

פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד

מאת

גיא דוידוב*

מבוא. פרק ראשון: פרשנות תכליתית – מהפכה שטרם הושלמה. פרק שני: עובד מול קבלן עצמאי; 1. תכלית ההבחנה בין עובד לקבלן היא תכלית דיני העבודה; 2. על הקשר בין המבחנים השונים לבין התכלית; 3. פרשנות תכליתית של המונח "עובד" – הערה השוואתית וסיכום ביניים. פרק שלישי: "משתתף חופשי"; 1. חוסר התכלית של קטגוריית המשתתף החופשי על פי הפסיקה; 2. תכליתה של הוספת קטגוריית ביניים. סיכום.

מבוא

שיטת הפרשנות התכליתית – המזוהה אצלנו במידה רבה (ובצדק) עם פסיקתו וכתבתו 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 שחקיקה נועדה לקדם מטרות חברתיות, ויש לפרש אותה באופן שיקדם את מימושן של מטרות אלה. דומה כי גם אין מחלוקת של ממש ששופטים אינם מוגבלים לבדיקת 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 הרלוונטי) – רלוונטיים לשופט המבצע פרשות תכליתית. ועם זאת לא די בהם. המחוקקים אינם יכולים לצפות מראש כל מקרה שייכנס בעתיד לגדרי החוק, ולא בהכרח הייתה להם דעה על אופן יישום החוק בהקשר קונקרטי. יכול להיות שלכל אחד מחברי הכנסת שהצביע בעד החוק

* הקתדרה לדיני עבודה ע"ש אליאס ליברמן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה מוקדש בהערכה ובחיבה לסטיב אדלר, אשר הייתה לי ההזדמנות להכירו עוד בהיותי מתמחה בבית הדין הארצי לעבודה, ובמשך השנים לאחר מכן נהנית 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 Lon L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*, 46 YALE L.J. 52, 52 (1936).

הייתה דעה שונה משל חברו באשר לתכליתו. זאת ועוד, גם אם נניח שהייתה 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 ואתה גם תכליתם של חוקים. ייתכן שחוק כוון תחילה למטרה מסוימת, אולם במועד מאוחר יותר, בשל שינוי תפיסות חברתיות, הוא מכוון למטרה שונה. לכן הליך הפרשנות התכליתית כולל 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 נכבד במסגרת התכלית האובייקטיבית לערכים מופשטים ומרוחקים מהחוק הספציפי, כמו "ערכי היסוד של השיטה", שכידוע אינם כתובים. החשש הוא שבדרך זו השופט למעשה כופה את ערכיו הפרטיים על החקיקה. אולם ניתן לפרש חקיקה כדיני עבודה פירוש 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 שבהם יש 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 מטרת מתנגשות שנוסחו במפורש במסגרת הליכי החקיקה? והאם ניתן לפרש חוק לאור תכליתו גם כאשר פרשנות זו סותרת את לשונו המפורש? אלה שאלות קשות אשר כאמור אינן מחייבות הכרעה במאמר הנוכחי. ברוב המקרים של המקרים אין סתירה בין תכליות סובייקטיביות לאובייקטיביות, וגם אין התנגשות בין שתי אלה לבין לשון החוק. לכן ניתן להניח, לצורכי 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, בין השאר בזכותו של הנשיא אדלר, אשר הוביל והנהיג קו זה בפסיקה. ועם זאת המהפכה טרם הושלמה. עדיין יש דוגמאות בולטות – גם בפסיקתו של הנשיא אדלר עצמו – למקרים שבהם ההלכה אינה תואמת את תכלית החקיקה. במאמר זה אתמקד בדוגמה אחת לכך: פרשנות המונח "עובד".³ מדובר בשאלה פרשנית המונחת בבסיס דיני העבודה, אשר שבה ומתעוררת באופן תדיר בפסיקה. יש לה אפוא 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: הפרק הראשון בוחן בחינה ביקורתית 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

2 לדיון תמציתי בהצדקות לפרשנות תכליתית ויישום שיטה זו בהקשר של דיני עבודה ראו, Guy Davidov, *Articulating Labour Law's Goals: Why and How*, 3 EUROPEAN LABOUR L.J. 130 (2012)

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 259 (2001); סטיב אדלר "היקף תחולת משפט העבודה – מכפיפות לתכלית" ספר מנחם גולדברג 18 (2001); איל זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב 113 (1992); ברכיהו ליפשיץ עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות (1993).

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 בדרך הטובה ביותר את התכלית שעומדת מאחוריו, את המטרה שלשמה הוא חוקק.⁴ המונח "עובד" מופיע בחקיקה, ולכאורה אותו כלל צריך לחול גם עליו. האם יש סיבה שלא לנקוט את שיטת הפרשנות התכליתית בהקשר הספציפי? לעניין זה חשוב להבחין בין שתי שאלות שונות, שבפסיקה לא הקפידו להבחין ביניהן. שאלה אחת היא אם יש לפרש את המונח "עובד" פרשנות תכליתית. שאלה שנייה היא באיזו מידה יש לשאוף לאחידות במשמעות המונח "עובד" בהקשרים שונים.

אשר לשאלה 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 מאליה. אי אפשר 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, שעל המבחנים לקביעת יחסי עובד-מעביד לתאום את תכלית החקיקה, ושנית, וכנובע מכך, שעשוי להיווצר מצב שבו 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 אתייחס למחלוקת זו במידה מסוימת בפרק

4 לשימוש (מפורש) בפרשנות תכליתית בהקשר של דיני עבודה ראו למשל דג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998); [1997] 1 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, [2011] UKSC 41, par. 35 (UK Supreme Court).

5 סימני דרך עיקריים הם פסק הדין של השופטת ברק בדב"ע נה/109-2 לויין – המוסח  וזו לאומי, פד"ע כט 326 (1995); בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי, פ"ד נ(4) 628 (1996); בפ"ד ש"ת סרוסי, לעיל ה"ש 4; ע"ע 300274/96 צדקא – מדינת ישראל, פד"ע לו 625 (2001).

6 למעשה עיון בפסיקה של שני העשורים האחרונים מגלה ספקטרום של גישות. בקצה אחד השופטת ברק (למשל בעניין לויין, לעיל ה"ש 5), השופט צור (בע"ע 1247/01 גדרה – מדינת ישראל צבא הגנה לישראל (פורסם בנבו, 16.1.2006)) ושופטי בית המשפט העליון (בפרשות מור (לעיל ה"ש 5) וסרוסי (לעיל ה"ש 4)), וכן בבג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817 (2001)). כל אלה סבורים שכעיקרון אפשר שמשמעות המונח "עובד" תהיה שונה בכל אחד מחוקי המגן ובכל פרק מפרקי הביטוח הלאומי.

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 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 לפי הקבוצה המדויקת הנובעת מתכלית אותו חוק. אשר לאופן הביצוע של איזון זה והמשקל שניתן בו לכל צד יש גישות שונות, כמפורט לעיל.⁸

ללא קשר לשאלת האחידות, שבה התמקד בינתיים הוויכוח בבית הדין, על המבחנים עצמם שמשמשים לקביעה מיהו "עובד" לתאום את התכלית שמאחורי החקיקה (או התכלית שמאחורי ההבחנה בין עובד לקבלן עצמאי). בסוגיה זו טרם נערך דיון בפסיקה, לפחות לא דיון מפורש.⁹ בפסיקה

בקצה השני נמצאים השופט אליאסוף (בדב"ע נו/345-0 כהן – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לג 66 (1998)), הנשיא גולדברג (במאמרו "מיהו 'עובד' ומי מעבידו", לעיל ה"ש 3) והשופט (כתוארו אז) פליטמן (בעב"ל 20379/97 אורלי – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לה 273 (2000) וכן בע"ע 568/06 שושן – קל שירותי נופש ותיירות בע"מ (פורסם בנבו, 3.1.2008)), שסבורים שצריכה להיות משמעות אחידה למונח "עובד" בכל תחומי המשפט המגן והביטחון הסוציאלי. בתווך מצוי השופט רבינוביץ' (בעניין צדקא, לעיל ה"ש 5), שסבור שצריכה להיות הגדרה אחידה לכל חוקי המגן, אך מפריד בינם לבין חוקי הבטיחות בעבודה ובביטחון הסוציאלי. וקיימת עמדת הנשיא אדלר (בעניין צדקא), שרואה גם הוא בחוקי המגן מקשה אחת, אך בניגוד לשופט רבינוביץ' משאיר פתח לחרגים, כלומר מוכן שתהיה פגיעה באחידות ההגדרה במקרים מסוימים בעיקר באשון (למ) לתתפיים חופשיים (לפי עניין צדקא), אך מוכן לקבל גם מקרים חריגים נוספים (לפי מאמרו, לעיל ה"ש 3.3. וראו גם עניין גדרה, לעיל ה"ש 6). לצדו קיימת גישת השופטת (כתוארה אז) ארד, אשר בעיקרון מאמצת את הגישה הראשונה, בעקבות בית המשפט העליון (כך בעניין צדקא), אולם מבהירה כי ייעשה שימוש בכך רק כדי להרחיב את תחולתו של חוק מסוים על מי שלפי המבחנים אינו עובד, כחריג לצד משמעות אחידה למונח "עובד" (עניין שושן, שם, פס" 13 לפסק דינה).

7 על הקושי בבחירת רמת ההפשטה (או רמת ההכללה) המתאימה בעת הגדרת התכלית ראו Davidov, *Articulating Labour Law's Goals*, לעיל ה"ש 2; 2; Guy Davidov, *Re-Matching Labour Laws With Their Purpose*, in THE IDEA OF LABOUR LAW 179 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011)

8 יש לציין כי מאחר שהפרשנות היא תמיד תכליתית, המונח "מבחן התכלית" שבו השתמש הנשיא אדלר לעתים מטעה. הנשיא אדלר הביע את העמדה שלפיה רק במקרים מסוימים, כמו למשל בהתייחס למשתתפים חופשיים (עניין צדקא, לעיל ה"ש 5) או בצורות העסקה לא שגרתיות (ע"ע 300021/98 טריינין – חריש, פד"ע לו 433 (2002)), יש מקום להתבסס על "מבחן התכלית" (ראו גם ע"ע 300267/98 טויטו – מ.ש.ב. הנדסת קירור ומיזוג אויר (1965) בע"מ, פד"ע לו 354 (2002)). בדומה לזה, השופטת (כתוארה אז) ארד ציינה כי "הפרשנות התכליתית... אינה הכלל כי אם היוצא מן הכלל. מבחן הפרשנות התכליתית מיושם, כאשר נמצא כי בתבנית ההעסקה הלא שגרתית מתקיימים במי שאינו מוגדר 'עובד', על פי המבחן המעורב, סממנים של 'עובד' שיש בהם דמיון ליחסי עובד-מעביד" (עניין שושן, לעיל ה"ש 6, פס" 13. ראו גם פסק דינה בע"ע 1120/02 ועקנין – המועצה הדתית אופקים, פד"ע לט 751 (2003)). אמירות כאלו מרמזות כאילו במקרים אחרים יש נתק בין פרשנות המונח "עובד" לבין תכלית החקיקה, אולם דומני כי לא זו הייתה הכוונה – אלא לומר כי במרבית המקרים יש לתת עדיפות לשיקולי אחידות. לחריג מסוים – התייחסות קצרה ביותר לתכלית דיני העבודה כבסיס למבחנים הקיימים – ראו פסק דינו של השופט פליטמן בע"ע 300064/96 קרני – האיגוד הארצי למסחר בישראל, פד"ע לו 241, 249 (2001).

בית המשפט העליון ובית הדין הארצי משני העשורים האחרונים יש התייחסויות מפורשות רבות לצורך בפרשנות תכליתית בעת ההכרעה אם אדם הוא "עובד", ועם זאת אין כל התייחסות בפסיקה זו לצורך בבחינה מיוחדת של המבחנים על בסיס תכליתי, וגם לא התייחסות אחרת לקשר שבין פרשנות תכליתית לבין המבחנים המשמשים להבחנה בין עובד לקבלן. דומה כי בפסיקה מניחים כמובן מאליו 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 אם (במנותק מהמבחנים) האדם התובע זכויות של "עובד" אכן ראוי/מתאים להיכלל בהגנה של חוקי המגן.¹¹ אולם כיצד נדע אם הוא ראוי לכך או לא? ברור שיש לעשות בדיקה כזו על בסיס כללים שוויוניים שניתנים לצפייה מראש ולא על בסיס נסיבותיו האישיות של כל אחד. לשם כך בדיוק נועדו המבחנים, והם 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 בשביל אחר. בפרט, המונח "עובד" אינו כולל בחובו מי שמבצע עבודה כקבלן עצמאי. למעשה אפוא 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 הוא 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 הזה:¹³

(א) תכליתם של דיני העבודה היא, באופן כללי ביותר, להגן על עובדים בשל חולשתם היחסית כנגד המעביד;

- 10 עניין סרוסי, לעיל ה"ש 4; עניין שדות, לעיל ה"ש 6.
- 11 ראו למשל עניין סרוסי, לעיל ה"ש 4. במסגרת זו ניתן למצוא אמירות בפסיקה שלפיהן אדם זכאי לזכויות של עובד אף שאינו "עובד" (ראו למשל פסקי הדין של השופטת (כתוארה דאז) ארד בע"ע 1141/02 בשן – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.5.2003) וכן בפרשת שושן, לעיל ה"ש 14. ראו גם עב' (ת"א) 2162/02 פאר – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.4.2007)). אולם לדעת בית הדין, לא ברור כיצד יכול חוק שמגדיר את הזכויות ל"עובד" כנגד "מעביד" לחול גם כאשר אין יחסי עובד-מעביד, ומניין שואב בית הדין סמכות לקבוע זאת. נראה שהכוונה הייתה למעשה לקבוע כי בהקשר הקונקרטי המועסק הוא "עובד" – במסגרת פרשנות תכליתית של מונח זה – אף שבהקשרים אחרים אינו כזה. ראו בעניין זה ביקורתו (המוצדקת לטעמי) של השופט פליטמן בפרשת שושן, שם, וכן בע"ע 247/07 פלונית נ' קוצ'יק (פורסם בנבו, 2009).
- 12 ע"א 426/63 המוסד לביטוח לאומי נ' זינגר, פ"ד יח(2) 302, 299 (1964); דב"ע לא/3-27 עיריית נתניה – בירגר, פד"ע ג 177, 190 (1971).
- 13 לביטוי מפורש של הלך מחשבה דומה, ראו ע"ע 110/10 רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ, פס' 35–40 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה (פורסם בנבו, 22.12.2011).

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

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

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

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

1. תכלית ההבחנה בין עובד לקבלן היא תכלית דיני העבודה

מבחן ההשתלבות שאומץ בעניין בירגר¹⁵ – בעקבות פסיקה זרה – נוהג עד היום כמבחן המרכזי. מצטרפים אליו כמה מבחני עזר אשר גובשו במשך השנים, ומכלול זה מכונה "המבחן המעורב".¹⁶ האם מבחנים אלה פותחו במקור על בסיס תפיסה ברורה של 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 אין אמירה ברורה בנושא, המסבירה מהן התכליות וכיצד המבחנים אמורים להוביל למימוש תכליות אלה. ראוי 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 בנוגע לחקיקה מסוימת והצורך בה; או מצטברות ראיות חדשות בנוגע להשלכות של חקיקה כזו או אחרת; או מתפתחת חשיבה תאורטית חדשה באשר להצדקות לחקיקה. וכך גם – ובעיקר – כאשר משתנות הנסיבות בשטח. בשוק העבודה חלו תמורות דרמטיות

14 לסקירה השוואתית של המבחנים המשמשים בשיטות משפט שונות – הדומים 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 עניין בירגר, לעיל ה"ש 12.

16 ראו גולדברג "עובד ומעביד – תמונת מצב", לעיל ה"ש 3. לדוגמה עדכנית לשימוש במבחנים אלה ראו ע"ע 646/09 טוויזר – מאפיה מרחבית קרית שמונה (1986) בע"מ (פורסם בנבו, 29.2.2012).

בעשורים האחרונים,¹⁷ ועמן משתנה גם הצורך ברגולציה. לעתים תמורות אלה מובילות לשינויי חקיקה, ולעתים עליהן להוביל לשינוי באופן הפרשנות של חקיקה קיימת. פרשנות תכליתית מחייבת אפוא בדיקה חוזרת – אחת לכמה שנים – של התאמת המבחנים שפותחו בפסיקה לתכליות העדכניות.¹⁸

מהי אפוא תכלית 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 חד-פעמי מחברו, למשל התקשרות חד-פעמית עם שרברב לצורך תיקון צנרת בבית פרטי. ברור כי חוקי המגן (או לפחות רובם) אינם מתאימים לסיטואציה כזו. לא סביר למשל להטיל על המזמין האקראי אחריות בכל הקשור לשעות העבודה והמנוחה של השרברב, או את זכותו לחופשה שנתית. עלינו אפוא לפרש את המונח "עובד" באופן שיכלול את קבוצת האנשים אשר עובדים בשביל 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 היא כי דיני העבודה נועדו להתמודד עם אי-השוויון בכוח המיקוח שבין הצדדים. ניסוח ותיק אחר הוא 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, ובמיוחד על כבוד העובד כאדם (או בניסוח אחר: להבטיח כי היחס לעבודה אינו כאל "מצרך"); להבטיח יציבות בשוק העבודה (או: להקנות בטחון לעובדים); וכן למקסם את החופש (המהותי) של הפרט. בשנים האחרונות גם מתחזקת הגישה שלפיה 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

17 ראו באופן כללי גיא מונדלק יחסי עבודה בעידן של תמורות (2004); KATHERINE V.W. STONE, FROM WIDGETS TO DIGITS: EMPLOYMENT REGULATION FOR THE CHANGING WORKPLACE (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 היטיב 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, ישתנה המבחן" (עניין בירגר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 181).

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

20 לדיון בכל התכליות הללו (וכן כמה ניסוחים נוספים) ראו: Guy Davidov, *The Goals of Regulating Work: Between Universalism and Selectivity*, 64 U. TORONTO L.J. 1 (2014). לדיון בתכליות דיני העבודה ראו גם רות 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 ז (1999).

21 ראו Davidov, *Re-Matching Labour Laws*, לעיל ה"ש 7.

שלנו היא כי יש מצבים שבהם עבודה מבוצעת בשביל אחר אך למרות זאת אין מקום להחלת דיני העבודה, השאלה היא כמה שונים מצבים אלה מאותם מקרים שבהם דיני העבודה נדרשים. לשון אחר: אם נבין (ונגדיר לעצמנו) כמה 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 יש 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 אפוא המאפיינים המייחדים את יחסי העבודה? דומה כי המונח "אי-שוויון בכוח המיקוח", אשר מבקש אף הוא לתת תשובה לשאלה זו, הוא כללי ומעורפל מדי, שהרי יחסים חוזיים אינם מאופיינים כלל בשוויון כוחות. מונח זה מבקש להצביע, בצדק, על נחיתות כלשהי (או חולשה יחסית) של העובד ביחסים כנגד המעביד. את הנחיתות הזו אפשר למקד באמצעות בחינה של שלושה "צירים" שעליהם מתבססת מערכת היחסים בין עובד למעבידו: ארגוני, כלכלי ופסיכולוגי-חברתי.²² במישור המבנה הארגוני יחסי עבודה אינדיווידואליים מאופיינים בחסר דמוקרטי, הנובע מעצם הכפיפות של העובד למעביד. בעצם הכניסה ליחסים עובד מתחייב למלא אחר ההנחיות המשתנות של המעביד (כמובן, בגבולות מסוימים) – וזאת מבלי להיות שותף לבחירת המנהלים שיטילו עליו הוראות. חסר דמוקרטי זה הוא בלתי נמנע; אי אפשר לקיים מקום עבודה מבלי שיהיה גורם כלשהו שיהיה אחראי לתאום בין העובדים, ולשם כך יהיה בעל סמכות לתת להם הנחיות מחייבות. אולם חסר דמוקרטי זה משמעו גם מתן כוח למעביד, 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 (לצורכי פרנסה) והן במובן האישי-חברתי (כמקור להגשמה עצמית, סיפוק, עניין, קשרים חברתיים, סטטוס חברתי וכו').²³ המאפיין השני הוא תלותו של העובד ביחסים עם המעביד הספציפי לשם הגשמת צרכים אלה. אין מדובר כמובן בתלות מוחלטת, אבל ביחסי עבודה קיימת תלות במידה רבה 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).

2. על הקשר בין המבחנים השונים לבין התכלית

ראינו אפוא שיחסי עבודה מתאפיינים בנחיתות יחסית של העובד ביחסים כנגד המעביד, בשני מובנים: חסר דמוקרטי (או אם תרצו, כפיפות במובן הרחב) ותלות.²⁴ לפיכך ניתן להגדיר את תכלית דיני

22 לפיתוח מקיף של גישה זו ראו Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships*, לעיל ה"ש 14.

23 ראו גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל 533 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

24 תפיסה זו מוצאת ביטוי גם בפסיקה, בעיקר אצל הנשיא פליטמן, אשר מתייחס במפורש ל"כפיפות ותלות" כמאפיינים הבסיסיים של יחסי העבודה (עניין קרני, לעיל ה"ש 9, בעמ' 249 (2001); ע"ע 300256/98 אייזיק – תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 817, 848 (2002); עניין שושן, לעיל ה"ש 6; עניין

העבודה כצמצום חולשות אלה ומניעת תוצאות לא רצויות הנובעות מהן. את המבחנים להבחנה בין "עובד" ל"קבלן" ראוי לבחון מחדש על רקע תפיסה זו – או כל תפיסה מתחרה אחרת שמגדירה בבירור את תכליתם של דיני העבודה. מבלי להיכנס כאן לניתוח מעמיק של כלל המבחנים ניתן לומר כי מרבית המבחנים המקובלים כיום תואמים בהחלט 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

עם זאת יש 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 מאפיין של קבלן עצמאי. אולם יש לצאת מנקודת הנחה כי מעבידים רוצים לעתים קרובות להתחמק מתחולת חוקי המגן, ולכן יגדירו את היחסים ככאלה שאינם יחסי עבודה. בהתחשב בפערי 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 בבית הדין, כלומר הקביעה כי לעצם הגדרת האדם "קבלן עצמאי" בחוזה לא יינתן משקל. מדוע אפוא 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 היעדר חסרים דמוקרטיים או היעדר תלות.²⁷

המבחן השני שאינו תואם את התכלית נוגע ללבו 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

פלוניתי, לעיל ה"ש 11). התייחסות לתלות בהקשר הנוכחי מופיעה גם בפסק דין בירגר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 188: "נשוא משפט העבודה הוא 'העבודה שיש בה תלות', וה'עובד' שבו מדובר הוא זה ש'תלוי בזולת שאצלו הוא עובד' ואינו עצמאי...". מעניין כי בית הדין תפס את הפיקוח ואת ההשתלבות כסממנים ("סימפטומים" בלשונו, שם) לתלות. זאת בניגוד לגישה המובאת כאן, שלפיה תלות וחסרים דמוקרטיים הם שני היבטים שונים ונפרדים של נחיתות העובד ביחסים כנגד המעביד.

25 לדיון פרטני במבחני העזר השונים ובקשר של כל אחד מהם לתלות או חסרים דמוקרטיים ראו Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships*, לעיל ה"ש 14.

26 לשימוש במבחן זה ראו לדוגמה עניין שושן, לעיל ה"ש 6, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ארד.

27 מסיבות דומות ראוי לביקורת גם הכלל שנקבע בפסיקה שלפיו קביעה בחוזה שאדם הוא קבלן עצמאי מעבירה את נטל ההוכחה. קשה ליישב גישה זו עם התכלית של דיני העבודה. הרחיק לכת אף מעבר לכך השופט (כתוארו אז) 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 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 הראיה לטוען ליחס שונה מן היחס למראית עין שעטו הצדדים על הקשר שביניהם" (עניין קרני, לעיל ה"ש 9, פס' 9 לפסק דינו). לפי גישה זו, כל ספק פועל לרעת העובד, וכל מקרה קשה יוכרע לטובת המעביד. קשה להצדיק זאת מנקודת מבטה של תכלית דיני העבודה.

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; לעתים בודקים בתי הדין את ההשתלבות במובן הראשון, לעתים במובן השני, ולעתים בשני המובנים גם יחד.²⁹ אלא שמבחינת פרשנות תכליתית של המונח "עובד" ניתן להצדיק רק את המשמעות השנייה של המבחן. השתלבות העובד עצמו במערך הארגוני משמעה כפיפות שלו להוראות המעביד – שמצביעה על חסר דמוקרטי ועל צורך בהגנת דיני העבודה. לעומת זאת השתלבות התפקיד ב"פעילות הרגילה" של המפעל אינה רלוונטית 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 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 – בהנחה 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.

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

ראוי לציין לזכותם של בתי הדין לעבודה כי על אף הביקורת המבחינים המקובלים בישראל לקביעה מיהו "עובד", וכן אופן יישומם, תואמים את שיטת הפרשנות התכליתית הרבה יותר מאשר בשיטות משפט רבות אחרות. בעיקר 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 "המציאות הכלכלית" שמטרתו לזהות אם העובד מצוי בנסיבות המצדיקות הגנה.³⁰ אולם מאז חלה שם נסיגה, והרכבים 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 מבחינים היסטוריים אלה דווקא. באנגליה הקושי המרכזי הוא היצמדותם 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

28 עניין בירגר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 189.

29 לבדיקת השתלבותו של התפקיד ראו למשל פסק דינו של הנשיא אדלר בעניין טריינין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 446 ("מתן שירותים משפטיים אינו חלק אינטגרלי או מרכזי מפעילותה הרגילה של המפלגה"); וכן בעניין אייזיק, לעיל ה"ש 24, 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. 704 (1947); *U.S. v. Silk*, 331 U.S. 722 (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).

למעשה עבדו במשרה מלאה בשביל מעביד בודד, הודרו מתחולת דיני העבודה רק משום שעל פי החוזה הכתוב לא כללה ההתקשרות התחייבות הדדית בנוגע להיקף העבודה והמשכיותה אלא רצף של התקשרויות חד-פעמיות.³² עם זאת לאחרונה נראים 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 אפוא מבחינת התאמתה לשיטת הפרשנות התכליתית, ועם זאת ראינו כי היא אינה נקייה מביקורת. לכל הפחות ראוי לבטל את מבחן המשנה שבוחן את האופן שבו הוצגו היחסים לצדדים שלישיים וכן את המבחן שלפיו ניתן משקל להשתלבות התפקיד (להבדיל מהעובד עצמו). להשלמת המהפכה התכליתית נדרש צעד נוסף והוא ניסוח מחודש של המבחנים באופן שיקשור במישרין בינם לבין תכליות דיני העבודה. במקום אחר הצעתי בפירוט כיצד ניתן לבצע זאת. בתמצית, ההצעה מבוססת על חסרים דמוקרטיים ותלות כמבחיני-על עם שורה של מבחני משנה (רובם מקובלים גם כיום) אשר מיועדים לסייע בקביעה אם היחסים אכן מאופיינים בחסרים דמוקרטיים ובתלות.³⁴

פרק שלישי: "משתתף חופשי"

התפתחות מפתיעה הקשורה לפרשנות המונח "עובד" אירעה 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 אי אפשר למצוא אזכור למשתתפים חופשיים, ולמעשה גם לא לקבלנים עצמאיים. חוקי המגן משתמשים במונח "עובד" בלבד ועל כן מזמינים הבחנה דיכוטומית בין עובד למי שאינו עובד (ומקובל לכנותו "קבלן"). אולם להבחנה זו הצטרפה מורכבות נוספת בפסק הדין בעניין 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-חוק", כאשר האחרונים, ובכללם ד"ר סיוון, נתפסו בעיניה 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 לראות בו "עובד". אלא שבעיני בית הדין ד"ר סיוון לא תאם את הסטראוטיפ של עובד. הנחותיהם המוקדמות של השופטים בלטו בדבריהם: "לא היה עולה

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.); Stevedoring and Haulage Services Ltd. v. Fuller, [2001] EWCA Civ. 651 (C.A.).

33 עניין Autoclenz, לעיל ה"ש 4.

34 Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships*, לעיל ה"ש 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 171 (Judy Fudge, Shae McCrystal & Kamala Sankaran eds., 2012).

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

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 להשוות את ד"ר סיוון אליהם. אבל ברור חוסר הנחת של בית הדין מהתוצאה, אשר התבקשה לכאורה מהמבכנים 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 הייתה כי ד"ר סיוון, כמו קבלן עצמאי לכל דבר, לא נהנה מחוקי המגן. תביעתו לפיצויי פיטורים ולזכויות נוספות נדחתה. סמוך 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 'עיתונאי חופשי', סופר, משורר, או אמן, הפועלים כמשתתפים חופשיים, 'חופשיים' מכל חובות ארגוניות, 'חופשיים' מכל חובת 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 לעובד 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 בכל עת שהוא רוצה, מה שהוא רוצה ובהיקף שהוא רוצה, ויכול לשלוח כתבותיו גם לעיתון אחר – הרי יחסיו עם העיתון אינם מתאפיינים בקשיים שעמם 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 שהיגיון 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" בעת שרצה ואיך שרצה, אלא אחת לשבוע בקביעות ובמסגרת שנקבעה לו.³⁹ ואכן, במשך השנים שחלפו מאז נפסקה הלכת סיוון נמנע בית הדין הארצי כמעט לחלוטין מלהשתמש בה⁴⁰ אם כי מפעם לפעם דווקא הוציאו בתי הדין האזוריים מועסקים מגדר התחום המוגן על בסיס אותה הלכה שנויה במחלוקת.⁴¹

37 שם, פס' 15 לפסק הדין.

38 דב"ע לד/9-3 אדמון – מדינת ישראל, פד"ע ה 169, פס' 6 (1974).

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" (עניין מור, לעיל ה"ש 5, פס' 7).

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

41 ראו למשל תב"ע (ת"א) נא/15-6301 לינור – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.8.1992); תב"ע (ת"א) נד/15-2950 שוסטר – נורמן (פורסם בנבו, 28.7.1996); תב"ע (ת"א) נו/1144-35 ילוב – עיתון מלאבס

לפני כמה שנים עלתה מחדש על סדר היום השאלה אם ובאיזה אופן יש 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"ץ.⁴² ולאחר מכן בעניינו של שאול צדקא, אשר שימש במשך שמונה שנים כתב גל"צ בבריטניה בד בבד עם עבודתו העיקרית כשליח "הארץ" שם, וגם ממנו מנעו תחילה פיצויי פיטורים וזכויות אחרות בטענה כי הוא משתתף חופשי, עד להתערבות בית הדין הארצי.⁴³

1. 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" לפי תכליתו בכל הקשר והקשר. בקצה השני, שופטי בית המשפט העליון צבי טל ואליעזר גולדברג סברו (גם כן בעניין אנגל) כי במסגרת המעבר לצורות העסקה לא שגרתיות התרחב השימוש במשתתפים חופשיים, ויש להכיר בכך משפטית ולהשתמש 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 שהייתה 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.

ככמה מדינות בעולם מוכרת קטגוריית ביניים בין עובד לקבלן עצמאי, אשר המועסקים הנמנים עמה אכן נהנים רק מחלק מחוקי המגן.⁴⁵ בין שאותה קטגוריה מכונה "קבלן תלוי" (כך בקנדה), בין

רשת שוקן בע"מ (פורסם בנבו, 3.3.1997); עב' (ת"א) 300289/98 אולצקי – ניריילי תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 10.9.2001). קיימים גם מקרים שבהם בתי הדין האזוריים מאזכרים את המונח "משתתף חופשי", אך מפסקי הדין עצמם עולה כי למעשה הבחינה היא אם מדובר בעובד או בקבלן עצמאי, לפי המבחנים המקובלים לכך. ראו למשל לאחרונה עב' (י-ם) 2619/05 גולדמן – צבר רפואה הוליסטית (פורסם בנבו, 6.9.2009); תע"א (ת"א) 1624-09 מימון – פרידמן (פורסם בנבו, 26.7.2011); תע"א (י-ם) 3385-09 בניסטי (קוסקס) – אוניברסל אליג בע"מ (פורסם בנבו, 1.2.2012).

42 עניין מור, לעיל ה"ש 5.

43 עניין צדקא, לעיל ה"ש 5.

44 בנסיבות אותו עניין, רק השופט טל, במיעוט, סבר כי אנגל עמד במאפיינים של משתתף חופשי; עניין מור, לעיל ה"ש 5.

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

"מעין עובד" (כך בגרמניה) או כל כינוי אחר, הרעיון דומה. מאחר שחברי אותה קבוצה חולקים רק חלק מהמאפיינים של עובדים "רגילים", הם זכאים רק לחלק מההגנות, הכול לפי העניין. אכן, אין כל היגיון בקיומה של קטגוריית "משותף חופשי" אם לכל צורך משפטי תוצאותיה יהיו זהות לקטגוריה של "קבלן עצמאי". במובן זה אין היגיון לא בהלכת סיוון ולא בעמדתם של ממשיכי דרכה (לרבות דעת הרוב בפרשת צדקא). האופן שבו פותחה הקטגוריה בפסיקה – וגם כיום היא ההלכה המחייבת (כדעת הרוב בפרשת צדקא) – אינו כקטגוריית ביניים אלא כקטגוריה של קבלן עצמאי.

2. תכליתה של הוספת קטגוריית ביניים

ראינו כי הקטגוריה של משותף חופשי פותחה בפסיקה כתת־קטגוריה אשר אין לה משמעות משפטית, ועל כן גם אין בה כל תועלת. לעומת זאת יש בהחלט היגיון בתפיסה שלפיה על חלק מהמועסקים מתאים שיחולו רק חלק מדיני העבודה. כך למשל אם נתמקד בשאלת התלות (כלכלית או אחרת) של המועסק ביחסים עם המעסיק הספציפי ובשאלת 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 בהיעדר שתי חולשות אלה, או לפחות במידה נמוכה של שתייהן, הם יחסי קבלן-מזמין (אי-תחולה של דיני העבודה), ואילו יחסים המאופיינים בתלות בלבד נכנסים לקטגוריית ביניים (שנכונה, נניח, "קבלן תלוי") אשר תוביל להחלת חלק מחוקי המגן – אלה שמבקשים להתמודד עם בעיית התלות. כך לדוגמה 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 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 אפוא 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 עדיין צריכה להתמודד עם כמה מכשולים: ראשית, יש להראות כי השימוש בקטגוריית ביניים עדיף מפרשנות תכליתית של המונח "עובד" בכל מקרה ומקרה; שנית, יש לקבוע את המאפיינים אשר יבחינו בין אותה קבוצה לבין העובדים מחד והקבלנים מאידך (כדומה 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 אפוא 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

46 לעמדתה של השופטת ברק ראו למשל עניין טריינין, לעיל ה"ש 8. לעמדתו של הנשיא ברק ראו עניין מור, לעיל ה"ש 5.

את היקף התחולה לכל חוק בנפרד. הקושי בגישה זו הוא בחוסר הוודאות שייגרם מהאפשרות שמועסק ייחשב 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 העומד במאפיינים מסוימים שייך לקטגוריית ביניים, ויחולו עליו בעקבות זאת חוקים א, ג ו-ה. זאת במיוחד משום שחוסר ודאות פועל לטובת הצד החזק ביחסים – המעביד – שהוא בדרך כלל בעל ידע רב יותר ובעל יכולת גבוהה יותר להסתכן בהליכים משפטיים שאת תוצאתם קשה לחזות מראש. גם מבחינת יכולתם של העובדים לגבש תודעה של השתייכות לקבוצה – למשל לצורך התארגנות בארגון עובדים – יש חשיבות למידה של ודאות באשר למעמדם כעובדים. ויובהר: אינני מתנגד לתפיסה העקרונית שלפיה אפשר שלמונח "עובד" תהיה משמעות שונה בהקשרים שונים (לפי התכלית). אולם יש תועלת רבה בהסדרים שיגבירו את הוודאות המשפטית באשר למעמדם 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 חלק חשוב מתכלית דיני העבודה.

ראינו כי במקומות אחרים בעולם קיימת קטגוריית ביניים של "קבלן תלוי", והצעתי לעיל בכלליות מאפיינים להבחנה בין "עובד" ל"קבלן עצמאי" ול"קבלן תלוי". האם הקטגוריה של "משתתף חופשי" כפי שהציע הנשיא אדלר בפרשת צדקא דומה לזה? 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 הייתה 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 הייתה מחויבות לתת מספר מסוים של תיקים או לקבל בהכרח כל תיק, אזי הייתה בין הצדדים, או לפחות נוצרה במשך הזמן, מחויבות לתת ולקבל עבודה בגבולות סבירים כלשהם. הרי לא ייתכן, כפי שציין בצדק הנשיא ברק, כי הצדדים פעלו ללא מינימום של ודאות באשר לתוכן הקשר ביניהם. יחסים מסוג זה אינם מתמצים בשורה של הסכמים חד-פעמיים בלבד אלא כוללים גם הסכם מסגרת, אם לא מפורש אז משתמע.

מובן שיש 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, ומספר הכתבות, עיתוי הכתיבה, נושאי הכתבות ומקום הפרסום נתונים לשיקול דעתו הבלעדי – אין 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 אין 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. אין 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 סיוון.⁴⁸ במקרים כאלה המועסק צריך להיחשב "עובד" וליהנות מהגנה מלאה. בחלק אחר מהמקרים דומה כי אין כפיפות, ובכל זאת יש מידה לא מבוטלת של תלות (כלכלית או אחרת), למשל בעניין צדקא. במקרים כאלה היה מתאים לסווג את המועסק כ"קבלן תלוי" ולהחיל חלק מדיני העבודה בלבד.⁴⁹ לבסוף, יש גם מקרים שבהם קיימת מידה גבוהה של עצמאות – לרבות אותם מקרים של "רוצים – תורמים" – ובהיעדר תלות וכפיפות ראוי לסווג את אותם מועסקים כקבלנים עצמאיים ללא תחולה של דיני העבודה.

ראינו אפוא 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 עדיין נותרה השאלה אם 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 לעובד מבלי להזכיר אפשרות של קבוצת ביניים כלשהי. עם זאת המחוקק השאיר במכוון פתח רחב לשיקול דעתם של בתי הדין לקבוע מיהו "עובד". ניתן לטעון כי במסגרת שיקול דעת זה רשאי בית הדין 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

הנחת המוצא של המאמר – אשר נימקתי בקצרה במבוא – הייתה כי פרשנות תכליתית של חוקי העבודה ראויה. במאמר ביקשתי לבחון באיזו מידה אכן מתקיימת בפסיקה בתחום העבודה פרשנות

48 ראו גם ע"ע 300229/96 כהן – דן אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ, פד"ע לו 817 (2002); עב' (ת"א) 3295/00 שוב – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.10.2003).

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

50 ואכן, הצעת חוק פרטית שהוגשה כדי 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, פ/18/1601).

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 תכליתו של המונח "עובד" היא למעשה תכליתם של דיני העבודה באופן כללי, ודנתי בקצרה בתכליות אלה. טענתי כי מועיל במיוחד להתמקד בנחיתות העובד ביחסים עם 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, ובעיקר הצעתי כי היא תכלול מועסקים שאינם כפופים למעביד מסוים אולם כן מצויים במצב של תלות (כלכלית ואחרת) במעביד מסוים. במסגרת תרומתו האדירה של הנשיא אדלר לפיתוח דיני העבודה בישראל הייתה לו תרומה רבה גם לקידום תפיסת הפרשנות התכליתית בפסיקת בתי הדין לעבודה. מטרת המאמר הייתה להציע דרכים להמשך פיתוח הדין בכיוון זה ולהעמקת הקשר בין הפסיקה לבין תכליות דיני העבודה.