצאות לא רצויות הנובעות מהן. הראיתי, כי לפחות שניים מהמבחנים הנוהגים כיום להכרעה בשאלה אם אדם הוא "עובד" אינם תואמים את תכלית דיני העבודה. בפרק השלישי פניתי לבחינת הקטגוריה של "משתתף חופשי", אשר פותחה בפסיקה כחלק מהדיון בפרשנות המונח "עובד". טענתי, כי על-פי הפסיקה הנוכחית, הקטגוריה של "משתתף חופשי" היא תת-קטגוריה של "קבלן עצמאי" ואין לה שום משמעות מבחינה משפטית. לעומת זאת תהיה תועלת רבה ביצירת קטגוריית ביניים – בין עובד לקבלן עצמאי – אשר המועסקים שייכנסו לגדרה ייהנו רק מחלק מחוקי המגן. רצוי, כמובן, שמהלך כזה יעוגן בחקיקה, כפי שקרה במדינות רבות אחרות. עמדתי על כך שהדרך המועדפת להגדרת קטגוריית הביניים היא על בסיס המאפיינים שאוזכרו לעיל; ובפרט, הצעתי כי היא תכלול מועסקים שאינם כפופים למעביד מסוים, אולם כן מצויים במצב של תלות (כלכלית ואחרת) כלפי מעביד מסוים.