

מיהו עובד: מבחני הסף

מאת

גיא דוידוב*

ההבחנה בין "עובד" ל"קבלן עצמאי" עוררה דיונים מקיפים בפסיקה ובספרות האקדמית, בארץ ובעולם הרחב. פותחו מבחנים כדי לסייע בהכרעה מי נכנס לגדר "עובד", שחלים עליו דיני העבודה, וקיימת ספרות נרחבת בעניין מבחנים אלה. אולם במקרים לא מעטים מתעוררת סוגיה קרובה אך נפרדת: כיצד לסווג אנשים שמבצעים עבודה, וברור שאינם עושים זאת במסגרת עסק עצמאי, אבל מתעורר ספק מסיבות אחרות אם מדובר בעבודה שמכניסה אותם לגדר יחסי עובד-מעסיק. כך לגבי מתנדבים, מתמחים, מתלמידים, משתקמים, נבחרי ציבור, אסירים, שותפים, בעלי מניות, דירקטורים וחברי אגודה שיתופית. כך גם במקרים בהם ההתקשרות נכפתה על אחד הצדדים. בכל המקרים האלה, בדרך כלל המועסק עומד במבחנים הרגילים להכרעה "מיהו עובד", שנועדו להבחין בין עובד לקבלן עצמאי, אבל המעמד שלו מוכרע על פי מבחנים אחרים, שניתן לכנות "מבחני סף". לגבי מבחני הסף הפסיקה אינה מציעה מבחנים ברורים וסדורים. כמו כן לא נעשה עדיין בפסיקה או בספרות האקדמית ניסיון לנסח מבחני סף אחידים שיוכלו להתמודד עם כלל הקבוצות שהוזכרו לעיל. המאמר הנוכחי מבקש להציע מבחנים כאלה, ולדון באופן היישום שלהם לגבי כל אחת מהקבוצות שהוזכרו. בראש ובראשונה הטיעון הוא תיאורי, ומבקש לגבש תובנות על בסיס ריכוז וסידור מחדש של הפסיקה הקיימת. לצד זאת משולבים במאמר טיעונים נורמטיביים לגבי המבחן הראוי. הטענה הבסיסית היא כי בפסיקה ניתן לזהות שלושה מבחני סף כלליים: עבודה עבור הזולת, שמזכה בתמורה, ומבוצעת באופן אישי. מבחנים אלה ראויים, מבחינת היכולת שלהם להגשים את התכליות של דיני העבודה. עם זאת, לגבי אופן היישום של המבחנים בפסיקה, וכן מבחני משנה שהוחלו, המאמר עומד על מספר הקשרים קונקרטיים שבהם יש מקום לתיקון, ולעיתים מציע מבחני משנה אחרים.

מבוא. א. עבודה עבור הזולת. 1. קיומו של "מפעל" – לא מבחן סף. 2. המטרה העיקרית – מבחן סף שבוטל. 3. מתמחים ומתלמידים. 4. קורס הכשרה/מיון. 5. משתקמים עם מוגבלות ואסירים. 6. שותפים. 7. בעלי מניות. **ב. עבודה שמזכה בתמורה.** 1. קשר חוזי – מבחן סף שבוטל. 2. מועסקים על פי "מעמד" שטרם הוכרו כעובדים. 3. התקשרות וולונטרית. 4. כוונה לשלול יחסי עבודה – או כוונה להתקשרות משפטית מחייבת. 5. מתנדבים. 6. חברי אגודה שיתופית וקיבוץ. 7. סיכום. **ג. קשר אישי. סיכום.**

* פרופסור מן המניין, הקתדרה לדיני עבודה ע"ש אליאס ליברמן, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי לעינת אלבין, לפנינה אלון-שנקר ולתמי קצביאן על הערות מועילות ולעמית מזרחי וירדן משעל על עזרה מצוינת במחקר. תודות גם לחברי מערכת "משפטים" ולקוראת האנונימית על הערות שתרמו רבות למאמר.

מבוא

השאלה מיהו "עובד" מעסיקה חוקרים, שופטים ועורכי דין מאז שקיימים דיני עבודה.¹ חוקי העבודה מגדירים זכויות ל"עובד" מול מעסיקו, אולם אינם מגדירים מי נכנס לגדרו של מונח זה. ישנם מקרים רבים שבהם מתעורר ספק, בין השאר מאחר שהמעסיק-לכאורה מסרב לקבל על עצמו אחריות כלפי המועסק בטענה שהאחרון איננו "עובד". חוקי העבודה מטילים חובות ומגבלות רבות על מעסיק כלפי עובדיו – חובות שנתפסות על-ידי מעסיקים כמכבידות, הן מבחינת עלויות ישירות והן במישור של גמישות ניהולית – וכתוצאה מכך קיימת תופעה רווחת של מעסיקים שמבקשים להתחמק מחובות אלה. בהעדר הגדרות בחקיקה, ההכרעה מיהו "עובד" היא הכרעה שיפוטית. על רקע זה פותחו על-ידי בתי הדין לעבודה מבחנים שמסייעים להם להכריע מי נחשב עובד וחלים עליו דיני העבודה, זאת בדומה למבחנים שפותחו על-ידי בתי משפט ברחבי העולם. המטרה המרכזית של המבחנים היא להבחין בין "עובד" לבין קבלן עצמאי, אולם לצד זאת, מתעורר לעיתים גם הצורך להבחין בין "עובד" לבין אחרים שמבצעים עבודה אבל דיני העבודה אינם חלים עליהם, כמו למשל מתנדבים או תלמידים.

המבחן הנוהג בפסיקה לזיהוי "עובד" מכונה המבחן המעורב, אשר כולל במרכזו את מבחן ההשתלבות ולצידו מספר מבחני עזר.² זהו מבחן מהסוג של multi-factor test, שבמסגרתו בוחנים שורה של מאפיינים (סממנים) אשר אף אחד מהם כשלעצמו אינו הכרחי ואינו מכריע, כדי להגיע על בסיס המכלול למסקנה אם אדם הוא "עובד" לצורך דיני העבודה או לא. אולם לפני הבחינה הזו ישנם גם מבחנים שיכוננו כאן "מבחני סף" – וכוננו לעיתים בפסיקה בשם "מבחן מקדמי"³ – אשר בניגוד למרכיבי המבחן המעורב קובעים דרישות סף הכרחיות כדי שאדם יוכל להיחשב עובד. רק לאחר עמידה בתנאי סף אלה ניתן לעבור לבחינה של מכלול הסממנים כדי להכריע אם המועסק הוא עובד או קבלן עצמאי. שני מבחני הסף הראשונים שיפורטו להלן רלבנטיים לקבוצה משמעותית של מועסקים, אשר ברור שאינם קבלנים עצמאיים, ובכל זאת התעורר ספק בשאלה אם דיני העבודה חלים עליהם. כך לגבי ההבחנה בין עובד למתנדב, בין עובד לתלמיד, וכך גם לגבי סוגים מיוחדים של מועסקים כמו אנשי צבא קבע, נבחרי ציבור, שופטים, אסירים, מתמחים, משתקמים, מנהלים בחברה בבעלותם וחברי אגודות שיתופיות. כל הקבוצות האלה זכו להתייחסות בפסיקה, כאשר ההכרעה לגבי מעמדם נעשתה לא באמצעות המבחן המעורב אלא על בסיס מבחני סף כלשהם. לכל סוגי המועסקים האלה יש את מירב המאפיינים של עובדים, ולכן על-פי המבחן

¹ MARC LINDER, THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN ANGLO-AMERICAN LAW: A HISTORICAL PERSPECTIVE (1989); SIMON DEAKIN & FRANK WILKINSON, THE LAW OF THE LABOUR MARKET: INDUSTRIALIZATION, EMPLOYMENT, AND LEGAL EVOLUTION (2005). לדיין נורמטיבי ראו GUY DAVIDOV, A PURPOSIVE APPROACH TO LABOUR LAW Ch. 6 (2016).

² ראו דב"ע לא-3-27 עיריית נתניה – דוד בירגר, פד"ע ג 177 (1971); ע"ע (ארצי) 300256/98 אורי אייזיק – תה"ל תכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 817 (2002); מנחם גולדברג "עובד ומעביד – תמונת מצב" עיוני משפט יז 19 (1992); איל זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב 113 (תשנ"ג).

³ ראו למשל ע"ע 19-30279-05 חיים זר – מת"ש מרכזי תעסוקה שיקומיים בע"מ (פורסם בנבו, 10.10.2021), בפסקה 59 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

המעורב הם ייחשבו במרבית המקרים "עובדים", אלא אם נכריע אחרת – ונוציא אותם מגדר הקבוצה המוגנת – בשלב המקדמי של מבחני הסף. על ההבחנה בין עובד לקבלן נכתבו תילי תילים של מאמרים, אולם על ההבחנה בין עובד לבין קבוצות אחרות (שמבוססת על מבחני סף כאמור לעיל) הכתיבה האקדמית מעטה יחסית, וגם הניסיון לפתח מבחנים לצורך זה בפסיקה הוא דל למדי. המאמר הנוכחי מבקש למלא חסר זה באמצעות סקירה מקיפה של הפסיקה בנושא והצעה לארגון מחדש שלה תחת מבחנים ברורים יותר. במובן זה, המאמר מבקש להעלות תרומה תיאורית-דוקטרינרית להבנת הפסיקה ולהפיכתה לקוהרנטית ועקבית יותר. לצד זאת, המאמר כולל טיעון נורמטיבי: אציע הצדקות למבחני סף מסוימים ואסביר מדוע מבחנים אחרים שהופיעו בפסיקה אינם ראויים לדעת.

מניתוח הפסיקה עולים שלושה מבחני סף מצטברים: עבודה עבור הזולת; שמזכה בתמורה; ומבוצעת באופן אישי. רק בהתקיים שלושה מרכיבים אלה ניתן לעבור ההבחנה בין עובד לבין קבלן עצמאי, בהתאם למבחן המעורב. יש לציין שהמבחן השני הוא מבחן שלילי באופיו: ניתן להניח כברירת מחדל שכל עבודה עבור הזולת מזכה בתמורה, אלא אם יש נימוקים לשלול זאת (כמו למשל בנסיבות של התנדבות אותנטית). ההגדרה של "מזכה בתמורה" היא עמומה ומחייבת מבחני עזר, ואכן אציע מבחנים כאלה בהמשך. יחד עם זאת לצורך הניסוח הכללי דומני כי יש תועלת באמירה כי נדרשת עבודה עבור הזולת שגם מזכה בתמורה. לגבי המבחן השלישי יש לציין שהוא היחיד מבין מבחני הסף שרלבנטי גם (ומבחינה מעשית, בעיקר) להבחנה בין עובד לקבלן, ולא ממוקד בהבחנה בין עובד לבין קבוצות המועסקים האחרות. יחד עם זאת, בניגוד לשאר מרכיבי המבחן המעורב, מדובר בדרישה הכרחית ולכן מועיל לצרף אותה למבחני הסף.

יש לציין כי ההבחנה בין מבחני סף (שאפשר לכנות הכרחיים או מקדמיים) לבין המבחנים שמשמשים להבחנה בין עובד לקבלן עצמאי אינה חדה. למעשה, ניתן לתאר את המבחן הנוהג בישראל להבחנה בין עובד לקבלן כמבוסס על שני תנאים הכרחיים: השתלבות במובן החיובי (כפיפות למערך הארגוני); השתלבות במובן השלילי (העדר מאפיינים של עסק עצמאי). עם זאת, מאחר שהמבחן מבוסס גם על מספר ניכר של מבחני עזר, שמשמשים למעשה לסיוע בהכרעה אם מתקיימת השתלבות על שני פניה, נכון בעיני לכנות את המבחן multi-factor test. מכל מקום חשוב להבהיר כי גם אם ההבחנה בין עובד לקבלן תתבסס על מבחן מסוג אחר, ותבוסס על תנאים הכרחיים (אחד או יותר), לא יהיה בכך כדי לשנות את הצורך במבחנים שבהם עוסק מאמר זה. ייתכן שיהיה מקום לשינוי הכותרת של "מבחני סף" אם גם המבחן העיקרי להבחנה בין עובד לקבלן יתבסס על מבחנים הכרחיים (להבדיל מבחינת מכלול של שיקולים), אבל מהותית לא תהיה לכך השפעה על תכני המאמר הנוכחי. להשלמת התמונה יש לציין, כי מבחן ה-ABC שאומץ לאחרונה בקליפורניה לצורך ההבחנה בין עובד לקבלן כולל שלושה תנאים הכרחיים, ובמקום אחר טענתי כי מדובר במבחן שראוי לאימוץ גם במדינות אחרות.⁴ גם מבחן זה אינו מנוגד לחלוטין למבנה של multi-factor

⁴ Guy Davidov & Pnina Alon-Shenker, *The ABC Test: A New Model for Employment Status Determination?*, INDUSTRIAL LAW JOURNAL (forthcoming 2022). מבחן ה-ABC אומץ על-ידי בית המשפט העליון של קליפורניה של *Dynamex Operations West, Inc v Superior Court of Los Angeles* (2018) 4 Cal.5th 903 ולאחר מכן גם בחקיקה (Assembly Bill No 5).

test שכן כל אחד משלושת התנאים מנוסח כסטנדרט עמום ומזמין בחינה של מאפיינים רבים כמכלול; אולם אין ספק שמדובר במבחן ספציפי יותר מהמבחן העמום שנוהג אצלנו. למרות זאת, אין בו כדי להכריע לגבי מעמדם של סוגי המועסקים המיוחדים שבהם עוסק מאמר זה, כך שהצורך במבחני הסף שבהם עוסק מאמר זה יהיה רלבנטי גם אם יאומץ בישראל מבחן ה-ABC.⁵

חשוב להבהיר כי עצם הקביעה כי אדם הוא "עובד" אינה מחייבת להחיל את כלל דיני העבודה עליו ללא חריגים או התאמות; המחוקק יכול להחריג קבוצות מסוימות בחוקים ספציפיים. לדוגמא, מתמחים במשפטים מוכרים לפי הפסיקה כעובדים,⁶ אולם המחוקק קבע כי חוקים מסוימים (ובראשם חוק פיצויי פיטורים) לא יחולו עליהם.⁷ כמו כן, שוטרים מוכרים כעובדים אבל חופש ההתארגנות בארגוני עובדים נשלל מהם.⁸ כך גם להיפך: הקביעה שאדם אינו "עובד" אינה מונעת מהמחוקק לקבוע שבכל זאת חלות עליו הגנות ספציפיות, שפותחו במקורן לטובת עובדים. לדוגמא, הוראות של בטיחות בעבודה הורחבו גם לטובת קבלנים עצמאיים,⁹ והגנות מפני הטרדה מינית הוחלו על אנשים "במסגרת שירות" בדומה לעובדים.¹⁰ ברוח זו ישנן מדינות בהן הורחבו הגנות נוספות, בעיקר כנגד אפליה, גם למועסקים שאינם נחשבים עובדים.¹¹ העובדה שדיני העבודה אינם חייבים להיות כולם בעלי תחולה זהה, אלא יש מקום לאיזון בין אוניברסליות לסלקטיביות,¹² אינה מחלישה את חשיבות הקביעה מיהו "עובד". הכניסה לגדר קבוצה זו היא בעלת חשיבות רבה שכן כתוצאה

Chapter 26, Statutes of 2019,
https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5,
 incorporated into the California Labor Code, s. 2775(b)(1). לפי מבחן זה, קיימת חזקה שאדם שמבצע עבודה הוא עובד ולא קבלן עצמאי, אלא אם המעסיק מוכיח את שלושת אלה: (א) האדם חופשי משליטה ופיקוח שלו; (ב) העבודה היא מחוץ למהלך העסקים הרגיל של המעסיק; (ג) האדם עוסק באופן רגיל בעסק או מקצוע עצמאיים מאותו סוג של העבודה המבוצעת.

⁵ ראוי להזכיר גם כי לאחרונה פורסמה על ידי מוסדות האיחוד האירופי טיוטה של דירקטיבה שעוסקת בעובדי פלטפורמה, ומאמצת מרכיבים מסוימים ממבחן ה-ABC. בטיטות הדירקטיבה, שתחול על מי שעובדים באמצעות פלטפורמה דיגיטלית, מפורטים חמישה מאפיינים של יחסי עובד-מעסיק, כאשר בהתקיים שניים מהם לפחות תחול חזקה (שניתנת לסתירה) שמדובר ביחסי עבודה. ראו Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Improving Working Conditions in Platform Work, 2021/0414 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A762%3AFIN>.

⁶ ע"ע (ארצי) 1182/02 **חיים קאזיס – תאופיק ארייט**, פד"ע לה 394 (2002).
⁷ חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, סעיף 41א. החשיבות של חריג זה קטנה משמעותית בעקבות צו ההרחבה לפנסיה, שלפיו חלק ניכר מכספי הפיצויים מופקד בקרן הפנסיה; ולפי הפסיקה, מעסיק של מתמחה במשפטים חייב להפקיד לקרן פנסיה גם את מרכיב הפיצויים (בר"ע (ארצי) 53034-02-19 **אלי בן-חיים – אנדראה וויאנה מלמוד** (פורסם בנבו, 27.8.2019).

⁸ פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, סעיף 93ב.

⁹ פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], התש"ל-1970, סעיף 1 (הגדרת "עובד" כ"לרבות עובד עצמאי").

¹⁰ חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, סעיף 3(א)(6)(ג).

¹¹ ראו למשל בבריטניה, שם החוק המגן מפני אפליה בעבודה חל על כל מי שמבצע עבודה באופן אישי, בין אם במסגרת יחסי עובד-מעסיק או לא; Equality Act 2010, s. 83(2).

¹² ראו Guy Davidov, *Setting Labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity*, 34 OXFORD J. OF LEG. STUD. 543 (2014).

ממנה חלה ברירת המחדל שלפיה חלים כל דיני העבודה, ולעומת זאת לגבי מי שנתר מחוץ להגדרת "עובד", ברירת המחדל היא שדיני העבודה אינם חלים כלל. ברוב המקרים של המקרים ברירת מחדל זו מכריעה את זכויות וחובות הצדדים. המחוקק יכול לסטות ממנה, ולעיתים ראוי שיעשה כן, אבל במרבית המקרים הוא נמנע מכך, ולכן נקודת המוצא היא קריטית.

כאמור לעיל, הספרות האקדמית בנושא מבחני הסף מעטה. הספרות הקיימת, שתאוזכר לאורך המאמר, מוקדשת ברובה לביקורת על הפסיקה מבלי להציע מבחנים חלופיים, או שהתייחסה למבחני הסף רק באופן אגבי. תרומה חשובה מהעת האחרונה מצויה במאמר (שטרס פורסם) של פאינה מילמן סיון, אשר מעלה שני טיעונים מרכזיים.¹³ ראשית, לדבריה לא מדובר במבחני סף מקדמיים, אלא שיש ליצור מבחן אחד להבחנה בין עובד לקבלן (המבחן המעורב) ומבחן אחר נפרד לגמרי להבחנה בין עובד לבין קבוצות אחרות כמו מתנדבים, משתקמים, אסירים וכולי (שהיא מכנה קטיגוריות לבר-שוקיות). אולם, המבחן המעורב נדרש במצטבר (ולא כמבחן חלופי) גם לגבי אותן קבוצות, מאחר שהוא נועד לזהות יחסים של כפיפות ותלות שמצדיקים את תחולת דיני העבודה.¹⁴ אם נטען שאדם הוא מתנדב (למשל), והוא טוען בדיעבד שהוא למעשה עובד, יש להיעזר במבחנים המיוחדים למטרה זו כדי לבחון אם מדובר בהתנדבות אותנטית, אבל אם נגיע למסקנה שלא מדובר בהתנדבות אותנטית, יהיה צורך להמשיך ולבחון שהיחסים מאופיינים בכפיפות ותלות, באמצעות המבחן המעורב. במרבית המקרים הבדיקה הנוספת תהיה מהירה וקלה, אבל היא הכרחית. במובן זה המבחנים שמיועדים לקבוצות ה"מיוחדות" ראויים להיקרא מבחני סף. זאת ועוד, בניגוד למכלול הסממנים שמובאים בחשבון לצורך ההכרעה אם אדם הוא עובד או קבלן, הדרישה של קשר אישי היא הכרחית כתנאי סף להחלת דיני העבודה, ורלבנטית לשני סוגי המבחנים. אם אדם יכול לשלוח במקומו אחרים לביצוע העבודה, ואינו מחויב לבצע אותה בעצמו, הוא לא יוכל להיחשב עובד, זאת בין אם המעסיק מגדיר אותו כקבלן עצמאי או כמתנדב וכיוצא בזה. מעשית, הסוגיה רלבנטית יותר להבחנה בין עובד לקבלן, אבל הדרישה הכרחית בכלל המקרים, ולכן ראוי לדעת לראותה כמבחן סף.

הטיעון השני של מילמן סיון נוגע להבחנה בין עובד לבין הקבוצות האחרות לגופה. היא מציעה "מבחן כלכלי-חברתי" שכולל שני חלקים: תחילה יש לבדוק אם העבודה היא בעלת הקשר כלכלי-שוקי, ולאחר מכן (בנפרד) לבדוק האם קיימת מערכת נורמות לבר-שוקית נוגדת. בהנחה שהעבודה היא כלכלית-שוקית, הנטל יהיה על המעסיק להוכיח שיש רציונל חלופי (או מערכת נורמות חלופית) לעבודה, כמו למשל שיקום או התנדבות. מבחינה מהותית ישנם קווי דמיון רבים בין מבחן זה למבחנים שמוצעים במאמר הנוכחי. עם זאת, לדעתי שני מרכיבי המבחן של מילמן סיון הם למעשה שני פנים של אותה שאלה (האם מדובר בעבודה כלכלית או כזו שיש לה רציונל חלופי), ולא ניתן להפריד ביניהם בנסיבות של ערוב בין תועלת למעסיק ותועלת עצמית – ולכן יש לבחון אותם ביחד. כמו כן, כפי שאראה בהמשך,

¹³ פאינה מילמן סיון, "לצאת מהחומות: לקראת תיאוריה מאחדת של דוקטרינת 'מיהו עובד' – מ'מבחן המטרה' אל 'המבחן הכלכלי-חברתי', בראי עבודת אסירים" (טרס פורסם).

¹⁴ ראו למשל דב"ע (ארצי) לח/3-20 הפועל מחוז תל-אביב – משה מורדכוכיץ, פד"ע 102, 113 (1979); פרשת בירגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 188; ע"ע 18-04-15868 גבריאל כותה – עיריית רעננה (פורסם בנוב, 7.4.2022). וראו DAVIDOV, הערה 1 לעיל, פרקים 3, 6.

הניסוח של "עבודה כלכלית-שוקית" לא יוכל לסייע לקביעה מיהו "עובד" במקרים הגבוליים. לכן, הדגשים שאני מציע הן להבנת הדין המצוי והן לדין הראוי הם שונים. חשוב גם לציין שמילמן סיון מתמקדת בעיקר בדוגמא של אסירים, אותה היא מנתחת לעומק, ומבקשת להסיק ממנה תובנות גם לגבי מבחן מקדמי כללי, בעוד שהמאמר הנוכחי מתבונן באופן רחב יותר (גם אם פחות ממוקד) על כלל המקרים שמוכרעים בשלב מבחני הסף. המאמר ידון בכל אחד משלושת המבחנים לפי סדרם: פרק א' יוקדש למבחן של "עבודה עבור הזולת"; פרק ב' למבחן של "עבודה שמזכה בתמורה"; ופרק ג' למבחן הקשר האישי. בכל אחד מהפרקים, אפתח בתיאור והצדקת המבחן, וכן אדון במבחנים נוספים שנהגו בעבר או אוזכרו בפסיקה, כמו גם ניסוחים אחרים שהוצעו בספרות. לאחר מכן אעבור ליישום של המבחן לגבי קבוצות מועסקים קונקרטיים שלגביהן הוא רלבנטי.

א. עבודה עבור הזולת

בפסיקה מוקדמת של בית הדין הארצי (בפרשת הלפרין) נאמר כי "רק עשייה, שהיא בבחינת פעילות כלכלית, או המיועדת לסיפוק צרכים של הזולת" יכולה להוות בסיס ליחסי עובד-מעסיק.¹⁵ בפסק-דין נוסף נקבע, כי לצורך משפט העבודה רלבנטית רק עבודה – שהוגדרה כ"פעולה פיסית או רוחנית" – אשר "באה לספק צרכים או משאלות הזולת".¹⁶ בית הדין חזר לאחרונה (בפרשת חיים זר) על מבחן זה והתבסס עליו בהכרעה כי "משתקם" – אדם עם מוגבלות שעבודתו כוללת מרכיב של שיקום – יכול להיחשב עובד.¹⁷ דומה שעיקרו של המבחן הוא בכך שהעבודה מבוצעת עבור אדם (או גוף) כלשהו, שנפרד ממבצע העבודה, ואותו גורם אחר הוא זה שנהנה מהעבודה ומפיק ממנה תועלת. הציפיה לכך שהעבודה תשיא תועלת לזולת משתמעת מהניסוח שלפיו היא מספקת צרכים או משאלות של אותו זולת, וגם מההתייחסות המוקדמת יותר ל"פעילות כלכלית". דומה שדרך נוחה ובהירה לנסח מבחן זה היא באמצעות הדרישה של "עבודה עבור הזולת". יש להבהיר כי מבחן כזה לא מופיע במפורש במרבית פסקי הדין שיוזכרו בפרק זה, אולם הניתוח שנעשה באותם פסקי דין, וכן מבחני עזר אחרים שהוזכרו בהם, נכנסים לדעתי היטב תחת כותרת זו. גם בריסטייטמנט האמריקאי, שאומץ בשנים האחרונות ומבוסס על מכלול הפסיקה בארה"ב, מובא תנאי סף

¹⁵ דב"ע לב/3-43 הלפרין – הסתדרות מדיצינית הדסה, פד"ע ד 281, 289 (1973), שם ציטט בית הדין מתוך צבי בר-ניב, "דיני העבודה", בתוך סדרי שלטון ומשפט (חיים י. צדוק ואברהם בן-נפתלי עורכים, הוצאת יחדיו, תשל"א) 489, 492.

¹⁶ דב"ע לה/2-12 (ארצי) עזבון המנוח שמואל נתן כהן ז"ל – אטי רוזנהויסר, פד"ע ו 299, 304 (1975).

¹⁷ פרשת זר, לעיל ה"ש 3, בפסקה 59 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

לפיו המועסק "פועל, לפחות באופן חלקי, בשירות האינטרסים של המעסיק".¹⁸ ניתן לזהות מבחן דומה גם בדיני האיחוד האירופי.¹⁹ יש לציין כי בניסוח שצוטט לעיל מפרשת הלפרין, נדמה לכאורה כי בית הדין מאפשר שתי חלופות: או פעילות כלכלית, או כזו שמיועדת לסיפוק צרכי הזולת. בית הדין חזר על ניסוח דומה גם לאחרונה בפרשת חיים זר, שם נקבע כי נדרשת "עשייה שהיא חלק מפעילות כלכלית או יצרנית, או כזו המיועדת לסיפוק צרכים של הזולת".²⁰ עם זאת, לא ניתן למצוא בפסיקה התייחסות נפרדת או יישום של "פעילות כלכלית" כחלופה עצמאית, ולדעתי סביר יותר להבין את התייחסות ל"פעילות כלכלית" כמיועדת להצביע על הצורך בתועלת עבור המעסיק. מבחן של פעילות כלכלית או "שוקית" הוא בעייתי בשל הקושי הרב להגדיר מהי פעילות כזו. כך למשל, ברור שאדם יכול להיחשב עובד גם כשהוא מועסק על-ידי עמותה שמטרתה אינן כלכליות. כלומר הפן הכלכלי אינו מתייחס לסוג הפעילות של המעסיק, אלא לעצם היחסים בינו לבין המועסק. בהקשר זה לא ברור מה הופך את היחסים ל"כלכליים", אלא אם פונים למבחנים כגון אלה שמוצעים כאן, כמו הציפייה להפקת תועלת עבור הזולת וכן הזכאות לתמורה (לפי מבחני עזר שיפורטו בפרק הבא).²¹

¹⁸ ראו American Law Institute, Restatement of the Law: Employment Law 1 (2015) (תרגום שלי). בפסיקה האמריקאית נעשה לעיתים שימוש בתנאי סף שלפיו מדובר ב-productive work, אשר ניתן להבין כעבודה שמפיקה תועלת למישהו – כאשר במשמע הכוונה היא לתועלת עבור הזולת ולא לטובת העובד עצמו. לסקירה של פסקי דין שעשו שימוש בתנאי זה ראו Noah D. Zatz, *Working at the Boundaries of Markets: Prison Labor and the Economic Dimension of Employment Relationships*, 61 VANDERBILT L. REV. 857, 892-900 (2008). המחבר מבקר את המבחן בהמשך המאמר, בטענה שהוא לא מספק, שכן יש סוגים רבים של עבודה שמשיאה תועלת שאינם יחסי עבודה. ביקורת מוצדקת זו מתייחסת להתבססות על מבחן של productive work באופן בלעדי, ללא מבחני הסף הנוספים שמפורטים כאן.

¹⁹ ראו Martin Risak, *The Position of Volunteers in EU Working Time Law*, 10 Lab. LJ 362, 366 European Union, אשר מהם עולה כי ניתן משקל לשאלה אם העבודה היא לתועלת המעסיק או למטרה שנוגעת לעובד עצמו (כמו שיקום).

²⁰ פרשת זר, לעיל ה"ש 3, בפסקה 62 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

²¹ במאמר מקיף בנושא מעמדם של אסירים בארצות הברית, תוך התייחסות גם לקבוצות אחרות, סוקר Noah Zatz (הערה 18 לעיל) את הפסיקה ומגיע למסקנה כי מבחן העל שנוהג בדרך כלל הוא האם מדובר ביחסים בעלי אופי כלכלי. כלומר, לכאורה בארצות הברית ישנה התמקדות בשאלה דומה לשאלה האם מתקיימת "פעילות כלכלית". עם זאת, לפי Zatz, כדי להכריע בכך נעשה בפסיקה האמריקאית שימוש בשני מבחנים שונים: האם מדובר בהתקשרות שהיא לחלוטין שוקית (exclusive market approach), ולחלופין, האם מדובר בעבודה שמביאה תועלת (productive work). המבחן השני תואם את המבחן שמוצע כאן, כמפורט לעיל בגוף הטקסט ובהערה 18 לעיל. המבחן הראשון, שהוא המקובל יותר בארצות הברית לפי Zatz, הינו למעשה שילוב של דרישת הקשר החוזי עם מבחן המטרה העיקרית, שייבחנו להלן (כל אחד בנפרד). במישור הנורמטיבי, Zatz מבקר את הגישה שמדירה יחסים בשל היותם "לא כלכליים", כחלק מביקורת על הקושי ליצור קו גבול בין "כלכלי" למה שאינו כזה. אבל מבחינה מעשית גם הוא תומך בגישה שבוחנת את התרומה של המועסק למעסיק (שם, בעמ' 952-3).

כאמור במבוא, במאמר שטרם פורסם תומכת פאינה מילמן סיון (הערה 13 לעיל) במבחן של פעילות כלכלית. היא מצגיחה חמישה מאפיינים כמצביעים על קיומה של "ספירה שוקית-כלכלית": חוזה, מערכת יחסים וולונטרית, דרישה לתמורה, מו"מ והתמקחות, תפוקה. מבחינה מעשית, ההבדל לעומת ההצעה במאמר הנוכחי אינו כה גדול, שכן גם מילמן סיון נותנת משקל לתפוקה, והמאפיינים האחרים שלה נדונים אצלי תחת השאלה אם

לעיתים קרובות אנו מבצעים עבודות שונות שאינן עבור הזולת אלא לטובתנו האישית, כלומר שלא אדם אחר נהנה מהן. כך, למשל, סטודנט שעומל שעות רבות על כתיבת עבודה סמינריונית במסגרת קורס באוניברסיטה מבצע "עבודה", אבל מאחר שהוא עושה זאת עבור עצמו (השכלתו) ואין מישהו אחר שנהנה מפירות עבודתו, הוא אינו "עובד" לצורך דיני העבודה. אין די בכך שהמרצה ביקש את ביצוע העבודה, אם רק הסטודנט עצמו נהנה מכך. בדומה, גם אם יש אדם אחר שנהנה מעבודה מסוימת, היא לא תקים יחסי עבודה אם אין מעסיק שהעבודה מבוצעת לבקשתו. לכן, אדם שמטפל בילדיו שעות רבות מידי יום מבצע "עבודה", ויש אחרים (ילדיו) שנהנים מכך, אבל בהעדר מעסיק שביקש זאת ומפיק מכך תועלת הוא לא יכול להיחשב "עובד".

מבחינת תכליתם של דיני העבודה יש הגיון רב בכך שיחולו רק על מי שמבצע עבודה עבור הזולת, וכאשר הזולת נהנה (מפיק תועלת) מאותה עבודה. זאת מאחר שבניגוד לדיני הרווחה, דיני העבודה אינם מקימים זכויות למול המדינה אלא למול מעסיק קונקרטי. בין אם מדובר בחובה לשלם שכר מינימום, במגבלה על שעות העבודה המקסימליות, או בזכות של העובדים לנהל משא-ומתן קיבוצי, לכל הזכויות האלה (ורבות אחרות) יש רלבנטיות רק מול מעסיק שנושא בחובה הנגדית. ההנחה היא שהגורם שנהנה מהעבודה הוא שצריך לשאת באחריות כלפי העובד שמבצע אותה. מכאן שקיומו של "זולת" שנהנה מהתועלת שמפיק העובד – וגם ראוי שיישא באחריות לזכויות העובד – הוא תנאי הכרחי מתבקש ליצירת יחסי עבודה.²²

בפרק זה אדון תחילה בשני מבחני סף שהופיעו בפסיקה מוקדמת, אולם למעשה בוטלו: קיומו של מפעל (סעיף 1) ומבחן המטרה העיקרית (סעיף 2). לאחר מכן אפנה לבחון את הפסיקה וכן את הדין הראוי לגבי מעמדם של מתמחים ומתלמדים (סעיף 3), משתתפים בקורס הכשרה או מיון (סעיף 4), משתקמים – הן עובדים עם מוגבלות והן אסירים (סעיף 5), שותפים בשותפות (סעיף 6) ובעלי מניות (סעיף 7).

1. קיומו של "מפעל" – לא מבחן סף

בהתאם למבחן ההשתלבות, שמהווה מרכיב מרכזי ב"מבחן המעורב" לקביעה מיהו עובד, אחד הסממנים לקיום יחסי עבודה הוא "השתלבות במפעל". המונח "מפעל" היה מקובל

העבודה מזכה בתמורה (בפרק ב'). עם זאת, לגבי המסגרת, אינני רואה תועלת רבה בכותרת של "כלכלי-שוקי", ולגבי הפרטים, ישנם הבדלים שונים. בין השאר, כפי שאראה בפרק ב', ארבעת המאפיינים הראשונים של מילמן סיון רלבנטיים במידה חלקית בלבד.

בספרות האקדמית הפמיניסטית נמתחה אמנם ביקורת על "הדרת" נשים המטפלות בילדיהן מדיני העבודה. ראו למשל Sandra Fredman & Judy Fudge, *The Legal Construction of Personal Work Relations and Gender*, 7 Jerusalem Rev. of Leg. Stud. 112 (2013). אני שותף לעמדה שטיפול בילדים, גם ילדים שלך עצמך, הוא "עבודה", ואף מדובר במשימה בעלת חשיבות שאינה "פרטית" בלבד. לכך יש השלכות הן בתחום דיני המשפחה (למשל בעת גירושין) והן בתחום תפקידיה של מדינת הרווחה (שצריכה להשתתף במידה כזו או אחרת בעלות הטיפול בילדים). אולם אינני רואה כיצד ניתן להחיל את דיני העבודה על סוג כזה של עבודה, שכן דיני העבודה בנויים כולם על הנחת קיומו של מעסיק, ומסדירים את היחסים בין המעסיק לבין העובד. ראו על כך Guy Davidov, *The (Incomplete) Purposive Revolution: A Comment on The Legal Construction of Personal Work Relations*, 7 Jerusalem Rev. of Leg. Stud. 87 (2013).

בתקופה התעשייתית, וכיום ראוי יותר לדבר על "השתלבות במקום העבודה"; אם כי מלכתחילה היה ברור, שאין הכוונה למפעל תעשייתי דווקא, או לעסק למטרות רווח, אלא גם למקום עבודה אחר. ויחד עם זאת, ניתן לטעון שבכל זאת היתה כוונה, בפסקי הדין המוקדמים, ליצור מעין מבחן סף, שבא לידי ביטוי באמירה שלפיה "תנאי להשתלבות" במפעל הוא שקיים 'מפעל' יצרני, לשירותים או אחר, שניתן להשתלב בו".²³ גם בפסקי-דין מאוחרים יותר חזר בית הדין מעת לעת על האמירה כי "תיערך בדיקה האם בכלל קיים 'מפעל' יצרני שניתן להשתלב בו"²⁴ כחלק מתיאור המבחן הנוהג.

איזה סוג של עבודות עשוי מבחן סף כזה להוציא מגדר יחסי עבודה? משני פסקי דין מוקדמים של בית הדין הארצי ניתן היה, ממבט ראשון, להסיק כי מטפלת בילדים עבור מעסיקים פרטיים (כלומר בבית משפחה ולא בגן ילדים) אינה עובדת בשל העדר "מפעל".²⁵ זהו גם האופן שבו הוצגה ההלכה במאמרו המקיף של מנחם גולדברג בסוגיה, שנכתב בעת היותו נשיא בית הדין הארצי.²⁶ תוצאה כזו הינה בעייתית בעליל, שכן מטפלת בילדים זקוקה להגנה של דיני העבודה לא פחות מכל עובד אחר. ואכן במקרה מאוחר יותר נקבע, כי "מפעל הוא כל מקום שמעסיק אנשים... כולל אם שמעסיקה מטפלת".²⁷

למעשה, שלושת פסקי הדין שאוזכרו לעיל לא עסקו במתן משמעות למונח "מפעל" כמבחן מקדים להשתלבות, אלא בפרשנות המונח "מפעל" שמופיע בהגדרת "עובד" בחוק הביטוח הלאומי. זהו אחד החוקים היחידים שבהם מופיעה הגדרה למונח "עובד", אלא שלא מדובר בהגדרה אלא בהרחבה: "לרבות בן משפחה, אף אם אין בינו לבין קרובו המעסיקו יחסי עבודה, ובלבד שהוא עובד במפעל באופן סדיר ובעבודה שאילולא עשה הוא אותה, היתה נעשית בידי עובד".²⁸ שלושת פסקי הדין עסקו בנשים שטיפלו באופן סדיר בנכדים או אחיינים, כנגד תמורה. התעוררה שאלה, האם לצרכי חוק הביטוח הלאומי מדובר ביחסי עבודה. בשני פסקי הדין הראשונים, בית הדין השיב על כך בשלילה, משהגיע למסקנה שדובר ביחסים וולונטריים של עזרה משפחתית שלא יצרו קשר חוזי מחייב. רק אז, לאחר שקבע שלא מדובר ביחסי עבודה לפי המבחנים הרגילים (כפי שנהגו באותה עת), פנה בית הדין לבחון, האם מתקיימים התנאים בסעיף האמור לעיל להרחבת המונח "עובד". על כך השיב בית הדין בשלילה על בסיס פרשנות מצמצמת למונח "מפעל", שמאוחר יותר השתנתה. עם זאת, גם בפסקי הדין המוקדמים הבהיר בית הדין, כי "טיפול בילד, בחולה, בנכה או עזרה במשק הבית – אלה משתייכים לסוגיה של שירותים פרטיים-אישיים, שלא לצורכי עיסוק או משלח-ידו של מקבל השירותים. בינו לבין מי שנותן את השירותים הנ"ל, קיימים לרוב יחסי עובד-מעביד, וקיים מקום עבודה עם כל המתחייב מכך, בבחינת תחולת חוקי העבודה

²³ פרשת בירגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 189. וראו גם דב"ע (ארצי) לג/9-3 רשות השידור – ראובן סיון, פד"ע ד 520, 525 (1973) (קיומו של "מפעל" שניתן להשתלב בו הוגדר כ"סימן ההיכר הראשון").

²⁴ ע"ע (ארצי) 14122-07-10 מכללת רמת גן – אורי פרייס (פורסם בנבו, 13.9.2012), בפסקה 16. ראו גם ע"ע (ארצי) 26932-12-14 סלקום ישראל בע"מ – ואצ'סלב איליאגוייב (פורסם בנבו, 1.5.2018), בפסקה 22.

²⁵ דב"ע (ארצי) לג/0-108 המוסד לביטוח לאומי – שרה כץ, פד"ע ה 31 (1973); דב"ע (ארצי) לג/0-159 בטי מרקן – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ה 134 (1973).

²⁶ גולדברג, לעיל הערה 2, בעמ' 33.

²⁷ עב"ל (ארצי) 20105/96 אורלי יהלום – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לו 603, 614 (2001) (עמדת השופטת ברק, שרוב השופטים האחרים לא נזקקו לה, אך גם לא חלקו עליה).

²⁸ חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, סעיף 1.

והביטחון הסוציאלי".²⁹ למסקנה זו ניתן להגיע על בסיס קביעה, כי גם העסקת מטפלת יכולה להיחשב "מפעל", או לחלופין, קביעה לפיה "אין מדובר ב'מפעל', ועל כן 'מבחן ההשתלבות' אינו רלבנטי" ובמקומו תיבחן שאלת יחסי עובד-מעסיק לפי מבחנים אחרים. כך פסק בית הדין הארצי בפרשת **תחיה סגל**.³⁰ למיטב ידיעתי גם לא התעורר בפסיקה שום מקרה אחר שבו האמירה מפרשת **בירגר** בדבר קיומו של "מפעל" קיבלה משמעות מעשית. מסקנה אפשרית מהאמור לעיל היא כי המבחן בדבר קיומו של "מפעל" נזנח הלכה למעשה בפסיקה, או בוטל במשתמע, וכיום הדרישה לקיומו של "מפעל" אינה דרישת סף לקיום יחסי עבודה. אפשרות חלופית היא להבין את המבחן ככזה שבא לוודא שמדובר בפעילות כלכלית, במובן הרחב שהוזכר לעיל, כלומר פעילות שמביאה תועלת למעסיק. בהנחה שכך, ניתן לראותו כחלק בלתי נפרד מהניסוח המוצע של "עבודה עבור הזולת".

2. המטרה העיקרית – מבחן סף שבוטל

ההבחנה בין עבודה שהיא לטובת הזולת לבין עבודה שאדם מבצע לטובתו האישית (למשל כדי לרכוש מקצוע, או למטרות שיקום) אינה תמיד חדה וברורה. ישנם מקרים, בוודאי אלה שמעוררים מחלוקת ומגיעים להתיינות בבתי הדין, שבהם יש ערוב מסוים בין שני אלה. בניסיון להתמודד עם קושי זה, בתי הדין פנו לעיתים למבחן "המטרה העיקרית", שלפיו העבודה צריכה להיות המטרה העיקרית של ההתקשרות, להבדיל מ"תוצאה נלווית".³¹ לפי מבחן זה, כאשר עבודה נעשית במקביל ובמשולב עם פעילות של הכשרה, הדרכה או שיקום, יש לבחון מה מבין אלה "עיקרי" ומה תוצר לוואי בלבד. או בניסוח אחר, שמתחבר עם המבחן שתואר לעיל, ניתן לשאול אם המטרה העיקרית היא ביצוע עבודה עבור הזולת. מוטי מירוני, שהציע לפני ארבעה עשורים ניסוח ל"מבחן המקדמי" כפי שבא לידי ביטוי בפסיקה, כלל בו את מרכיב המטרה העיקרית – תוך התייחסות למטרה של "עבודה בתמורה", חלופה אפשרית נוספת.³²

²⁹ דב"ע (ארצי) ג/0-108 המוסד לביטוח לאומי – שרה כץ, פד"ע 31, 37 (1973).

³⁰ דב"ע (ארצי) מב/3-123 תחיה סגל – רחל גור, פד"ע יד 190, 193 (1983). באותו מקרה פנה בית הדין ישירות לשאלה אם מדובר ביחסי "תלות". מבחינת היישום, התוצאה שקשה לקבל היתה כי אשה, שטיפלה בביתה בילדה של שכנה, אינה "עובדת" שכן יכולה היתה לטפל באותו זמן גם בילדיה שלה.

³¹ מבחן זה אומץ על-ידי בית הדין הארצי לראשונה בהקשר של שותפות להקמת עסק, שם נאמר שהשותפים אינם "עובדים", כי עבודתם עבור העסק אינה אלא נלווית למטרה העיקרית שהיא השותפות העסקית. ואילו ביחסי עבודה, ביצוע העבודה הוא "המטרה העיקרית של ההתקשרות... ולא תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת" (דב"ע (ארצי) לד/3-60 עזבון בלה ורי המנוח – לאורוי בע"מ, פד"ע 10, 13 (1974)). ראו דיון על כך להלן בסעיף 6 לפרק זה. המבחן אוזכר לאחר מכן גם בהקשר של התלמד/הכשרה; ראו פרשת **הלפרין**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 289 (שם אוזכר המבחן תחת השם "מבחן המטרה המרכזית"); ס"ע (אזורי חיפה) 8528-01-09 סאמר מחיל – מכון לב הגליל לרפואה בע"מ (פורסם בנבו, 10.7.2011); ס"ע (אזורי ת"א) 20322-08-10 אביב זילברמינץ – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.4.2013); ת"צ (אזורי ת"א) 2000-04-12 טל שגב – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.10.2015).

³² ראו מרדכי מירוני "מיהו המעביד – הגדרת יחסי עובד-מעביד בתבניות העסקה מודולאריות" עיוני משפט ט 505, 538 (1983): "במבחן מקדמי זה, אשר מוצע לכנותו 'מבחן ההתקשרות', שואל עצמו בית הדין האם בין התובע לנתבע קיימת התקשרות ליצירת יחסיים משפטיים, שבבסיסה העיקרי מונח חוזה ואשר מטרתה העיקרית להסדיר העברת שירותי עבודה בתמורה." לגבי דרישת הקשר החוזי – שבוטלה בינתיים בפסיקה – ראו פרק ב' סעיף 1 להלן.

ההתמקדות ב"מטרה העיקרית" – בין אם המטרה היא עבודה, עבודה עבור הזולת או עבודה בתמורה – היא בעייתית בכמה מובנים. ראשית, כפי שגם בית הדין הודה, ייתכן שלכל אחד מהצדדים מטרה שונה.³³ קחו למשל מקרה של התלמודות או התמחות: מבחינת המועסק, ברור שהמטרה לטווח ארוך היא להשיג את הניסיון הדרוש, הרישיון הנכסף, או ההכשרה החיונית לצורך עבודה במקצוע. ייתכן שזו אף "המטרה העיקרית" עבורו, אבל מדוע תהיה זו סיבה לשלול ממנו זכויות של עובד? לעיתים כדי להשיג מטרה ארוכת טווח אנשים מוכנים לעבוד בחינם, ואין סיבה לאפשר למעסיקים לנצל זאת לרעה. הדגש צריך להיות על השאלה אם המעסיק נהנה מהעבודה, בין אם המועסק עצמו מפיך ממנה תועלת עצמית או לא. שנית, מבחינת תכלית דיני העבודה, כוונת הצדדים בעת תחילת היחסים, שמבטאת ככל הנראה את המטרה שלהם, אינה קובעת. מה שחשוב הוא מה קרה בפועל – האם מדובר הלכה למעשה ביחסים שבהם צד אחד (המועסק) זקוק להגנת הדין וצד שני (המעסיק) צריך לשאת באחריות. לצורך זה, השאלה המרכזית היא מי נהנה מעבודתו של המועסק – האם הוא עצמו או הזולת – הלכה למעשה ולא ברמה ההצהרתית של הגדרת המטרות.³⁴ שלישית, הנטל של מטרה "עיקרית" הינו לטעמי מחמיר מדי. הניחו מקרה שבו מועסק עובד תשע שעות כל יום, כאשר מתוכן חמש שעות עבודה מודרכת תחת השגחה, ועוד ארבע שעות עבודה עצמאית (שמעורבות תוך כדי יום העבודה). לכאורה, מרכיב ההדרכה, שכולל יותר שעות, הוא ה"עיקרי"; אולם קשה לקבל מסקנה שלפיה לא מתקיימים יחסי עבודה בנסיבות כאלה, שבהן מתקיימת עבודה עצמאית מספר שעות כל יום.³⁵ ייתכן אמנם שבנסיבות כאלה יש הצדקה להסדרה מיוחדת כדי לשמר את התמריץ של מעסיקים

³³ "יכול ושיניים יתקשרו בהסכם, ומטרתו של האחד לא תהא מקבילה למטרתו של השני, או שהמטרות של כל אחד תהיינה יותר מאחת, והן משלימות זו את זו, ואין לקבוע מה עיקר ומה טפל" (פרשת הלפרין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 289 (1973)). בית הדין הבהיר באותו מקרה, שאין בכך כדי לפסול את מבחן המטרה המרכזית לחלוטין, "אלא לסייגו למקרים שאכן ניתן לקבוע מטרה מרכזית אחת". ספק בעיני אם אכן ישנם מקרים כאלה כאשר נדרשים לאבחן בין מתלמד/מתמחה/משתקם לבין עובד.

³⁴ כפי שמתבקש גם מהעיקרון של primacy of facts, או primacy of reality, שמקובל בדיני עבודה בשיטות משפט רבות (ראו למשל, בבריטניה, *Autoclenz Limited v. Belcher*, [2011] UKSC 41, par. 3), וגם בישראל (ראו למשל דב"ע (ארצי) ל/3-48-10 יהושע גינזבורג – ניסן השקעות וטכנויות בע"מ, פד"ע ה 151, 158 (1976)). על העיקרון וחשיבותו ראו גם SERGIO GAMONAL AND CÉSAR ROSADO, *METHOD Ch.3 (2019)*. לדוגמא בולטת של התבססות על מטרות מוצהרות להבדיל מהמציאות בשטח – בניגוד לעיקרון הנ"ל – ראו את דעת המיעוט של השופט פוליאק בפרשת זר, לעיל ה"ש 3.

³⁵ לביקורת ברוח זו על מבחן "הנהנה העיקרי" שאומץ על-ידי חלק מהערכאות בארצות הברית, ראו David C. Yamada, *The Legal and Social Movement Against Unpaid Internships*, 8 NORTHEASTERN U. L. REV. 357, 372 (2016); Charlotte Garden & Joseph E. Slater, *Comments on Restatement of Employment Law (Third), Chapter 1*, 21 EMPLOYEE RIGHTS AND EMPL. POL'Y J. 265, 286 (2017); James J. Brudney, *Square Pegs and Round Holes: Shrinking Protections for Unpaid Interns under the Fair Labor Standards Act*, in *INTERNSHIPS, EMPLOYABILITY AND THE SEARCH FOR DECENT WORK EXPERIENCE* (ANDREW STEWART ET AL EDS., 2021) 163.

להעסיק שוליות, משתקמים ואולי מתמחים בתחומים מסוימים.³⁶ כך, למשל, המדינה יכולה לסבסד את העלות למעסיקים בנסיבות מסוימות.³⁷ בכל מקרה, אין הצדקה לשלילה מוחלטת של זכויותיהם באמצעות החרגה ממעמד של "עובדים". התכלית של דיני העבודה היא להגן על מועסקים ביחסים של חולשה יחסית (נחיתות) מול המעסיק, שבאה לידי ביטוי בכפיפות ותלות,³⁸ ובמקרים של שוליות, משתקמים ומתמחים החולשה גבוהה במיוחד והצורך בהגנה רק גובר.

גם בפסיקה ניתן למצוא הכרה בקושי במבחן המטרה העיקרית. נשיא בית הדין הארצי לשעבר, השופט מנחם גולדברג, כתב כי "כאשר יש יותר ממטרה אחת והן משלימות זו את זו מבלי שהאחת טפלה לאחרת, גם אז יראו בהתקשרות 'חווה עבודה' אם אחת מהמטרות תהיה לשם ביצוע עבודה".³⁹ דברים אלה צוטטו לאחרונה בהסכמה על-ידי בית הדין הארצי בפרשת חיים זר, שהוסיף כי "לעיתים יש למערכת היחסים יותר ממטרה אחת – לענייננו מטרה כפולה תעסוקתית ושיקומית – כאשר די במטרה התעסוקתית כדי להקים יחסי עובד-מעסיק".⁴⁰ החריג הוא מקרה שבו "תרומת המועסק... שולית באופן ההופך את רכיב 'העבודה' לטפל וזניח לעומת רכיב השיקום".⁴¹ נראה שדברים אלה רלבנטיים לא רק לסוגיית הסיווג של משתקמים, אלא למבחן המטרה העיקרית באופן כללי, ולאור הפסיקה בפרשת חיים זר ניתן להסיק כי זה אינו משמש עוד ככלי עזר בפסיקה (ולמעשה, כפי שיובהר בסעיפים הבאים, גם לפני כן ניתן לו משקל מועט בלבד). הדגש הוא על השאלה אם מדובר בעבודה עבור הזולת; ובנסיבות של ערוב בין עבודה עבור הזולת ומטרה שממוקדת בפרט עצמו (למשל שילוב של עבודה לטובת מעסיק עם שיקום או לימוד), ישללו יחסי עבודה רק כאשר מרכיב העבודה הוא זניח (או שולי או טפל) בהשוואה למטרה הנוספת.⁴² סייג מצומצם זה

³⁶ בהקשר של חניכים – בני נוער אשר רוכשים מקצועות מסוימים בדרך של חניכות – נקבע בחוק החניכות, התשי"ג-1953 כי הם ייחשבו "עובדים" לעניין כל חוקי העבודה, למעט כאשר נקבע במפורש אחרת (סעיף 38).
³⁷ לסקירת הסדרים מסוג זה בבריטניה ראו, DEAKIN & MORRIS' LABOUR LAW, ZOE ADAMS ET AL., 7th Ed. (2021) at 2.23.

³⁸ ראו הערה 14 לעיל.

³⁹ גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 30.

⁴⁰ פרשת זר, לעיל ה"ש 3, בפסקאות 59, 66 (ב) לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

⁴¹ שם, בפסקה 66 (ב).

⁴² בפסיקה מוקדמת של בית המשפט העליון בארצות הברית נקבע מבחן דומה בהקשר של מתלמדים, אשר תביעתם נדחתה מהטעם שהמעסיק לא קיבל מעבודתם כל "יתרון מיידי" (no immediate advantage). ראו העליון לא נדרש שוב לסוגיה, ובערכאות נמוכות יותר נוצרה פסיקה לא אחידה. חלק מהערכאות אימצו המלצה של משרד העבודה הפדרלי, שבהתבסס על עקרונות פסק-דין הנ"ל גיבש מבחן בן שישה מרכיבים, אשר יש לעמוד בכלם כדי שתוכר ההחרגה מחוקי העבודה: ההתלמדות אצל המעסיק דומה בתכניה להתלמדות שהיתה מבוצעת בסביבה לימודית; היא מיועדת לטובתו של המתלמד; המתלמד אינו מחליף עובדים רגילים, אלא עובד תחת פיקוח צמוד של עובדי המעסיק; המעסיק לא מקבל כל יתרון מיידי מעבודת המתלמד, ולעיתים הוא רק מפריע לעבודה הרגילה; למתלמד לא מובטחת עבודה בסיום ההתלמדות; שני הצדדים מבינים שהמתלמד אינו זכאי לשכר עבור תקופת ההתלמדות. כפי שניתן לראות, מדובר במבחן מאד מחמיר שלפיו רובם המכריע של המתלמדים ייחשבו עובדים, בפרט לאור העבודה שיש צורך לעמוד בכל אחת מהדרישות. מבחן זה אוזכר גם בפסק-הדין של בית הדין האזורי בתל-אביב בפרשת אל-על, שבו אדון בסעיף 4 להלן. לסקירת הדין בארה"ב ראו Michael Pardoe, *Glatt v. Fox Searchlight Pictures, Inc.: Moving towards a More*

נראה סביר, שכן תכליות דיני העבודה הופכות להיות שוליות (עד כדי זניחות) בהשוואה לתכליות של השיקום או ההדרכה, ולכן גם נחלש מאד הצורך – ונחלשת ההצדקה – להחיל את דיני העבודה.⁴³

אפנה כעת לבחינה ביקורתית של הפסיקה במספר הקשרים קונקרטיים שבהם מתעוררת שאלה אם מדובר בעבודה עבור הזולת.

3. מתמחים ומתלמידים

ישנן מדינות שהסדירו בחקיקה את מעמדם של מתמחים ומתלמידים (שנקראים apprentices, trainees, ולעיתים גם interns, אם כי יש להבחין זאת מהתופעה של התמחות "כללית" שלא לצורך לימוד מקצוע מסוים, שאליה אתייחס בנפרד במסגרת הדיון בהתנדבות). במדינות שהסדירו את הנושא במפורש, לעיתים נקבע מעמדם כ"עובדים" לכל דבר, ולעיתים הם נחשבים כסטטוס נפרד, שנהנה רק מחלק מהזכויות של עובדים.⁴⁴ עם זאת,

Flexible Approach to the Classification of Unpaid Interns under the Fair Labor Standards Act, 75 MARYLAND L. REV. 1159 (2016), וראו גם Yamada, לעיל ה"ש 35. פסק-דין חדש יחסית של אחת הערכאות, שעסק במקרה של unpaid internship, דחה את ההמלצה של משרד העבודה ואימץ מבחן דומה יותר למבחן המטרה העיקרית, ולפיו יש לשאול מיהו "הנהנה העיקרי" (the primary beneficiary). ראו 811 F. 3d 528 (2nd Cir. 2015). *Glatt v Fox Searchlight Pictures Inc.* לניתוח ביקורתי של פסק הדין ראו *Second Circuit Crafts "Primary Beneficiary" Test for Unpaid Interns*, 129 HARVARD L. REV. 1136 (2016). בשנים האחרונות המשיכה מגמה זו, להעדפה של מבחן הנהנה העיקרי; ראו Brudney, לעיל ה"ש 35. לסקירת פסיקה אמריקאית נוספת שאימצה מבחן דומה למבחן המטרה העיקרית ראו Zatz, לעיל ה"ש 18, בעמ' 901; לביקורת של המחבר על מבחן זה ראו שם, בעמ' 913. לביקורת נוספת על כך שמבחן הנהנה העיקרי מביא לניצול של מי שהם למעשה עובדים ראו גם המקורות בה"ש 35 לעיל.

תמיכה בכך ניתן למצוא גם בתקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב-2002, שקובעות שכר מינימום מופחת במספר מדרגות לעובדים שיכולת העבודה שלהם היא החל מ-20% יכולת עבודה "רגילה" ומעלה. משתמע שעבור מועסקים עם תפוקה שמתחת ל-20%, שעבורם לא נקבע שכר מינימום כלשהו, התכלית השיקומית היא המרכזית ומרכיב העבודה הוא זניח.

לסקירות השוואתיות ראו Andrew Stewart et al, *The Regulation of Internships: A Comparative Study*, ILO Employment Working Paper 240 (2018), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_635740.pdf; ANDREW STEWART ET AL, *INTERNSHIPS, EMPLOYABILITY AND THE SEARCH FOR DECENT WORK EXPERIENCE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, A FRAMEWORK FOR QUALITY APPRENTICESHIPS: REPORT IV(1) (ILO 2019), par 3.6*, https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/110/reports/reports-to-the-conference/WCMS_731155/lang--en/index.htm. דו"ח זה שימש בסיס לדיון בוועידת ארגון העבודה הבינלאומי בשנת 2021, אשר בסיכומה התקבלה החלטה עקרונית לאמץ המלצה בנושא זכויותיהם של מתמחים/מתלמידים, אך מבלי שהמלצה זו תכלול התייחסות לשאלת מעמדם כ"עובדים". ראו International Labour Conference – 110th Session, 2022, Resolution to place on the agenda of the next ordinary session of the Conference an item entitled "Apprenticeships" (11 June 2022), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848634.pdf

במדינות אחרות, וכך בישראל, המעמד של מתמחים אינו מוסדר בחקיקה (למעט חריגים קונקרטיים) וההכרעה אם הם נכנסים לגדר "עובדים" מובאת לפתחם של בתי הדין לעבודה.⁴⁵ לימוד מקצוע אשר מחייב התמחות או התלמדות מעשית (כשוליה) לציודו של בעל מקצוע ותיק יותר הוא מקרה בולט שמוכרע על בסיס מבחן הסף של עבודה עבור הזולת. בנסיבות של התמחות והתלמדות יש כפיפות ואין סממנים של עסק עצמאי, ולכן המבחן המעורב מצביע לכאורה על יחסי עבודה. יחד עם זאת, ישנו ערבוב בין תועלת עצמית לתועלת עבור הזולת: מקובל שהמתמחה/מתלמד נהנה מהדרכה והשגחה, אך לצד זאת מבצע מטלות שונות באופן עצמאי שתורם למעסיק. מטבע הדברים, כמו בכל עבודה, בשלב הראשון שבו לומדים את העבודה ומתנסים בה התרומה למעסיק נמוכה יותר, אולם היא הולכת ומתחזקת עם הזמן. לכן ראוי לבחון את התרומה למעסיק על פני כלל תקופת ההתמחות ולא להפריד בין תקופת הלימוד הראשוני לתקופת ההתנסות שלאחר מכן.⁴⁶ בהסתכלות על כלל התקופה, ככל שהתרומה למעסיק משמעותית יותר, כך גם ברור שמדובר בעבודה עבור הזולת (שצולחת את מבחן הסף),⁴⁷ אולם במצבים שבהם נראה כי הלימוד הוא העיקר ומרכיב העבודה הוא שולי/זניח, אין הצדקה להכיר ביחסי עובד-מעסיק.

הפסיקה בנושא מתמחים ומתלמדים מלמדת כי גם לפני פרשת חיים זר לא הסתמכו בתי הדין בהקשר זה על מבחן המטרה העיקרית. לפי פסיקה עקבית, אין צורך שהעבודה תהיה רק (או בעיקר) לתועלת הזולת; העובדה שאדם מפיק תועלת אישית מרכישת ניסיון בעבודה או קבלת הדרכה תוך כדי עבודה, לרבות ניסיון שהכרחי לקבלת רישיון לעיסוק במקצוע, אינה שוללת את זכויותיו כ"עובד", כל עוד גם המעסיק מפיק תועלת מעבודתו.⁴⁸ למעשה, במרבית פסקי הדין שעסקו בסוגיה זו, לא רק שלא אוזכר מבחן המטרה העיקרית אלא גם לא מופיע אזכור דרישה של "סיפוק צרכים או משאלות הזולת";⁴⁹ בתי הדין התמקדו במרבית המקרים רק בשאלה אם המעסיק הפיק תועלת מעבודתו של המתמחה.⁵⁰ כאמור לעיל, שאלה זו נראית רלבנטית, כחלק מהמבחן הרחב יותר (שאפשר לראותו כמיושם במשתמע) של "עבודה עבור הזולת".

⁴⁵ חריג אחד הוא מעמדם של בני נוער שמועסקים כ"חניכים", במקצועות ספציפיים שהוגדרו מכוח חוק החניכות, התשי"ג-1953, ואשר על פי חוק זה נחשבים עובדים (סעיף 38 לחוק), אם כי ניתן לקבוע לכם שכר מינימום שונה (סעיף 15) וכן נקבעו להם מספר הוראות מיוחדות. חריג נוסף הוא מתמחים במשפטים אשר נקבע בחוק כי דינם כדין עובד של המאמן, למעט לצורך חוקים ספציפיים כמו פיצויי פיטורים (חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, סעיף 41א).

⁴⁶ ראו ע"ע (ארצי) 1054/01 אשר טוילי – יצחק דהרי, פד"ע לז 746, 752 (2002): "בחווה העבודה היו משולבים אלמנט של ביצוע עבודה שהביאה תועלת למשיב ואלמנט של לימוד על-ידי המערער. אכן, התועלת שהביא המערער למשיב בתחילת עבודתו לא הייתה רבה, אך עם הזמן היא הייתה משמעותית ונתנה למשיב תועלת כלכלית של ממש".

⁴⁷ פרשת הלפרין, לעיל ה"ש 15.

⁴⁸ כפי שציין בית הדין בפרשת הלפרין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 287, גם חוק החניכות, התשי"ג-1953 תומך בגישה שלפיה במצבים של ערבוב בין עבודה ללימוד מתקיימים יחסי עובד-מעסיק (ראו סעיף 38 לחוק זה). יש לציין שבבירטניה בתי המשפט סירבו במספר מקרים להכיר במתלמדים כעובדים; לסקירה ביקורתית של פסקי-דין אלה ראו DAVIDOV, הערה 1 לעיל, בעמ' 200.

⁴⁹ מבחן הסף שהופיע בפרשת הלפרין ובפרשת עובד המנוח מאיר נתן כהן, כאמור בפתח פרק זה.

⁵⁰ ראו למשל ע"ע (ארצי) 1054/01 אשר טוילי – יצחק דהרי, פד"ע לז 746 (2002). רבים מפסקי הדין המאוחרים יותר הסתמכו בעיקר על פסק-דין זה.

בהתאם לכך הוכרו כעובדים מתמחה במשפטים,⁵¹ מתמחה ברפואה,⁵² מתמחה בייעוץ מס,⁵³ מתמחה בחקירות פרטיות,⁵⁴ מתמחה ברוקחות,⁵⁵ מתמחה בשמאות מקרקעין,⁵⁶ מתמחה בהוראה,⁵⁷ מתלמדת בתחום הגרפיקה⁵⁸ ומתלמדת בתחום האיפור.⁵⁹ מנגד, לא הוכרו כעובדים מתמחים ברפואת שיניים, שלגביהם נקבע שהמסגרת היא לימודית בעיקרה;⁶⁰ דוקטורנטים שלקחו חלק במחקר במסגרת אוניברסיטה;⁶¹ וכן מתמחות בתזונאות (למקצוע דיאטנות), כאשר ההכשרה בוצעה כחלק מתוכנית הלימודים באוניברסיטה ונשאה אופי לימודי, ובכלל זה מעבר תכוף בין מחלקות לטובת התנסות מגוונת.⁶² לגבי התמחות לתפקיד של טכנולוג רפואי/עובד מעבדה ישנן מספר פסיקות סותרות של בתי דין אזוריים; ייתכן שהמאפיינים העובדתיים של התמחות בתחום זה שונים ממקרה למקרה.⁶³ אפשרות אחרת היא כי הגדרה בהירה יותר של מבחן הסף בהתאם לאמור לעיל היתה מסייעת לעקביות בפסיקה גם בהקשר זה. מכל מקום ניתן לומר, כי גם על פי הדין המצוי מתמחים ומתלמידים הם "עובדים", אלא אם היבט הלימוד לתועלתם האישית הוא כה מרכזי, והתרומה למעסיק כה שולית וזניחה, עד שנכון יותר לראותם כתלמידים. נראה שהחגרת מועסקים מהגנת דיני העבודה מטעם זה אפשרית רק – או לפחות כמעט רק – כאשר ההתמחות נעשית כחלק ממסגרת לימודים פורמלית (במוסד אקדמי).⁶⁴ לדעתי יש מקום לחזקה שלפיה עבודה שמבוצעת במקום עבודה היא לטובת הזולת, והנטל צריך להיות על מעסיק שמבקש לטעון אחרת.⁶⁵ זאת כדי למנוע מצב שבו הנטל הוא על המועסק להוכיח את היחס בין מרכיב התרומה למעסיק למרכיב הלימודי – נטל שיוצר הלכה למעשה חזקה הפוכה של העדר יחסי

⁵¹ פרשת קאזיס, לעיל ה"ש 6; ע"ע (ארצי) 252/07 אשר עמי-עד – זוהיר בכריה (פורסם בנבו, 11.12.2007). כאמור (הערה 45 לעיל), בעניין זה יש גם הוראת חוק מפורשת.

⁵² פרשת הלפרין, לעיל ה"ש 15.

⁵³ ע"ע (ארצי) 1054/01 אשר טוילי – יצחק דהרי, פד"ע לז 746 (2002).

⁵⁴ ע"מ (ארצי) 1006/01 נאזי שהרי – יעקב רוגל, פס"ד לח 481 (2003).

⁵⁵ ע"ב (אזורי חיפה) 3967/99 וייליאם איוב – קופ"ח מאוחדת (פורסם בנבו, 26.12.2002).

⁵⁶ ע"ע (ארצי) 712/07 מנשרוף שמשון – חיים גלנצר (פורסם בנבו, 13.05.2009).

⁵⁷ ד"מ (אזורי נצרת) 1424/08 חמאד עניאת – עיריית אלשאג'יר (פורסם בנבו, 07.01.2010).

⁵⁸ דמ (אזורי ת"א) 2154/03 צביה ירדן – ליהי אקוקה פרסומאים בע"מ (פורסם בנבו, 12.10.2003).

⁵⁹ ס"ע (אזורי ת"א) 12733-08-11 נטאשה דנונה מייק אפ סטודיו בית ספר לאיפור – יאנה פרוביז (פורסם בנבו, 08.09.2014).

⁶⁰ תע"א (אזורי י-ם) 1985-09 ד"ר אילון שרון – הסתדרות מדיצינית הדסה (פורסם בנבו, 07.10.2013); אושר ב- ע"ע (ארצי) 28419-11-13 ד"ר שרון אילון – הסתדרות מדיצינית הדסה (פורסם בנבו, 14.11.2017).

⁶¹ ס"ע (אזורי חי') 34958-03-10 אורי אבינועם – הטכניון מכון טכנולוגי לישראל (פורסם בנבו, 28.02.2016).

⁶² ע"ב (אזורי י-ם) 1161/01 מוזס לילך – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 29.07.2007). לדוגמה נוספת של פעילות לימודית בעיקרה ראו ס"ע (אזורי ת"א) 20322-08-10 אביב זילברמינץ – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.04.2013).

⁶³ בפסק-הדין בעניין תע"א (אזורי ת"א) 2413/10 דעאס סאמר – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.09.2014) ניתן למצוא סקירה של פסקי דין אלה, עם ניסיון ליישב ביניהם תוך הצגת השוני העובדתי בין המקרים השונים.

⁶⁴ בחלק מהמדינות שהסדירו את הנושא בחקיקה נקבעה מגבלה כזו במפורש. ראו Rosemary Owens and Andrew Stewart, *Regulating for Decent Work Experience: Meeting the Challenge of the Rise of the Intern*, 155 INTERNATIONAL LABOUR REVIEW 679, 689-691 (2016).

⁶⁵ בית הדין ציין לאחרונה בהקשר קרוב, של מעמד משתקמים, כי "יש לשקול... להעביר את הנטל למעסיק", מבלי להכריע בכך (פרשת זר, לעיל ה"ש 3, בפסקה 66 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה).

עבודה במצבים של ערבוב בין השניים, למרות ההלכה לפיה מתקיימים יחסי עבודה אלא אם המרכיב התעסוקתי הוא שולי וזניח.⁶⁶

4. קורס הכשרה/מיון

מה דינה של הכשרה שאדם מבצע לפני תחילת העבודה, כאשר היא ניתנת בנפרד כקורס מקדים ולא מבוצעת בתקופה זו עבודה שהמעסיק מפיך ממנה תועלת? אם הקורס נועד להכשיר את המועסק לתפקיד הספציפי אליו הוא מיועד, כשלב מקדים שהוא חייב לעבור לבקשת המעסיק טרם תחילת העבודה, אזי ברור שיש לראות את תקופת הקורס כעבודה ואת המועסק כעובד – אפילו אם הוחלט בסיום הקורס שלא לקבל אותו לעבודה.⁶⁷ שהרי גם בתקופה זו, המועסק מעמיד את עצמו לרשות המעסיק, ממלא אחר הנחיותיו, והשקעת הזמן שלו היא עבור הזולת (המעסיק) ולא עבור עצמו. למעסיק פרוגרטיבה ניהולית להחליט אם להכשיר עובדים באופן הדרגתי, תוך כדי העבודה (on-the-job training) או להעדיף הכשרה מרוכזת קודם לתחילת העבודה, אולם החלטה זו לא אמורה להשפיע על זכויותיהם.⁶⁸ לעומת זאת, אם מדובר בהכשרה כללית, שתועיל לאותו אדם באופן כללי ולא רק אצל אותו מעסיק – באופן ממשי כמו קבלת תעודה או רכישת מקצוע בדרך אחרת – מתקיים שוב אותו ערבוב בין תועלת עצמית לעבודה עבור הזולת.⁶⁹

סוגיה זו נידונה בהרחבה על-ידי השופטת (כתוארה אז) וירט לבנה, בשבתה בבית הדין האזורי, בפרשה שעסקה בשאלה אם במהלך קורס הכשרה לדיילים מטעם אל-על הם נחשבים עובדים וזכאים לשכר. כפי שציין בית הדין, היה עליו להכריע באיזו מידה משתתף בקורס "עוסק ברכישת ידע או כישורים מקצועיים, לרווחתו ולצרכיו האישיים".⁷⁰ על בסיס סקירת פסיקה קודמת, בית הדין קבע חמישה מבחני עזר לצורך הכרעה במקרים כגון אלה: (1) האם מטרת ההתקשרות בין הצדדים היא ליצור יחסי עובד-מעסיק (כאשר ההכשרה היא שלב

⁶⁶ דוגמא לחשיבות של חזקה ניתן למצוא בעניין סע"ש (אזורי ת"א) 47044-07-13 שירן כץ – עדיס אירוח (2012) בע"מ (פורסם בנבו, 29.08.2015), שם נדחתה תביעה לגבי עבודה שבוצעה במסעדה כחלק מהתמחות במסגרת לימודים בבית ספר לקולינריה. בית הדין ציפה מהתובעת להוכיח את אופי עבודתה. לטעמי היה מקום להניח שמדובר בעבודה עבור המעסיק ולא לימוד, אלא אם המעסיק יוכיח אחרת, כלומר להעביר את נטל ההוכחה למעסיק.

⁶⁷ תב"ע (אזורי ת"א) נז/35-3633 ערן ארקוש – לאופר תעופה בע"מ, פד"ע לג קכח (1999).

⁶⁸ לדוגמא קיצונית ראו ד"מ (אזורי נצרת) 1931/06 אדוה נאור – קובי תומר (פורסם בנבו, 08.07.2007), שם דובר בעובדת בחנות בתחנת דלק, שנדרשה על-ידי המעסיק לעבוד כ-15 שעות של "התלמדות" ללא שכר. כלומר גם במקרים שדומים יותר ל-on-the-job training ישנם מעסיקים שמנסים להתחמק מתשלום.

⁶⁹ בדיון בהקשר אחר, בית הדין הארצי הבחין בין הכשרה מקצועית קודם לתחילת העבודה לבין השתלמות מקצועית במהלך תקופת העבודה, והדגיש את העובדה שהכשרה ראשונית מקנה לעובד מיומנויות חדשות שפותחות בפניו אפיק תעסוקתי חדש (כלומר, תועלת עצמית). ראו ע"ע (ארצי) 46536-09-16 בן בטחון (1989) בע"מ – גיא אורטל (פורסם בנבו, 24.2.2019), בפסקה 26 לפסק-דינה של השופטת אופק-גנדלר. השאלה עד כמה אכן מדובר בתועלת עצמית תלויה בנסיבות כל מקרה לגופו; במקרה שנדון שם, דובר בקורס הכשרה בן 6 ימים שבסיומו קיבלו המשתתפים תעודת מאבטח במוסדות חינוך, ובית הדין הכיר בכך שזוהי הכשרה שיכולה להצדיק במידה מסוימת סעיף שמחייב עובד להחזיר את עלות ההכשרה אם עזב לאחר תקופה קצרה. לגבי עצם קיומם של יחסי עבודה בתקופת ההכשרה לא היתה מחלוקת באותו מקרה.

⁷⁰ ס"ק (אזורי ת"א) 1148/02 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, ניתן ביום 15.3.2005, פסקה 36.

מקדים (לכך), בהתאם למכלול הנסיבות ולא ההסכמה הפורמלית; (2) האם אופייה של ההכשרה הינו כשל הכשרה המועברת במוסד הכשרה לימודי או במסגרת יחסי עובד-מעסיק; (3) מהו משך ההכשרה, היקף השעות והאם מתאפשר לחניכים לעבוד במקביל להכשרה; (4) האם מפיק המעסיק רווח מההכשרה; (5) כוונת הצדדים. על בסיס מבחנים אלה נפסק, כי בתקופת קורס ההכשרה של אל-על (שאורכו שבעה-שמונה שבועות) הדיילים הם "עובדים". במקרה אחר נפסק על בסיס אותם מבחנים כי קורס בן ארבעה ימים שסטאז'רים ברפואה נדרשו לקחת לפני תחילת הסטאז' אינו יוצר יחסי עובד-מעסיק, מאחר שהקורס ניתן בתיאום עם האוניברסיטאות, ולפי דרישת הרגולטור, ולא לבקשת המעסיק.⁷¹ לדעתי די בשני מבחני העזר הראשונים מפרשת אל-על, כאשר המטרה היא לזהות אם הקורס הוא שלב מקדים כחלק מעבודה עבור הזולת.⁷² שלושת המבחנים האחרונים אינם תורמים לכך: גם לימודים כלליים יכולים להיות בהיקף של משרה מלאה; הרווח של המעסיק מגיע בכל מקרה במועד מאוחר יותר, ודי במבחן הראשון כדי להצביע על כך שהקורס מיועד לתועלתו; וכוונת הצדדים לא צריכה לשנות בקביעת סטטוס.

מה הדין אם מטרתו של קורס היא מיון – או שהוא משלב הכשרה עם מיון – כלומר שחלק לא מבוטל מהמשתתפים בקורס אינם מתקבלים בסופו לעבודה? בפסיקה אזונית נקבע כי במקרה כזה לא מתקיימים יחסי עבודה בתקופת הקורס, "ובלבד שמשכו ואופיו [של הקורס] תואמים מיון לקראת המשרה המבוקשת".⁷³ באותו מקרה נדחתה תביעה שהתייחסה לקורס שנמשך 18 ימים. לדעתי, הזמן הסביר למיונים על חשבונו של העובד הוא יום או יומיים לכל היותר; כל תקופה מעבר לכך היא בגדר תחילת עבודה עבור המעסיק. אחרת נחיר למעסיק להעביר על גבו של העובד סיכונים ועלויות שהמעסיק צריך לשאת בהם. כפי שלא ניתן לשלול מהמועסק זכויות ב"תקופת ניסיון",⁷⁴ שבה הוא עומד לרשות המעסיק ולא מפיק תועלת עצמית, כך גם בקורס של מיון (שחורג מגדר מבחני מיון קצרים).

5. משתקמים עם מוגבלות ואסירים

השאלה אם המועסק תורם למעסיק במידה שאינה זניחה/שולית מתעוררת גם בהקשר של אנשים עם מוגבלות קשה שמפריעה לביצוע העבודה. עקרונית, ברור שאנשים עם מוגבלות הם עובדים לכל דבר, והחוק אף מנחה את המעסיקים להימנע מאפליה כלפיהם ולחזק את שילובם במקומות העבודה.⁷⁵ יחד עם זאת, במקרים של מוגבלות שמצמצמת באופן

⁷¹ ת"צ (אזורי ת"א) 2000-04-12 טל שגב – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 08.10.2015).
⁷² כאשר אדם ביקש מיוזמתו להתנסות במקצוע מסוים, הוא לא הוכר כעובד בנסיבות בהן הגעתו למקום העבודה לא היתה סדירה (בזמנים לא קבועים, לפי בחירתו) ולא היה סיכום על קבלתו לעבודה לאחר תקופת ההתנסות (ד"מ (אזורי י-ם) 1948/01 מונאס אריאל – דפוס איילון עמית ורפי בע"מ (פורסם בנבו, 2.1.2002)). ניתן להבין (ולהצדיק) פסיקה זו ככל שעובדתית העבודה היתה בראש ובראשונה לטובתו העצמית ולא לטובת הזולת. למקרה דומה ראו גם ד"מ (אזורי ת"א) 2837/02 יצחקי סליי – A.G.P תקשורת חזותית בע"מ (פורסם בנבו, 14.10.2002).

⁷³ ד"מ (אזורי ת"א) 7636/03 ציפי סיני – הדקה ה-90 בע"מ (לא פורסם; כפי שצוטט בס"ק (אזורי ת"א) 1148/02 הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 15.3.2005), פסקה 23).

⁷⁴ ע"ע (ארצי) 300018/98 א.ו.ב.א מהנדסים בע"מ – אלון נוי (פורסם בנבו, 31.12.1998).

⁷⁵ חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, פרק ד'. וראו גם צו הרחבה לעידוד והגברת התעסוקה של אנשים עם מוגבלות (2014).

משמעותי את התפוקה, חוק שכר מינימום מאפשר תשלום של שכר מינימום מופחת, וקובע את המנגנון שמסדיר זאת במקרים פרטניים.⁷⁶ התקנות שהותקנו מכוח החוק מסדירות שכר מינימום "מותאם" לעובדים שיכולת העבודה שלהם היא בין 20% ל-80% מיכולת העבודה "הרגילה", ומועסקים במקומות עבודה רגילים. הכוונה היא, שכאשר התפוקה היא מעל 80%, יש לשלם שכר מינימום מלא, ומנגד, כאשר התפוקה היא מתחת ל-20%, ההנחה של מתקין התקנות היא שאין הצדקה לתשלום שכר כלל (ואפשר להסיק מכך, אם כי לא בהכרח, הנחה שלא מתקיימים יחסי עבודה). בשנת 2007 חוקק חוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים, שהגדיר "משתקמים" כמי שיכולת העבודה שלהם – בהקשר של מקום עבודה ותפקיד ספציפיים, ולפי קביעת גורם מטעם המדינה – נמוכה מ-20%.⁷⁷ במקרים כאלה נקבע במפורש באותו חוק שמשתקמים, אשר מועסקים במקום עבודה רגיל (להבדיל מ"מפעל מוגן" שהמדינה משתפת במימונו), לא ייחשבו עובדים; עם זאת, הם יהנו משורה של זכויות שחלקן מקבילות לזכויות עובדים (כמו ימי חופשה, ימי מחלה, הוצאות נסיעה, הגנה מפני הטרדה מינית ועוד). כמו כן הם יקבלו "גמול תעסוקה" בשיעור של 10% או 19% משכר המינימום, בהתאם ליכולת העבודה שלהם.⁷⁸ אלא שחוק זה חוקק כהוראת שעה, ולאחר הארכה אחת לא חודש עוד, ופקע ב-2017. כמו כן, גם בתקופת תוקפו לא היתה כל הסדרה למעמדם של מועסקים במפעלים מוגנים. לכן שאלת מעמדם של עובדים עם מוגבלות – במידה שפוגעת משמעותית בתפוקה שלהם – נותרה פתוחה להכרעה של הפסיקה. להלן אתייחס אל מועסקים אלה כ"משתקמים", אף שהכוונה אינה רק למי שתפוקתם בעבודה נמוכה מ-20%.⁷⁹

בפרשת **יעקב רוט** נדון מקרה של אדם בעל מוגבלות שכלית, אשר עבד כעשר שנים אצל מעסיק אליו הופנה על-ידי הקרן לשיקום אנשים עם מוגבלות.⁸⁰ הוא קיבל שכר בשיעור של כ-33% משכר המינימום, מבלי שאושר לתת לו שכר מינימום מותאם (דובר בתקופה שלפני התקנת התקנות בעניין זה). מהעדויות עלה כי תכלית ההתקשרות בין הצדדים היתה במידה רבה שיקומית, כלומר לטובתו של המועסק עצמו. בין השופטים התגלעה מחלוקת בשאלה עד כמה (אם בכלל) הפיק גם המעסיק תועלת מעבודתו של רוט. השופט (כתוארו אז) פליטמן סבר שהמעסיק לא הפיק כל תועלת, להיפך: "עובדי המפעל שנעזרו במערער היו צריכים לאבד מזמן עבודתם על מנת לפקח עליו, כך שהפסד זמנם עלה למפעל יותר מהתפוקה השולית שניתן היה להפיק מעבודתו של המערער".⁸¹ מנגד גרס הנשיא אדלר, שאליו הצטרף השופט רבינוביץ, שהמעסיק הפיק תועלת מעבודתו של רוט, גם אם מופחתת בהרבה מזו של עובד רגיל. מחלוקת עובדתית זו היא שהכריעה את הכף לדחיית קיומם של יחסי עובד-

⁷⁶ חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, סעיף 17(ב); תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), תשס"ב-2002.

⁷⁷ חוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז-2007.

⁷⁸ צו זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה) (שינוי התוספת הראשונה לחוק), התש"ע-2009.

⁷⁹ גם בית הדין השתמש במונח משתקמים באופן רחב כזה; פרשת **זר**, לעיל ה"ש 3, בפסקה 44 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

⁸⁰ ע"ע (ארצי) 670/06 **יעקב רוט – רם מבנים בע"מ** (פורסם בנבו, 01.10.2009).

⁸¹ שם, בפסקה 5(ב) לפסק-דינו.

מעסיק, לפי גישתו של השופט פליטמן, שאליו הצטרפו שני נציגי הציבור. בדומה להקשרים אחרים שפורטו לעיל, השאלה המכרעת היתה למעשה האם מדובר בעבודה למען הזולת, כאשר אי-העמידה במבחן סף זה התבססה, בנסיבות המקרה, על העדר תרומה כלשהי למעסיק.⁸²

מהו הדין כאשר תכלית שיקומית ותכלית כלכלית מעורבים זה בזה, היינו העבודה נועדה לסייע בשילוב של אדם עם מוגבלות קשה בשוק העבודה ולתרום לשיקומו, אבל באותה עת הוא גם תורם למקום העבודה והמעסיק מפיק תועלת מעבודתו? עד לאחרונה הפסיקה היתה לא אחידה בעניין זה. במקרה אחד, אישה עם מוגבלות שולבה במפעל ייצור ובית הדין האזורי השתכנע כי לצד השיקום תרומתה למעסיק היתה משמעותית. למרות זאת, באופן שרירותי למדי הגדיר בית הדין את שנת עבודתה הראשונה כשיקומית ללא יחסי עבודה, ואת השנים הנוספות לאחר מכן כיחסי עבודה (לגביהן קבע שכר מופחת).⁸³ בית הדין הארצי אישר את הקביעה לגבי השנה הראשונה ללא דיון.⁸⁴ במקרה נוסף, אשה בעלת מוגבלות שכלית שעבדה כסייעת בגן ילדים של נעמ"ת, ללא שכר, זכתה בתביעתה, לאחר שנקבע כי המעסיק הפיק תועלת מעבודתה. בצדק ציין בית הדין האזורי, כי העובדה שהיתה גם תכלית שיקומית לא שוללת קיום יחסי עובד-מעסיק; "התמורה הרוחנית והחברתית שייכתן כי [המועסקת] קיבלה אינה מאיינת את זכותה לקבלת תמורה חומרית".⁸⁵ לאחרונה קבע בית הדין הארצי, בפסק דין תקדימי ומקיף בפרשת חיים זר, כי משתקמים ייחשבו עובדים – לרבות אלה שמועסקים ב"מפעלים מוגנים" – כל עוד הם משיאים תרומה כלשהי (שאינה שולית) למעסיק.⁸⁶ נראה כי זהו יישום נכון וראוי של מבחן הסף המחייב עבודה למען הזולת.

מקרה נוסף שבו יש ערבוב בין תכלית שיקומית וכלכלית הוא עבודה של אסירים. עד כה לא הוכרו בפסיקה אסירים כ"עובדים", גם לא כאשר הם מבצעים את העבודה עבור מעסיק פרטי מחוץ לכותלי הכלא.⁸⁷ נימוק אחד להדרתם היה העדר קשר חוזי, נושא שיידון בנפרד בהמשך; אולם ייאמר כבר עתה, כי מבחן הקשר החוזי בוטל, ונפסק כי אין בו כדי להוות מכשול להכרה באסירים כעובדים.⁸⁸ נימוק נוסף שהוביל לדחיית תביעה של אסיר להכרה כ"עובד" היה שההתקשרות עם המעסיק היא בעיקרה שיקומית.⁸⁹ באותו מקרה הסתמך בית

⁸² ספק אם מסקנה זו היתה סבירה מבחינה עובדתית; למעשה שופטי הרוב הניחו, במשתמע, כי עסק פרטי לא רק לקח על עצמו להעסיק אדם עם מוגבלות משמעותית, אלא גם ספג את התשלום של שליש משכר המינימום בלי שקיבל שום תמורה מכך. קשה למצוא בפסק הדין ראיות לרצון מצד המעסיק לתרומה (או הקרבה) כה משמעותית.

⁸³ תע"א (אזורי ב"ש) 2092-06 נגר לאה – הקרן למפעלי שיקום למוגבלים (פורסם בנבו, 16.11.2011).

⁸⁴ ע"ע (ארצי) 39538-12-11 לאה נגר – קרן רשת מרכזי אבחון ושיקום מקצועי (פורסם בנבו, 23.10.2013).

⁸⁵ עב' (אזורי ת"א) 10973/04 גליה סמו גולשטיין – נעמ"ת (פורסם בנבו, 19.11.2006), בעמ' 6.

⁸⁶ פרשת זר, לעיל ה"ש 3. לעניין זה נפסק שניתן להיעזר בקו הגבול שקבע המחוקק לפיו מועסק עם תפוקה של 20% ומעלה, בהשוואה לעובד רגיל, אמור ככלל להיחשב עובד (שם, בפסקה 66 (ב) לפסק-דינה של השופטת דיודוב-מוטולה).

⁸⁷ בג"ץ 147/63 כטיב נ' מנהל בית-הסוהר המרכזי רמלה, פ"ד יז 2412 (1963); עב' (אזורי ת"א) 2126/00 חרב נאיף – שטיח ועץ בע"מ (פורסם בנבו, 14.5.2002).

⁸⁸ בג"ץ 1163/98 עפר שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817 (2001). לדיון במבחן הקשר החוזי ראו פרק ב' סעיף 1 להלן.

⁸⁹ עב' (אזורי ת"א) 2126/00 חרב נאיף – שטיח ועץ בע"מ (פורסם בנבו, 14.5.2002).

הדין על מבחן המטרה העיקרית. ניתן לתהות לגבי אופן היישום של המבחן, מאחר שבנסיבות העניין לא היה ספק כי עבודתו של האסיר תרמה במידה רבה למעסיק. בכל מקרה, אפשר להניח כי בעקבות פרשת חיים זר, שביטל למעשה את הדרישה למטרה "עיקרית", מקרה כזה ייפסק כיום אחרת.⁹⁰ זאת, כמובן, מבלי לפגוע בכך שניתן להחריג אסירים מחוקי עבודה ספציפיים ככל שתכלית חוק כזה או אחר אינה תואמת את המקרה המיוחד שלהם.

6. שותפים

סוגיה נוספת שניתן לנתח באמצעות מבחן הסף של "עבודה למען הזולת" הינה מצבים שבהם המועסק הוא גם, במידה כזו או אחרת, המעסיק. הניחו תחילה מקרה שבו שלושה אנשים מקימים בשותפות עסק, כאשר הם הבעלים שלו בחלקים שווים וכן עובדים בו כחלק מהסכם השותפות. בפסיקה נקבע כי במקרים כאלה לא מתקיימים יחסי עבודה בין כל אחד מהשותפים לבין השותפות. זאת על בסיס שתי הנמקות שונות (שניתנו במקרים שונים). האחת, אשר רלבנטית למבחן הסף הנוכחי, הינה שהשותף הוא בעלים ולכן לא יכול להיות גם עובד, שכן "אדם אינו יכול להיות מעביד של עצמו", ו"כיצד זה יהיה אדם כפוף לעצמו?"⁹¹ הנמקה שניה היתה כי במקרים כאלה העבודה אינה מטרה בפני עצמה אלא תוצאה נלווית למטרה אחרת, שהיא השותפות העסקית.⁹² ההנמקה השנייה נראית לי בעייתית, אולם מאחר שמרבית פסקי הדין בנושא שותפים לא התבססו עליה, אתייחס אליה בנפרד בסעיף שיעסוק בחברי אגודות שיתופיות.⁹³ אתמקד אם כן בטיעון לפיו שותף אינו יכול להיות עובד של השותפות, מהטעם שאז יהיה בגדר מעסיק של עצמו. במקרה כמו הדוגמא שתוארה לעיל – מספר קטן של שותפים שכולם מחויבים לעבוד בעסק – טיעון זה נראה משכנע, וניתן לראותו כנופל לגדר דרישת הסף של "עבודה עבור הזולת". מבנה השותפות הוא כזה שבו כל שותף הוא אחד מבעלי העסק באופן מאד ישיר וממשי. אם יש בעסק עובדים נוספים, כל שותף הוא באופן מעשי המעסיק שלהם. כאשר השותף עובד בעסק בעצמו, הגיוני לומר כי הוא עובד עבור עצמו ולא עבור הזולת. הוא אינו זקוק להגנות של דיני העבודה שבנויות כולן כהגנות ביחסים מול מעסיק ומבוססות על חולשה ביחסים מול אותו מעסיק. כפי שאדם שמקים עסק עצמאי ועובד בו אינו "עובד" של אותו עסק, כך גם כאשר הוא חובר לאדם אחר כדי להקים עסק בשותפות. כמובן שהשותפות נותנת שירותים

⁹⁰ לדיון מקיף בסוגיית מעמדם של אסירים, לרבות בחינה באיזו מידה עבודת אסירים היא שיקומית והצבעה על ההיבטים ה"שוקיים" בעבודה זו, ראו מילמן סיון, הערה 13 לעיל. ראו גם פאינה מילמן סיון "עבודה אסורה: בין הפרטי לציבורי, בעקבות עשור לבג"ץ שדות" **עיוני משפט** לו 317 (2013). וראו Zatz, הערה 18 לעיל.

⁹¹ דב"ע (ארצי) שן/17-2- לבאי נס – יוסף שאול, פד"ע כג 77, 83 (1991).

⁹² דב"ע (ארצי) לד/60-3- **עזבון בלה ורי המנוח – לאורווי בע"מ**, פד"ע 10, 13 (1974). באותו מקרה לא דובר באופן פורמלי בשותפות, אלא בהתאגדות כחברה. אולם החברה היתה דומה מאד לשותפות: חברה שיוסדה על-ידי שלושה אנשים, שבהתאם לתקנות ההתאגדות, כל אחד מהם קיבל שלישי מהמניות וכן הוגדר מנהל, וקיבל תשלום קבוע מהחברה בין אם שימש כמנהל פעיל או לא. כמו כן, במסגרת ההנמקה שהובילה לקביעה שלא התקיימו יחסי עבודה בין המנהלים/בעלים לבין החברה, בית הדין נתן כדוגמא מקרה של שותפות בין שניים להקמת נגריה.

⁹³ פרק ב' סעיף 6, להלן.

ללקוחות (זולת), באמצעות השותפים. אבל במישור היחסים בין כל אחד מהשותפים לבין השותפות (מהסוג שתואר לעיל) אין יחסי עבודה.⁹⁴

לעומת זאת, ייתכנו גם סוגים אחרים של שותפויות. הניחו מקרה, שבו מספר שותפים משקיעים כספים בעסק, אולם הסכם השותפות אינו מחייב אותם לעבוד עבור העסק. במצב כזה יכול אחד השותפים להציע לאחרים כי הוא יעבוד בפועל בעסק תמורת שכר; ובנסיבות כאלה, בהנחה שהחלטות לגבי עצם העסקתו וכן תנאי העסקתו יהיו תלויות בהסכמה של שאר השותפים, אין הצדקה לשלול ממנו סטטוס וזכויות של עובד.⁹⁵ על אף שיש לו חלק בשותפות, העבודה אינה מבוצעת מכוח חובותיו כשותף והוא אינו עצמאי לקבוע לעצמו את תנאי העסקה. הגיוני בנסיבות כאלה לראותו כמי שעובד עבור הזולת (השותפות) ולא עבור עצמו. דומני, על כן, שהפסיקה נוסחה באופן גורף מדי כאשר קבעה כי "לא ניתן לראות שותף בשותפות עובד".⁹⁶ בהקשרים קרובים של בעלי מניות ודירקטורים, נפסק כי קיימת חזקה שאלה אינם עובדים, אלא אם יוכח כי קיימת מערכת יחסים מקבילה של יחסי עבודה מול החברה, אשר ניתנת להפרדה מפעילותם כבעלי מניות או דירקטורים.⁹⁷ אפשרות כזו צריכה להיות קיימת גם לגבי שותפים.

יתרה מכך, ניתן לזהות האם ההצדקה שתוארה לעיל חלה גם כאשר מדובר בשותפויות גדולות. הניחו למשל משרד עורכי-דין שבו 50 שותפים,⁹⁸ כאשר מיעוטם שותפים בכירים. שותף זוטר הוא באופן פורמלי אחד מבעלי העסק, כמו בשותפות קטנה, אך מהותית כוח ההשפעה שלו נמוך בהרבה. ייתכן, למשל, שהוא מחזיק ב-1% מהשותפות בלבד, וייתכן שהסכם השותפות אף מקנה סמכויות החלטה מסוימות באופן בלעדי לשותפים הבכירים. במקרים כאלה ניתן גם להניח שהשותף כפוף, במידה מסוימת, להוראותיו של שותף-מנהל (כלומר אינו "כפוף לעצמו").⁹⁹ בנסיבות אלה ספק רב אם יש הצדקה לשלול מאותו שותף זכויות של עובד באופן גורף. אף שמדובר במקום עבודה דמוקרטי יותר, עבור השותף, בהשוואה למצב השכיח שבו עובד אינו אחד מבעלי העסק, עדיין יכולה להתקיים החולשה

⁹⁴ לעיתים נדרש בית הדין להכריע אם בכלל מדובר ביחסי שותפות או ביחסי עבודה בלבד. לעניין זה ישנה חשיבות רבה לכוונת הצדדים – האם התכוונו ליצור יחסי שיתוף עסקיים או יחסי עבודה (ראו דב"ע (ארצי) נא/2-5 וילס ורהיים – פייבר שמואלי, פד"ע כג 133, 135 (1991)). ברם, הכוונה הקובעת היא לגבי אופי ההתקשרות מבחינה עובדתית ולא לגבי בחירת המתכונת המשפטית. לעניין הרלבנטיות של כוונת הצדדים ראו פרק ב' סעיף 4 להלן. חשוב להבהיר כי הסכם לפיו אדם זכאי לאחוז מסוים מהרווחים לא הופך אותו בכך בלבד ל"שותף" ואינו שולל אפשרות של יחסי עבודה; ראו למשל ע"ע (ארצי) 11504-10-10 רוזין סוכנות לביטוח (1997) בע"מ – רונן משיח (פורסם בנבו, 19.3.2013).

⁹⁵ יש לציין כי לפי פקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975, קיימת ברירת מחדל לפי "אין שותף זכאי לשכר בעד עבודתו בעסקי השותפות" (סעיף 34(6)), אולם זאת בכפוף להסכמה אחרת בין השותפים (סעיף 34 רישא; סעיף 30).

⁹⁶ דב"ע (ארצי) שן/17-2 לביא נס – יוסף שאול, פד"ע כג 77, 83 (1991).

⁹⁷ ראו סעיף 0 בפרק זה להלן.

⁹⁸ בהתאם לפקודת השותפויות [נוסח חדש], מספר השותפים הכלליים (להבדיל משותפים מוגבלים) לא יעלה על עשרים (סעיף 3), אולם שותפויות של עורכי דין או רואי חשבון הוחרגו ממגבלה זו (סעיף 3א).

⁹⁹ בפרשת מורדכוביץ נאמר, כי יחסי עבודה מתאפיינים בכפיפות, ו"מעצם מהותה של אותה 'כפיפות' מתחייב יחס לגורם שאתה אינך מהווה חלק ממנו אלא שהינך זר לו, חיצוני לו" (דב"ע (ארצי) לח/3-20 הפועל מחוז תל-אביב – משה מורדכוביץ, פד"ע י 102, 113 (1979)). אלא שמהותית, להבדיל מפורמלית, בהחלט ייתכן מצב שבו אדם כפוף לגוף שהוא חלק ממנו, כאשר הוא אינו בעל שליטה באותו גוף.

היחסית מול המעסיק שמצדיקה הגנה. במקרה שהתעורר בקנדה, שותף במשרד עורכי דין גדול ביקש להעלות טענה של אפליה על בסיס גיל כנגד המשרד, בשל החלטה של השותפות על חובת פרישה בגיל 65. ההגנה מפני אפליה חלה רק אם השותף הוא "עובד". בית המשפט העליון בקנדה דחה את הטענה הגורפת כי שותף אינו יכול להיחשב "עובד" מעצם היותו שותף, וקבע כי יש לבחון בכל מקרה לפי נסיבותיו אם קיימים כפיפות ותלות, כלומר ליישם את המבחנים הרגילים ללא מבחן סף.¹⁰⁰ לגופו של ענין נפסק כי באותו מקרה לא התקיימו יחסי עבודה, מהטעם שלתובע היתה אפשרות להשתתף בהחלטות השותפות ולכן הוא יותר בגדר בעלים של העסק מאשר עובד. מסקנה זו נראית בעייתית, לאור העובדה שהתובע היה שותף אחד מתוך 260 שותפים, עם כוח מוגבל ביותר; וברור שהחלטה לפרוש לגמלאות בגיל 65 לא היתה על דעתו אלא נכפתה עליו.¹⁰¹ הגיוני אמנם לומר, כי בדומה לשותפויות קטנות, כל אחד מהשותפים לקח על עצמו סיכונים בדומה לקבלן עצמאי, ולכן, חלק מהחוקים לא צריכים לחול. ויחד עם זאת, סביר לקבוע שלצד היותו של השותף אחד מהבעלים, הוא היה גם עובד, לפחות לצורך הגנות מסוימות (כמו למשל דיני השוויון בעבודה) – ולא כמערכת יחסים מקבילה להיותו שותף, אלא מעצם היותו שותף פעיל שעובד בעסק. המסקנה היא, לדעתי, כי כאשר מדובר בשותפויות גדולות אין הצדקה לקבוע על הסף כי שותף אינו עובד, אלא יש להתקדם לבחינת כל מקרה לגופו לפי המבחן המעורב ולפי התכליות של חוקים קונקרטיים שהתובע מבקש להחיל. כלומר, רק במקרים בהם מדובר בשותפות שעומדת בשני תנאים (שותפות קטנה + כל השותפים מחויבים לעבוד עבורה כחלק מהסכם השותפות) מוצדק לקבוע כי אין יחסי עבודה בשל אי-התקיימות מבחן הסף של "עבודה עבור הזולת". בכל מקרה אחר של שותפות מן הראוי לדעתי לקבוע כי מבחן הסף הראשון מתקיים ולפנות לבחינת המבחן המעורב.

7. בעלי מניות

כאשר מדובר בהתאגדות כחברה ולא כשותפות, מתעוררת שאלה דומה: האם בעל מניות שעובד עבור החברה יכול להיות "עובד"? הניחו תחילה מצב שבו אדם מקים חברה שהוא מחזיק בכל מניותיה. במקרה כזה נראה ברור כי הוא אינו עובד של אותה חברה, שכן מהותית (גם אם לא פורמלית) הוא יהיה המעסיק של עצמו ואז לא מדובר ב"עבודה עבור הזולת". מעניין לציין כי בפסיקה דווקא הוכרה אפשרות כזו, לצרכי זכאותו של העובד לדמי אבטלה (כלומר ביחסים בינו לבין המוסד לביטוח לאומי ולא בינו לבין החברה בבעלותו).¹⁰² באותו

¹⁰⁰ *McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP*, [2014] 2 SCR 108. ראו גם פסק-דין של בית המשפט העליון בבריטניה, שבו נקבע כי עורכת-דין שותפה בשותפות בערבון מוגבל היא worker (קטגוריית הביניים שם) ולכן חוק שמגן על חושפי שחיתויות חל עליה (*Clyde & Co LLP v van Winklehof*), [2014] UKSC 32, 3 All ER 225.

¹⁰¹ לביקורת על פסק הדין, שמתמקדת בעיקר בכך שבית המשפט לא התמקד בתכלית הקונקרטית של חוק השוויון, ראו *Brian Langille & Pnina Alon-Shenker, Law Firm Partners and the Scope of Labour*, *Laws*, 4 CANADIAN J. OF HUMAN RIGHTS 211 (2015).

¹⁰² ע"ב"ל (ארצי) 20182/97 המוסד לביטוח לאומי – יוסף צבי גרוסקופף, פד"ע לד 97 (1999). יש לציין כי שנים ספורות לאחר מכן, חוק הביטוח הלאומי תוקן באופן שעל "בעל שליטה בחברת מעטים" לא חלים הפרקים

מקרה דובר באדם שעבד עבור בנק לאומי במתן שירותי מיחשוב. למרות שעבד עבור בנק לאומי בלבד, כתנאי להתקשרות עימו הוא נדרש על-ידי הבנק לפתוח חברה ולספק את השירות באמצעותה ולא כעובד של הבנק. הוא פתח חברה כזו והגדיר את עצמו כעובד של אותה חברה לצורך הפקדות לפנסיה, תשלומי ביטוח לאומי וכולי. בנסיבות כאלה, הפיקציה של הכרה בתובע כעובד של עצמו נדרשה כדי לצמצם את הפגיעה בו כתוצאה מהפיקציה שכפה עליו הבנק, לפיה הוא סיפק את השירות כקבלן ולא כעובד. מהותית, לא היה לו עסק עצמאי של ממש, והוא נזקק להגנה של ביטוח אבטלה. ההכרה בו כעובד של חברת היחיד איפשרה זאת.

כאשר חברה מורכבת ממספר קטן של בעלי מניות, אשר בהתאם לתקנות ההתאגדות מכהנים גם כמנהלים, דומה המצב לשותפות קטנה. כך היה, למשל, בפרשת **עזבון בלה ורי**: שלושה מייסדים הקימו חברה, שבה כל אחד מהם החזיק בשליש מהמניות הרגילות וכן במניית יסוד אחת, שהפכה אותם לפי תקנות החברה למנהלים. לאחר שאחד מהמייסדים נפטר הגיש העזבון שלו תביעה בטענה שהגיעו לו זכויות של עובד בגין עבודתו כמנהל, בנוסף להכנסותיו כבעל מניות. התביעה נדחתה.¹⁰³ במקרים כאלה, כפי שנאמר לעיל לגבי שותפות קטנה, מדובר בחיבור של מספר יזמים שכל אחד מהם הוא הבעלים של העסק. עם זאת, בפסיקה הכירו באפשרות של מערכת יחסים מקבילה של עובד-מעסיק לצד היחסים בין בעלי מניות, כאשר הנטל על הטוען לכך להוכיח זאת.¹⁰⁴ כך, למשל, אם בעלי המניות אינם נדרשים לעבוד עבור החברה כחלק מההסכמות ביניהם, ומישהו מהם בוחר לעשות זאת (בהסכמת האחרים) **מעבר** לחובותיו כבעל מניות, אין סיבה שלא ייחשב עובד.¹⁰⁵ כך גם כאשר כל בעלי המניות משמשים מנהלים, ורק אחד מהם מבצע עבודה אחרת בחברה בנוסף.¹⁰⁶ מנגד ייתכן מצב שבו תנאי השותפות הם כאלה, שבעל מניות אחד נותן את ההון והשני את המומחיות שלו שבאה לידי ביטוי בעבודה, ושניהם חולקים ברווחים – ואין בכך כדי ליצור יחסי עבודה.¹⁰⁷ במקרים כאלה השאלה המרכזית כפי שנקבעה בפסיקה היא האם

בנושא ביטוח אבטלה ובנושא זכויות עובדים כחדלות פירעון (חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה-1995, סעיף 6, הוסף בשנת 2003). התיקון אינו מתערב בהגדרת "עובד" ואינו שולל את תחולתם של פרקים אחרים. לפי סעיף 32 ו-76 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], חברת מעטים היא חברה בשליטתם של חמישה בני-אדם לכל היותר, ובעל שליטה הוא מי שמחזיק (לבד או ביחד עם קרובו) ב-10% לפחות מהמניות או מכוח ההצבעה או בזכות לקבל 10% מהרווחים או למנות מנהל.

¹⁰³ דב"ע (ארצי) לד/60-3 **עזבון בלה ורי המנוח – לאורווי בע"מ**, פד"ע ו 10 (1974).

¹⁰⁴ ע"ע (ארצי) 242/09 **ויוריטה בע"מ – יוסף רז** (פורסם בנבו, 31.5.2012), בפסקה 10 לפסק-הדין. וראו סע"ש (חי') 48102-02-20 **משה כהן – א.מ.ע.י גדלין בע"מ** (פורסם בנבו, 16.2.2022), כדוגמא למקרה שבו לא הורם הנטל. אחד הנימוקים לכך היה שהתובע נהג בחברה "מנהג בעלים" (שם, בסעיף 47).

¹⁰⁵ בדומה לכך ייתכן שהסכמה לפיה אחד השותפים יעבוד בפועל בחברה מעוגנת בהסכמות ביניהם מלכתחילה, תוך הבנה שעבודה זו הינה מעבר לחובותיו כבעל מניות. כך היה למשל בעניין ע"ע (ארצי) 242/09 **ויוריטה בע"מ – יוסף רז** (פורסם בנבו, 31.5.2012), וכן בעניין סע"ש (אזורי ב"ש) 20008-09-17 **מאיר ליברטי – קלימהטק מיזוג אוויר לרכב בע"מ** (פורסם בנבו, 14.10.2020).

¹⁰⁶ ראו למשל דב"ע (ארצי) לה/73-3 **יעקב גיטון – חברת בית הספר אריאל בע"מ**, פס"ד ז 293 (1976).

¹⁰⁷ ראו למשל דב"ע (ארצי) מג/47-3 **דוד חוטרמן – חברת מוצרים כימיים בע"מ** (פורסם בנבו, 26.2.1984); ע"ע (ארצי) 242/09 **ויוריטה בע"מ – יוסף רז** (פורסם בנבו, 31.5.2012).

ניתן להפריד בין הפעילות של אותו אדם כבעל מניות לבין פעילותו כעובד בחברה.¹⁰⁸ כוונת הצדדים לגבי התפקידים הכרוכים בהיותם בעלי מניות רלבנטית מאד להכרעה.¹⁰⁹ ככל שמספר בעלי המניות רב יותר, וכוחו של בעל מניות ספציפי לקבל החלטות באופן עצמאי נמוך יותר, כך גוברת ההצדקה להכיר בפעילותו עבור החברה כיצורת יחסי עבודה. בהקשר זה ניתן להסתייע במבחן שאומץ בארה"ב, שלפיו אדם לא ייחשב עובד אם הוא בעל מניות "משמעותי" ושולט באופן משמעותי בהחלטות עסקיות.¹¹⁰ אדם ששולט באופן משמעותי בהחלטות עסקיות של החברה עובד למעשה עבור עצמו; מנגד, לגבי בעל מניות אחר, החברה היא "זולת".

להשלמת התמונה ראוי להזכיר כאן גם את הדירקטורים, אשר בדומה לבעלי מניות, נפסק כי בכל הקשור לפעילותם מתוקף תפקידם הם אינם עובדים; ויכולים להיחשב עובדים אם ביכולתם להראות מערכת יחסים נוספת ומקבילה מול החברה לביצוע עבודה.¹¹¹ הקבלה זו מעט תמוהה. אף שהם משמשים כנציגים של בעלי המניות, הדירקטורים כשלעצמם אינם בעלי שליטה בחברה, והחברה שעבורה הם משקיעים מזמנם היא ללא ספק "זולת". מרבית פסקי הדין שהתייחסו לנושא עסקו בחברות קטנות שבהם הדירקטורים היו גם בעלי המניות, ונראה שלא דקו פורתא לגבי ההבחנה בין שני אלה.¹¹² ככל שניתן למצוא נימוק לשלילת סטטוס של "עובד" מדירקטורים שאינם בעלי מניות, נראה שהוא קשור לכך שהם אורגנים של החברה, כלומר פועלים מכוח "מעמד" ולא חוזה עבודה. לדעתי גם נימוק זה אינו משכנע לגופו אולם אתייחס לכך במסגרת הדיון בדרישת הקשר החוזי.¹¹³

¹⁰⁸ עב"ל (ארצי) 20182/97 המוסד לביטוח לאומי – יוסף צבי גרוסקופף, פד"ע לד 97, 114 (1999). מבחינים נוספים שנקבעו שם, שרלבנטיים יותר למחלוקות מול המוסד לביטוח לאומי, הם האם הסדר העבודה הוא אמיתי או פיקטיבי, והאם ניתן לקבוע מה היה שכרו של אותו אדם כ"עובד".

¹⁰⁹ גם בהקשר זה, הכוונה הרלבנטית היא לגבי הפן העובדתי ולא המשפטי; ראו הערה 94 לעיל.
¹¹⁰ כך סוכם הדין האמריקאי בריסטייטמנט (AMERICAN LAW INSTITUTE), הערה 18 לעיל, בעמ' 29. בבריטיניה, לפי חוק משנת 2013 עובדים שמסכימים להיות במעמד של "עובדים בעלי מניות", ומחזיקים מניות של החברה המעסיקה בשווי של 2000 ליש"ט לפחות, לא ייחשבו מחלק מחוקי העבודה (בפרט, הגנה מפני פיטורים לא הוגנים). ראו Employment Rights Act, s. 205A (inserted by the Growth and Infrastructure Act 2013). הסדר זה זכה לביקורת חריפה (ראו למשל Jeremias Prassl, *Employee Shareholder "Status": Dismantling the Contract of Employment*, 42 INDUSTRIAL L.J. (2013) 307). על אף שלילת חלק מהזכויות – שזכתה בצדק לביקורת, כאשר מדובר בנתח מזערי של בעלות, ללא שליטה כלשהי – לענייננו חשוב להבהיר כי לא מדובר בשלילת המעמד של "עובד".

¹¹¹ בג"ץ 4295/95 אהרן דב קמחי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(5) 773, 783 (1998).
¹¹² לביקורת ברוח זו ראו גם הדעה בר-מור "מעמד הדירקטור כ'עובד'" שנתון משפט העבודה ד 50 (תשנ"ד). לקביעה לפיה הדין לגבי בעלי מניות ודירקטורים זהה ראו גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 56. גם בפסיקה חדשה יחסית מופיעים בעלי המניות והדירקטורים כמקשה אחת; ראו למשל ע"ע (ארצי) 242/09 ויוריטה בע"מ – יוסף רו (פורסם בנבו, 31.5.2012), פסקה 10.

¹¹³ ראו סעיף 2 בפרק ב' להלן.

ב. עבודה שמזכה בתמורה

לא כל עבודה עבור הזולת נכנסת לגדר יחסי עבודה. מבחן הסף השני דורש שיהיה מדובר בעבודה שמזכה בתמורה.¹¹⁴ בפסיקה דובר על דרישה של "עבודה תמורת תשלום"¹¹⁵ או "עבודה ותשלום בגינה"¹¹⁶, אולם אני סבור שנכון לדבר על תמורה באופן רחב יותר, כאשר השאלה אינה אם ניתנה תמורה בפועל, אלא אם ראוי היה שתינתן תמורה. השאלה אם שולם בפועל שכר אינה יכולה להכריע, שכן אם צריך היה לשלם שכר והדבר לא נעשה, לא ייתכן שהמעוול שהפר את חוק שכר מינימום ייצא נשכר בכך שיוגדר פטור מחובותיו. לכן הניסוח המתאים יותר למבחן סף זה הינו "עבודה שמזכה בתמורה". ברור שמדובר בניסוח עמום, שמחייב הסבר נוסף לשאלה מתי עבודה מזכה בתמורה, ולכך אתייחס להלן. הכותרת מיועדת לתפוס תחת כנפיה מספר מצבים שבהם הסוגיה הרלבנטית היא השאלה אם ראוי שתינתן תמורה בגין העבודה או לא; או אם לדייק יותר, האם ישנה סיבה לכך שהעבודה אינה מזכה בתמורה, על אף שהיא עבודה למען הזולת. הכותרת מכנסת תחת כנפיה מספר מבחני משנה, שלמעשה אפשר לראותם כמבחנים העיקריים שנותנים תוכן מהותי לדרישה של "עבודה שמזכה בתמורה". הפרק הנוכחי יזקק את המבחנים האלה וכן יסקור מבחנים נוספים ששימשו בעבר בפסיקה ומתאימים לחיבור תחת אותה כותרת-על. בסופו של דבר מדובר במספר סיבות שונות שבגללן נטען – לעתים בצדק ולעתים לדעתי שלא בצדק – שעבודה עבור הזולת אינה מזכה בתמורה.

דוגמא בולטת לעבודה שעומדת במבחן הסף הקודם (עבודה עבור הזולת) אך אינה "מזכה בתמורה" היא עזרה לקרובי משפחה או חברים.¹¹⁷ כך, למשל, כאשר אדם מטפל בילדים של בן משפחה, שלא על מנת לזכות בתמורה אלא בשל הקשר האישי ביניהם, לא נוצרים יחסי עובד-מעסיק, בהנחה שלא סוכם ביניהם אחרת. דוגמא נוספת היא עבודה עבור זולת שלא ביקש אותה ולא הסכים לה, לפחות במשתמע; אדם לא יכול להפוך "עובד" של אחר על דעת עצמו בלבד.¹¹⁸

במרבית המקרים של יחסי עובד-מעסיק העבודה מזכה בתמורה מעצם העובדה שהוסכם בין הצדדים, במפורש או במשתמע, על תשלום שכר כנגד העבודה. הקושי מתעורר בשני מקרים. ראשית, כאשר לא סוכם על תמורה, או שסוכם על תמורה שאינה כספית, ובדיעבד המועסק טוען כי מגיע לו שכר (ושאר התנאים של "עובד"). שנית, כאשר המועסק מקבל

¹¹⁴ מירוני, הערה 32 לעיל, בעמ' 538: "במבחן מקדמי זה, אשר מוצע לכנותו 'מבחן ההתקשרות', שואל עצמו בית הדין האם בין התובע לנתבע קיימת התקשרות... להסדיר העברת שירותי עבודה בתמורה."

¹¹⁵ דב"ע (ארצי) לה/19-3 אהרן אלבינגר – מדינת ישראל, פד"ע ו 415, 420 (1975). גם בארצות הברית, הפסיקה שעוסקת בהבחנה בין עובד לבין מתנדב כוללת בדרך כלל מבחן סף של תמורה כנגד העבודה (threshold-remuneration test). ראו Joe Uhlman, *The Roof is on Fire: Dangers to the Volunteer* (2018) 66 U.KAN. L. REV. 819.

¹¹⁶ ע"ע (ארצי) 670/06 יעקב רוט – רם מבנים בע"מ, ניתן ביום 1.10.2009, בפסקה 1(x) לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) פליטמן. בין השופט פליטמן לבין הנשיא אדלר והשופט רבינוביץ היתה מחלוקת לגבי היישום של דרישה זו בנסיבות המקרה, אך לא היתה מחלוקת על עצם קיום הדרישה.

¹¹⁷ ראו למשל דב"ע (ארצי) לט/2-30 לילי גוטפריד – עובד המנוחה גרטרוד קראוס ז"ל, פד"ע יא 214 (1980).

¹¹⁸ ראו AMERICAN LAW INSTITUTE, הערה 18 לעיל, סעיף 1.01(a)(2).

תמורה "סמלית" או החזר הוצאות בלבד (סוגיה שהתעוררה בעיקר בהקשר של התנדבות-לכאורה). בנוסף לשני מקרים אלה, כללתי במסגרת הפרק הנוכחי את הדיון במבחן הקשר החוזי, אשר הופיע בפסיקה ובוטל. זאת מאחר שספחים שנותרו ממבחן זה בפסיקה מתחברים היטב לרעיון של עבודה שאינה מזכה בתמורה. בפרט, מצבים של העדר וולונטריות מצד אחד הצדדים עדיין רלבנטיים לשאלה אם מתקיימים יחסי עבודה, גם אם כבר לא ממשיגים זאת כדרישה לקשר חוזי, וכך גם השאלה אם הצדדים התכוונו ליצור יחסים משפטיים.

אדון תחילה במבחן הקשר החוזי, אשר בצדק בוטל (סעיף 1). לאחר מכן אבחן מספר קבוצות של מועסקים שהעסקתם מוסדרת בדין – כאלה שנחשבים בפסיקה כעובדים על פי "מעמד" – אשר לכאורה ביטול מבחן הקשר החוזי אמור להכניס אותם לגדר עובדים אולם שינוי זה טרם התרחש (סעיף 2). בהמשך הפרק אעמוד על ספחים שנותרו במידה כזו או אחרת ממבחן הקשר החוזי: דרישת וולונטריות (סעיף 3) ומבחן של "כוונה לשלול יחסי עבודה" (סעיף 4). לבסוף אפנה לבחון את היישום של מבחן הסף המוצע בהתייחס לשתי קבוצות עיקריות שמעמדן עדיין נקבע לפי מבחן זה: מתנדבים (סעיף 5) וחברי אגודות שיתופיות, ובהם חברי קיבוץ בפרט (סעיף 6).

1. קשר חוזי – מבחן סף שבוטל

ברוב המכריע של המקרים יחסים בין עובד למעסיק הם יחסים חוזיים. בעבר נהגה התפיסה לפיה יחסי עבודה הינם בהכרח יחסים חוזיים, כאשר יחסים שביסודם "מעמד" אינם בגדר זה. על בסיס מבחן סף זה נפסק כי שרים, חברי כנסת, חיילים, אנשי צבא קבע ושופטים אינם "עובדים", מאחר שהם "משרתים את המדינה, אך אין הם עושים זאת מכוח קשר חוזי, כי אם מכוח מעמד, והמסדיר את היחסים שבינם לבין המדינה עולה מאותו מעמד".¹¹⁹ רעיון זה יושם באופן נרחב. הוא הוחל על נבחרי ציבור באופן כללי, לרבות מזכיר מועצת פועלים שנבחר במסגרת ההסתדרות הכללית, אף שלא מדובר בבחירות מכוח חוק.¹²⁰ הוא הוחל גם על בעלי תפקידים בשכר כאשר המינוי שלהם לתפקיד נגזר ממינוי שנתפס כ"מעמד": גזבר מועצה דתית ומנהל בית העלמין שלה, שמילא את התפקידים האלה בהיקף של חצי משרה, לא הוכר כ"עובד" מהטעם שהוא נבחר לתפקידים אלה על-ידי המועצה הדתית שבה כיהן על-פי מינוי משר הדתות;¹²¹ וכך גם יו"ר איגוד ערים לשירותי כבאות, תפקיד בהיקף משמעותי ובשכר, לא נחשב "עובד" מאחר שהוא נבחר לתפקיד זה על-ידי מועצת האיגוד, שבה כיהן על-פי מינוי מטעם העיריה שבה שימש גזבר.¹²²

בכל המקרים שהוזכרו לעיל מדובר באנשים שביצעו עבודה למען הזולת, תמורת שכר, וברור גם שהתקיים לגביהם המבחן המעורב, אבל תביעותיהם לזכויות שונות מכוח דיני העבודה נדחו בשל מבחן הסף של דרישת הקשר החוזי. המונח "מעמד" מעט מטעה, שכן גם

¹¹⁹ דב"ע (ארצי) לה/19-3 אהרן אלבינגר – מדינת ישראל, פד"ע ו 415, 420 (1975); דב"ע (ארצי) לו/8-2 מרכי חיימוביץ – מדינת ישראל, פד"ע ח 472 (1977).

¹²⁰ דב"ע מח/3-58 מאיר בן-גיגי – ההסתדרות הכללית, פד"ע יט 541 (1988).

¹²¹ דב"ע שם/2-5 יוסף יצחק עוואד – המועצה הדתית ראש העין, פד"ע יב 30 (1980).

¹²² דב"ע (ארצי) מב/3-82 זאב גולדשטרם – איגוד ערים אזור רחובות (שירותי כבאות), פד"ע יד 221 (1983).

“עובד” מוצג בפסיקה כסטטוס (או לפחות “קרוב לסטטוס”).¹²³ מונח מתאים יותר הוא “שירות”: ניתן לומר כי שופטים, נבחרי ציבור ואנשי צבא קבע הם משרתי ציבור, ולכן לפי התפיסה הוותיקה לא נחשבו עובדים. למעשה, במספר מדינות נהגה בעבר תפיסה לפי כלל עובדי המגזר הציבורי אינם עובדים, בהיותם משרתי ציבור (civil servants).¹²⁴ אולם התפיסה לפיה “שירות” סותר יחסי עבודה אינה מקובלת עוד. בצדק הטיל הנשיא ברק ספק בקביעה, לפיה בין נבחר ציבור לבין הרשות שבה הוא משרת אין קשר חוזי.¹²⁵ עניין זה הושאר בצריך עיון, מאחר שנקבע בפסיקה שגם בהנחה שלא מתקיים קשר חוזי, אין בכך כדי להצדיק שלילת זכויות מדיני העבודה. לפי קביעה מפורשת של בית המשפט העליון בפרשות **סרוסי ושדות**, הדרישה של קשר חוזי כבר אינה משמשת כמבחן סף להגדרת “עובד”.¹²⁶ למרות האמור לעיל, דומה שחלקים מסוימים ממבחן הקשר החוזי עדיין באים לידי ביטוי בפסיקת בתי הדין לעבודה. כדי להבין את האופן שבו המבחן עדיין בא לידי ביטוי יש לתת את הדעת לכך שהדרישה להתקשרות חוזית כוללת בתוכה, למעשה, מספר מרכיבים נפרדים. ראשית, כניסה ליחסים באופן וולנטרי, מרצון חופשי, של שני הצדדים. שנית, כוונה של הצדדים להתקשרות משפטית מחייבת (להבדיל מעזרה חברית או משפחתית, למשל).¹²⁷ שלישית, ההתקשרות היא “שוקית”, במובן זה שהצדדים חופשיים לקבוע בחוזה את תנאיה (למשל את גובה השכר).

הביטול העקרוני של דרישת הקשר החוזי בא לידי ביטוי, עד כה, בעיקר בהקשר של נבחרי ציבור. בפרשת **סרוסי** פסק בית המשפט העליון כי סגן ראש מועצה מקומית בשכר הוא “עובד” לעניין זכאותו לדמי אבטלה לאחר סיום הקדנציה.¹²⁸ סגן ראש מועצה ממונה מבין חברי המועצה שנבחרו על-ידי הציבור, כאשר המינוי הוא בדרך כלל על בסיס הסכמים קואליציוניים בין סיעות המועצה, ובמובן זה ההתקשרות אינה לגמרי וולונטרית מבחינת המעסיק. כמו כן, שכרו של סגן ראש מועצה נקבע על-ידי שר הפנים על-פי חוק,¹²⁹ כך שההתקשרות אינה לגמרי “שוקית”. בצדק קבע בית המשפט כי למרכיבים אלה אין רלבנטיות בעת ביצוע פרשנות תכליתית של המונח “עובד”. הצורך של סרוסי בהגנה של ביטוח אבטלה קיים באותה מידה למרות שני המאפיינים האלה שחורגים במידת מה מהמקרה הרגיל של יחסי עבודה. כך גם לגבי הגנות של דיני העבודה, שהרי אין הבדל של ממש בין סגן ראש מועצה – שזוהי עבודתו ומקור פרנסתו – לבין עובדים בכירים אחרים בעירייה, מבחינת הצורך בהגנת השכר, ימי חופשה ומחלה, הגנה מפני הטרדה מינית, זכאות לחיסכון פנסיוני

¹²³ פרשת **בירגר**, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 190.

¹²⁴ זו היתה התפיסה המסורתית באנגליה. כיום הדין בנושא זה אינו ברור שם; מבחינה מעשית, הנושא איבד מחשיבותו מאחר שמרבית חוקי העבודה כוללים קביעה מפורשת שהם חלים גם על משרתי הציבור. ראו ZOE ADAMS ET AL., DEAKIN & MORRIS’ LABOUR LAW, 7th Ed. (2021) at 2.30.

¹²⁵ דנג”ץ 4601/95 **חי יוסף סרוסי נ’ בית-הדין הארצי לעבודה**, פ”ד נב(4) 817 (1998). ראו גם ע”ע (ארצי) 1010/02 **משרד הפנים – יעקוב רסמי**, פד”ע מ 156 (2004). וראו רות בן-ישראל “הנבחר” ובעל התפקיד על-פי דין – האמנם עובדים הם? “**שנתון משפט העבודה** ב 68, 88 (1991).

¹²⁶ בפרשת סרוסי, הנשיא ברק הטיל ספק בהלכה בעניין זה, והשופט דורנר הציעה במפורש לשנות אותה. מבחן הסף בוטל סופית בבג”ץ 1163/98 **עפר שדות נ’ שירות בתי הסוהר**, פ”ד נה(4) 817 (2001).

¹²⁷ פרשת **עזובן המנוח שמואל נתן כהן**, לעיל ה”ש 16.

¹²⁸ דנג”ץ 4601/95 **חי יוסף סרוסי נ’ בית-הדין הארצי לעבודה**, פ”ד נב(4) 817 (1998).

¹²⁹ חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), תשל”ה-1975, סעיף 1א15.

ועוד. ואכן, בפרשה אחרת הוכר סגן ראש מועצה מקומית בשכר כעובד לעניין חוק הגנת השכר.¹³⁰

במידה מסוימת השפיע הביטול של דרישת הקשר החוזי גם על הפסיקה בנושא מעמדם של אסירים. בפרשת שדות נפסק, כי אין מניעה עקרונית שאסירים אשר מבצעים עבודה תוך כדי המאסר ייחשבו עובדים, למרות הטענות כי לא מתקיימת וולונטריות וגם לא חופש של הצדדים לקבוע את תנאי ההתקשרות.¹³¹ יש לציין שניתן בהחלט לחלוק על טענות אלה, בוודאי ככל שמדובר בעבודות שמבוצעות עבור מעסיק פרטי מחוץ לכותלי הכלא.¹³² אבל לצרכים הנוכחיים, הנקודה החשובה היא שלאור הפסיקה, המרכיבים האלה אינם מהווים תנאי הכרחי לקיום יחסי עבודה. בסופו של דבר לא הוכרו האסירים בעניין שדות כעובדים לצורך חוק שכר מינימום; אולם זאת לא מטעם של העדר קשר חוזי אלא בשל המסקנה כי לפי תכליתו, חוק שכר מינימום לא נועד לחול על אסירים. דיון מפורט בכך חורג מנושא המאמר הנוכחי.

למרות ביטול המבחן כאמור לעיל, ניתן לזהות בפסיקת בתי הדין לעבודה ספיחים של דרישת הקשר החוזי גם לאחר שבוטלה. זאת בשני מובנים: המשכיות מסוימת (אם כי מוגבלת) של דרישת הוולונטריות; ומתן משקל מסוים לכוונת הצדדים ליצור התקשרות משפטית. כמו כן, גם ללא קשר לספיחים אלה, ישנן קבוצות של מועסקים אשר למרות ביטול דרישת הסף של קשר חוזי טרם זכו להכרה כעובדים. בסעיף הבא אתייחס תחילה למועסקים על-פי "מעמד" שקבוע בחוק, ולאחר מכן בסעיפים הבאים אפנה לדון בשני המבחנים שניתן לראות כספיחים שנותרו מדרישת הקשר החוזי.

2. מועסקים על-פי "מעמד" שטרם הוכרו כעובדים

הקבוצה הגדולה ביותר שהוחרגה בעבר על בסיס מבחן הקשר החוזי היא חיילים ואנשי צבא קבע.¹³³ לגבי חיילים בשירות חובה, ברור שכל שלושת המרכיבים של הקשר החוזי שהוזכרו לעיל אינם מתקיימים. מדובר בסיטואציה יוצאת דופן של עבודה כפויה שקשה ליישב עם רעיונות של חירות בחברה מודרנית, ויש בה התנגשות בוטה עם עקרונות של דיני העבודה. ועם זאת, ככל הנראה זהו מצב הכרחי בעידן הנוכחי בשל מציאות חיינו מבחינה ביטחונית. דומה שאין טעם לדון בכך בהרחבה, אולם בהנחה שהמחוקק מבקש לשלול מחיילים זכויות של עובדים, מן הראוי לקבוע כך במפורש.¹³⁴

ככל שמדובר באנשי צבא קבע, לעומת זאת, דומה שאפילו בהינתן מבחן סף של קשר חוזי לא היתה הצדקה להחריג אותם מדיני העבודה. למעשה, הכניסה שלהם ליחסים מול צה"ל היא וולונטרית לחלוטין; ישנה כוונה להתקשרות משפטית מחייבת; וגם תנאי ההעסקה אינם קבועים בחקיקה אלא נקבעים על-ידי הצבא באופן שאינו שונה מהותית ממועסקים

¹³⁰ ע"ע (ארצי) 1010/02 משרד הפנים – יעקוב רסמי, פד"ע מ 156 (2004).

¹³¹ בג"ץ 1163/98 עפר שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817 (2001).

¹³² לדיון מקיף ראו מילמן סיון, הערה 13 לעיל.

¹³³ בג"ץ 279/72 אילן עובד נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 169 (1972); דב"ע (ארצי) לו/8-2 מרדכי חיימוביץ –

מדינת ישראל, פד"ע ח 472 (1977).

¹³⁴ הסמכות של המדינה לחייב אזרחים בשירות חובה בצה"ל מוסדרת בסעיף 13 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב] התשמ"ו-1986, אולם החוק אינו מתייחס לשאלת מעמדם כעובדים.

גדולים אחרים. כלומר, נראה שלמעשה מתקיים קשר חוזי בין משרת הקבע לבין צה"ל, שעל בסיסו ראוי היה להכיר גם בעבר בקיום יחסי עבודה;¹³⁵ על אחת כמה וכמה לאחר שמבחן הקשר החוזי בוטל בפסיקה. ללא קשר לעניין הקשר החוזי, שירות בצבא הינו כמובן בעל מאפיינים ייחודיים (בפרט מבחינת חובות הציות הכמעט-אבסולוטיות וחשיבות ההיררכיה) אולם אין בכך סיבה לשלול סטטוס של עובד וזכויות הנובעות ממנו. האופי המיוחד של הצבא בהחלט יכול להצדיק שלילת זכויות ספציפיות, כמו זכות השביתה, ואולי גם את עצם הזכות להתאגד בארגון עובדים. לגבי קבוצות אחרות במערכת היררכית נוקשה – שוטרים, סוהרים ועובדי שירות הביטחון הכללי – אין מחלוקת שמדובר ב"עובדים", כאשר המחוקק שלל מהם את זכות ההתאגדות.¹³⁶ ניתן היה לקבוע הסדר דומה גם לאנשי הקבע.

שאלת המעמד של אנשי צבא קבע הגיעה לדיון מחודש בפסיקה לאחר ביטול מבחן הקשר החוזי, אך מסיבות שקשה להצדיק אותן לא חל שינוי בדין. בפרשת **אניל גדרה** נדון עניינו של רופא שיניים בשירות קבע, אשר הוחלט להפסיק את שירותו והוא ביקש סעדים שונים מבית הדין לעבודה.¹³⁷ בבית הדין האזורי התביעה נדחתה, מהטעם שהתייחסות לאנשי קבע כעובדים היא בגדר "מהפיכה", שמחייבת חקיקה אשר תקבע את המגבלות החלות על עובדים ייחודים אלה. בבית הדין הארצי סברו רוב השופטים, כי מהותית יש הצדקה לראות באנשי קבע "עובדים", לפחות לצרכים מסוימים, אך שניים מארבעת השופטים בהרכב (ובהם הנשיא סטיב אדלר והשופטת (כתוארה אז) נילי ארד) סברו כי שינוי המצב הנוהג אפשרי רק בחקיקה או על-ידי בג"צ. הנשיא אדלר התבסס בהנמקתו על טעמי מדיניות חיצוניים כמו חשש מהכבדה על הצבא. ייתכן שברקע הדברים עמד גם חשש מעומס על מערכת בתי הדין בשים לב למספרם הגדול של אנשי הקבע. מנגד סבר השופט צור, בצדק לטעמי, כי דווקא שלילת זכותם של אנשי קבע לתבוע זכויות של עובדים בבית הדין לעבודה היא אשר מחייבת חקיקה; בהעדר חקיקה שקובעת אחרת, אין הצדקה שלא לראותם כעובדים.¹³⁸ עתירה שהוגשה לבג"צ כנגד פסק-הדין נדחתה. הנשיאה דורית בניש, שכתבה את פסק הדין,

¹³⁵ ראו דפנה ברק-ארז "חווה העבודה של משרת הקבע בצה"ל" הפרקליט מ 114 (תשנ"א); גיא ז' זידמן ואייל רוז "מעמדו של משרת הקבע בצה"ל כעובד" עיוני משפט כג 291, 320 [תש"ס]; בן-ישראל, הערה 125 לעיל. וראו עמדתו של השופט צור ב-ע"ע (ארצי) 1247/01 **אניל גדרה – צבא הגנה לישראל** (פורסם בנבו, 16.1.2006).

¹³⁶ פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, סעיף 93; פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, סעיף 129א; חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, סעיף 20(ב). ראו בנוסף סעיף 93 לפקודת המשטרה, וסעיף 129 לפקודת בתי הסוהר, שלפיהם תובענות מסוימות, כמו לגבי מינוי או העברה מתפקיד של שוטרים וסוהרים, אינן בסמכות בית הדין לעבודה.

¹³⁷ ע"ע (ארצי) 1247/01 **אניל גדרה – צבא הגנה לישראל** (פורסם בנבו, 16.1.2006); בג"צ 1375/06 **אניל גדרה נ' בית הדין הארצי לעבודה** (פורסם בנבו, 24.10.2006).

¹³⁸ לגישתו מסקנה זו היתה נכונה גם בעידן דרישת הקשר החוזי, שכן קיים חוזה של "עבודה תמורת שכר" בין הצבא לבין אנשי הקבע. ממילא המסקנה לא השתנתה כאשר דרישה זו התבטלה. אכן, קשה לקבל את התפיסה, שהובעה בפרשת **עובד** (הערה 133 לעיל), שלפיה איש הקבע הוא "חייל המתנדב לשירות קבע" – באותה מידה אפשר לומר על כל עובד אחר במגזר הציבורי שהוא "מתנדב" לשרת את הציבור. אולם ברור שעבור אותו מועסק מדובר בעבודה לשם פרנסה.

הצטרפה גם היא לספקות לגבי הדין הנוהג, אך סירבה לשנות את ההלכה מטעמים שמדובר בהלכה מושרשת, בנושא מורכב, ושמתיימים דיונים לגבי אצל המחוקק.¹³⁹

קבוצה נוספת שנתפסה בעבר כמוחרגת מדיני העבודה בשל העדר קשר חוזי היא קבוצת השופטים.¹⁴⁰ עניינם של אלה טרם הגיע לדין לאחר השינוי בהלכה בעניין זה. בדומה לנבחרת ציבור ניתן לומר שהכניסה ליחסים עם השופטים אינה וולונטרית מצד המעסיק, וכך גם היציאה (במובן שלא ניתן לפטר אותם), וכן תנאי ההתקשרות קבועים מכוח חקיקה. כפי שנקבע לגבי נבחרת ציבור שמרכיבים אלה אינם שוללים עוד יחסי עבודה, כך סביר שייקבע גם לגבי שופטים. אף שאין עליהם מרות מבחינה מקצועית, קיימת אצלם כפיפות למערכת מבחינה מנהלתית, ואין סיבה של ממש למנוע מהם הגנות של דיני העבודה (מבלי לפגוע כמובן באפשרות של החרגה מחוקי ספציפיים אם אינם מתאימים). באנגליה הנושא התעורר בשנים האחרונות בפני בית המשפט העליון ושופטים אכן הוכרו כעובדים לצרכים מסוימים.¹⁴¹

החרגה על בסיס דרישת הקשר החוזי התקיימה בפסיקה גם בנסיבות של שיקום רפואי. כאמור לעיל,¹⁴² המבחן העיקרי לגבי משתקמים הוא באיזו מידה הם תורמים למעסיק. עם זאת, באחד המקרים דובר באשה שעבדה בספרייה לפי דרישת המוסד לביטוח לאומי, כחלק מתוכנית שיקום בעקבות תאונה, כאשר לא היה ספק כי היא תורמת למעסיק. למרות זאת היא לא הוכרה כעובדת, מאחר שהיא "לא עבדה" בספרייה על סמך התקשרות חוזית שיצרה רקמה הדדית של חובות וזכויות,¹⁴³ אלא כחלק מתכנית השיקום המקצועי, כאחד התנאים לקבלת דמי שיקום. יש להניח שבעקבות הלכת סרוסי¹⁴⁴ ושרות¹⁴⁵ מקרה כזה ייפסק כיום אחרת. לדעתי, בהעדר הסדר חוקי מפורש שקובע אחרת, אין הצדקה לשלול זכויות של עובדת במקרה כזה.

קבוצה אחרונה שניתן לקשור לדרישת הקשר החוזי היא דירקטורים בחברות, אשר לפי הפסיקה בכל הקשור לפעילותם כדירקטורים לא ייחשבו עובדים.¹⁴⁶ להלכה זו לא ניתנה הנמקה של ממש, אולי בגלל שהמקרים שהגיעו לפסיקה עסקו בדירקטורים אשר היו גם בעלי

¹³⁹ המחוקק הסדיר מאז את נושא הערכאה שתדון בכך; בהתאם לחוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (הליכים לעניין החלטות הנוגעות לחיילים בשירות קבע), תש"ע-2010, טענות של אנשי קבע בעניינים של שכר, זכויות נלוות וסיום שירות מופנות לוועדת ערר מיוחדת שהוקמה לשם כך. מבחינה מהותית, החוק מתבסס על ההנחה שאנשי קבע אינם עובדים, אך לא קובע כך במפורש.

¹⁴⁰ דב"ע (ארצי) לה/3-19 אהרן אלבינגר – מדינת ישראל, פד"ע 1 415 (1975).
¹⁴¹ *O'Brien v Ministry of Justice* [2013] UKSC 6, [2013] 2 All ER 1; *Gilham v Ministry of Justice* [2019] UKSC 44, [2020] 1 All ER 1

¹⁴² ראו פרק א' סעיף 5 לעיל.

¹⁴³ דב"ע (ארצי) מה/0-51 המוסד לביטוח לאומי – איילה שרון, פד"ע טז 409, 412 (1985).

¹⁴⁴ לעיל ה"ש 125.

¹⁴⁵ לעיל ה"ש 126.

¹⁴⁶ לפי הפסיקה קיימת חזקה כי דירקטור אינו עובד, אלא אם יוכיח כי הוא מבצע עבודה נוספת עבור החברה, אשר ניתנת להפרדה מהפעילות שלו כדירקטור. ראו בג"ץ 4295/95 אהרן דב קמחי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(5) 773, 783 (1998).

מניות, וההנמקה נכרכה באלה.¹⁴⁷ כיצד ניתן להסביר החרגה א-פריורית של דירקטור אם אינו בעל מניות? הנימוק העיקרי, כך נראה, שלא זכה לפירוט, הינו כי דירקטורים משמשים אורגנים של החברה, כלומר בעלי תפקיד מכוח חוק החברות, ובמשתמע, ככאלה הם מובחנים מעובדים.¹⁴⁸ בעוד שעובדים רבים בחברה פועלים מטעמה ומשמשים נציגים שלה הלכה למעשה, לדירקטור יש מעמד מכוח הדין כבעל תפקיד בחברה והדין אף מטיל עליו מגבלות ומחויבויות בשל מעמדו זה. לשון אחר, נראה שהחרגתם של דירקטורים מהווה שריד מהתקופה שבה מי שביצעו את עבודתם מכוח "מעמד" ולא מכוח חוזה לא יכלו להיחשב עובדים. כיום, לאחר ביטול דרישת הקשר החוזי, קשה להצדיק את ההחרגה הגורפת של דירקטורים מהאפשרות ליהנות מזכויות של עובדים.¹⁴⁹ אמנם, דירקטורים אינם כפופים למנהלי החברה כעובדים רגילים, אולם בהחלט יש להם (לפחות לעיתים) גם מאפיינים של עובדים וצורך בהגנה בהתאם. מן הראוי לבחון כל מקרה לגופו בהתאם למבחן המעורב ולא להחריג אותם אוטומטית בשלב של מבחני הסף.

3. התקשרות וולונטרית

מבחן הקשר החוזי כרך בחובו בין השאר הבנה, לפיה יחסי עבודה נקשרים מרצון חופשי בין שני הצדדים. זהו מאפיין בסיסי של חוזה, וברור שרובם המכריע של יחסי עבודה מתאפייין בכך. האם זו דרישה הכרחית שבלעדיה אין נקשרים יחסי עובד-מעסיק, ואם כן, האם היא שרדה גם לאחר ביטול מבחן הקשר החוזי? מן הראוי להפריד תחילה בין וולונטריות מצד העובד לוולונטריות מצד המעסיק. לגבי הצד של העובד הסוגיה התעוררה בהקשר של קורבן סחר בנשים, שהועסקה בזנות בכפייה, והגישה תביעה לבית הדין לעבודה.¹⁵⁰ הנשיא אדלר עמד על כך, שמדובר ב"חוזה פסול בכפייה", אשר לפי דיני החוזים אינו בטל מעיקרו (אלא ניתן לביטול), ואין מניעה שהקורבן תדרוש בדיעבד לקיים את החוזה במובן של תביעת זכויות מדיני העבודה. כלומר, אין מניעה שתיחשב "עובדת" על אף שהועסקה בכפייה, ולו לצרכים מסוימים. במקרה דומה שהתעורר כשנה לאחר מכן (פרשת קוצ'ייק) התמקדו השופטים בחשש שהתייחסות לקורבן כעובדת תיצור מעין "נורמליזציה" למצב של כפייה ותיתן בעקיפין מידה של לגיטימציה למצב זה.¹⁵¹ השופטת (כתוארה אז) נילי ארד קבעה באותו מקרה, כי לא ניתן לראות את היחסים בין עברייני הסוחר בבני אדם לבין הקורבן שלו כיחסי עובד-מעסיק; ועם זאת, תביעתה של הקורבן התקבלה, והוענקו לה סעדים מדיני העבודה, על בסיס אמירות כלליות בעניין פרשנות תכליתית ו"פריצת האוניברסליות". בצדק ציין השופט (כתוארו אז) פליטמן, שנותר בדעת מיעוט בעניין זה (אך הסכים לתוצאה), כי בהעדר יחסי עבודה, כלל אין סמכות לבית הדין לעבודה, וגם אין אפשרות להקנות זכויות

¹⁴⁷ ראו פרק א' סעיף 7 לעיל.

¹⁴⁸ ע"א 536/65 כץ נ' חברת קציף בע"מ, פ"ד כ(3) 533, 540 (1966). לדיון מפורט יותר וסקירה של פסקי דין נוספים בסוגיה ראו גולדברג, הערה 2 לעיל, בעמ' 53; בר-מור, הערה 112 לעיל.

¹⁴⁹ ראו בר-מור, הערה 112 לעיל (טוענת שיש לבחון את מעמדם לפי עובדות כל מקרה; וכפי שמציינת בצדק, ניתן גם לראותם כעומדים בדרישת הקשר החוזי).

¹⁵⁰ ע"ע (ארצי) 480/05 אלי בן עמי – פלונית (פורסם בנבו, 08.07.2008).

¹⁵¹ ע"ע (ארצי) 247/07 פלונית – סופיה קוצ'ייק (פורסם בנבו, 24.09.2009).

אשר על פי חוקי העבודה ניתנו למי שהינו "עובד" בלבד. לגישתו היה מקום להכיר בתובעת כעובדת כפי שביקשה.

האם לאור פרשת קוצ'יק קיים בדין המצוי מבחן סף של וולונטריות (רצון חופשי) מצד העובד? מבחינה פורמלית נראה לכאורה שכן, אבל דומה שאמירותיו של בית הדין בהקשר זה היו בעיקר סימבוליות, כדי להדגיש את חשיבות הרצון החופשי ולהביע שאט נפש מהכפייה שממנה סבלה התובעת כקורבן לסחר בנשים. העובדה שלמרות זאת ניתנו לתובעת סעדים מדיני העבודה מלמדת כי בפועל היא הוכרה כעובדת, ולכן ספק רב אם יש לראות את הוולונטריות, גם מצד העובד, כתנאי סף.¹⁵² לכך ניתן להוסיף, כי לפי חוק שירות עבודה בשעת חירום, ניתן בעת חירום לגייס לעבודה כפויה כל תושב קבוע בישראל, ולמעשה לכפות עליו יחסי עבודה – כאשר החוק עצמו מתייחס לכך כיחסי עובד-מעסיק.¹⁵³ גם במישור הדין הראוי, מעבר לפן הפורמלי שבו התמקד השופט פליטמן, קשה לקבל תפיסה לפיה דווקא מי שכפו עליו עבודה ייפגע פעם נוספת בכך שלא יהיה זכאי לזכויות של עובדים כתוצאה מכך. אדם שנדרש באופן כפוי לעבוד עבור אחר יכול להעלות כמובן טענות מתחום זכויות האדם, ומתחום דיני הנזיקין, והמדינה גם צריכה לטפל בכך במישור הפלילי, אבל אין בכל אלה כדי להצדיק שלילה של זכויות מתחום העבודה. דיני העבודה באים להגן על עובד בנסיבות של חולשה מול המעסיק, וכאשר היחסים נכפו על העובד הרי החולשה הזו בוטה במיוחד.¹⁵⁴

לגבי דרישת וולונטריות מצידו של המעסיק, לכאורה נראה שההלכה חד-משמעית ולפיה אין מדובר בתנאי הכרחי ליחסי עבודה. המקרה שנדון בפרשת סרוסי (נבחר ציבור) עסק בהיבט זה של הקשר החוזי. כמו כן, כפי שציינה בצדק רות בן-ישראל, ישנן דוגמאות נוספות למקרים בהם נכפית על המעסיק העסקה של עובד מסוים, כמו במקרה של משגיח כשרות שמסעדה מעסיקה אף שהוא נבחר על-ידי הרבנות, או במקרים בהם בשל הפרת חוק שוויון בעבודה או חוק אחר, ניתן צו של החזרה לעבודה אשר מחייב מעסיק להמשיך להעסיק את העובד בניגוד לרצונו.¹⁵⁵ לכך ניתן להוסיף, בעקבות הפסיקה בעניין חיים זר מהעת האחרונה, עובדים-משתקמים שהופנו למפעל מוגן על-ידי משרד הבריאות.¹⁵⁶ עם זאת, בכל המקרים האלה מדובר במעסיק שזקוק לעבודה מסוימת ונהנה ממנה, כאשר יש גורם חיצוני שבחר את העובד הספציפי עבורו מסיבה כזו או אחרת. לעומת זאת ייתכנו גם מצבים קיצוניים שבהם המעסיק כלל לא מעוניין בעבודה. בשנים האחרונות התעוררו מספר מקרים שבהם מעסיקים

¹⁵² יש לציין כי היו עוד מעט מקרים (נדירים) שבהם נפסק שאדם אינו עובד אך זכאי לזכויות מסוימות בשל "פריצת האוניברסליות" (ראו למשל עב' (י-ם) 3348/94 **ציפורה בשן – מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 26.3.2002), אושר ב-ע"ע (ארצי) 1141/02 **ציפורה בשן – מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 26.5.2003)). דומה שהכוונה באותם מקרים היתה כי התובע אינו עובד לכל דבר ועניין, אלא עובד לצורך ספציפי בלבד – קביעה לגיטימית לחלוטין, על בסיס פרשנות תכליתית. בתי הדין לא תמיד דייקו בניסוח וניתן להבין אותם (באותם מקרים נדירים) כקובעים כאילו אדם זכאי לזכות כלשהי של עובד למרות שאינו עובד.

¹⁵³ חוק שירות עבודה בשעת-חירום, תשכ"ז-1967.

¹⁵⁴ ייתכן בהחלט שהתובעת בעניין קוצ'יק היתה יכולה לקבל פיצוי זהה או אף גדול יותר בתביעה נזיקית בבתי המשפט הכלליים, וייתכן שזו הערכאה המתאימה יותר. אבל כאשר הקורבן עצמה ביקשה שיכירו בה כעובדת לצורך זכויות של דיני עבודה, יש הכרח לדון בתביעתה, ואינני רואה הצדקה לשלול ממנה הכרה כזו.

¹⁵⁵ בן-ישראל, הערה 125 לעיל, בעמ' 87. לדוגמא של משגיח כשרות ראו דב"ע 3-9/70 **מולן ברני – ניסים שנה** (פורסם בנבו, 20.7.1970).

¹⁵⁶ פרשת זר, לעיל ה"ש 3, וראו בעיקר פסקה 70 לפסק-דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

טענו שתשלומי שכר ששילמו למועסק היו למעשה "דמי חסות" שנכפו עליהם, ולא מדובר ביחסי עבודה אמיתיים. אף שלכאורה מדובר בטענה מצד המעסיק שלפיה היחסים אינם מרצון חופשי, עד לאחרונה לא נדון עניין זה כמבחן סף, אלא נבחן בכל מקרה לגופו האם המועסק אכן ביצע עבודה והשתלב במקום העבודה.¹⁵⁷ לאחרונה קבע בית הדין הארצי כי ראוי לבחון את השאלה "במסגרתה המבחן המקדמי", תוך הפניה למבחן לפיו העבודה היא המטרה העיקרית והעצמאית של ההתקשרות ("מטרה בפני עצמה") ולא מטרה נלווית.¹⁵⁸ לדעתי נכון יותר לקבוע שאם אכן מוכח שהמעסיק כלל לא היה מעוניין בעבודה והיא נכפתה עליו, אין הצדקה לראות בכך יחסי עובד-מעסיק בגלל העדר וולונטריות. בכך אני שותף לגישה שראוי לבחון טענות שמדובר ב"דמי חסות" בשלב המקדמי, אבל זאת על בסיס דרישת סף של וולונטריות מצד המעסיק, שיש מקום לאמץ עבור נסיבות חריגות כאלה. לגבי השימוש במבחן ה"מטרה בפני עצמה", מבחן זה נראה לי בעייתי באופן כללי, כפי שאטען בנפרד להלן.¹⁵⁹ אולם בכל מקרה קשה לקבל את השימוש בו בהקשר הנוכחי. אם אין יחסי עבודה כאשר אדם מעסיק אחר תחת איום, בגלל שהעבודה היא רק "נלווית" למעשה הפלילי, אז גם לא יהיו יחסי עבודה כאשר העובד הוא זה שנמצא תחת איום ומבצע את העבודה בשל כך. גם אז העבודה תהיה "נלווית" למעשה הפלילי באותה מידה. אולם כפי שראינו בעניין קוצ'יק, בית הדין כן נותן סעד למי שהעבודה נכפתה עליו, ולדעתי בצדק.

4. כוונה לשלול יחסי עבודה – או כוונה להתקשרות משפטית מחייבת

במספר פסקי דין של בתי דין אזוריים הוצע "מבחן מקדמי שלילי" שלפיו אדם לא ייחשב עובד אם היתה לצדדים "כוונה לשלול יחסי עבודה".¹⁶⁰ במקרה אחד גם אוזכר מבחן זה בבית-הדין הארצי בהסכמה, אולם זאת כלאחר-יד ללא כל דיון או הנמקה.¹⁶¹ מבחן זה בעייתי

¹⁵⁷ ראו למשל ע"ע (ארצי) 390/08 דליע אחמד – כחול לבן (2006) בע"מ (פורסם בנבו, 5.7.2009); ס"ע (אזורי י-ם) 44689-04-12 גמיען הדלין – רמי לוי שווק השקמה בע"מ (פורסם בנבו, 30.7.2014); ס"ע (אזורי נצ') 1065-02-18 מאג'ד חמדוני – דני הי (מטווחי קיסריה) בע"מ (פורסם בנבו, 28.6.2020). כמובן שאם יש טענות לפלילים יש לבחון אותן בנפרד; נראה שבאף אחד מהמקרים האלה לא הוגשה תלונה במטרה.

¹⁵⁸ ע"ע (ארצי) 16060-11-20 עיאדה גבועה – א.ס.ע.ד תשתיות בע"מ (פורסם בנבו, 15.3.2022), בפסקה 6 לפסק-הדין.

¹⁵⁹ ראו בסעיף 6 לפרק זה.

¹⁶⁰ עב' (אזורי נצרת) 1264/02 אמיר בונה – פלסים אביזרים בע"מ (פורסם בנבו, 12.9.2004); עב' (נצ') 2320/03 מאיר שטרן – בית שאן חרוד אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (פורסם בנבו, 12.1.2007); תע"א (אזורי נצרת) 1309-10 אלכסנדר גלפנר – קיבוץ עין השופט (פורסם בנבו, 1.12.2011), בפסקה 7.

¹⁶¹ ע"ע (ארצי) 1501/04 אמיר בונה – פלסים אביזרים בע"מ (פורסם בנבו, 09.01.2005). בית הדין האזורי ציטט את "מבחן ההתקשרות" שהציע מוטי מירוני על בסיס פסיקה מוקדמת, אבל הוסיף, בצדק, כי בשלב מאוחר יותר בוטלה בפסיקה דרישת הקשר החוזי, ולכן ברור היה שההלכות הישנות בדבר דרישת התקשרות חוזית כבר אינן חלות. לאור זאת הציע בית הדין האזורי מבחן חלופי, לפיו יש לבדוק האם קיימת התקשרות שיוצרת בין הצדדים קשר משפטי ואין כוונת הצדדים לשלול יחסי עובד-מעסיק במסגרת קשר זה. בית הדין הארצי ציטט מבחן זה בהסכמה אולם התייחס אליו כאילו מדובר במבחן שכבר אומץ בעבר בפסיקה, ללא אסמכתאות כלשהן. למעשה, כל המקורות שהובאו בפסק הדין האזורי התבססו במפורש על דרישת קשר חוזי, ולא התייחסו ל"כוונה לשלול יחסי עבודה".

ככל שהוא מתבסס על השאלה אם הצדדים ראו את היחסים ביניהם כיחסי עובד-מעסיק,¹⁶² כלומר נותן משקל מרכזי לבחירת הצדדים. גישה כזו מנוגדת חזיתית לרעיון שלפיו עובד הוא דבר "הקרוב לסטטוס",¹⁶³ ולכן אינני סבור כי זו היתה כוונת הפסיקה. דומני כי יש להבין את המבחן כבודק אם הצדדים התכוונו ליצור יחסים משפטיים מחייבים – אחרת, ההנחה היא שהעבודה אינה מזכה בתמורה. כך, למשל, עזרה שניתנת על בסיס חברי או משפחתי בדרך כלל אינה מזכה בתמורה, ככל שהצדדים לא התכוונו ליצור יחסים משפטיים מחייבים. במובן צר זה אכן יש רלבנטיות לכוונת הצדדים, ודומה שיש בכך מרכיב מסוים מדרישת הקשר החוזי שנותן, לפחות במידה מסוימת, כמבחן סף מחייב. אולם המבחן צריך להיות אובייקטיבי ולהתמקד במאפיינים העובדתיים של ההתקשרות ולא לפנות לכוונת הצדדים לגבי המשמעות המשפטית של אותה התקשרות.

לצד זאת, נראה שההתייחסות בפסקי הדין שאוזכרו לעיל ל"כוונה לשלול יחסי עבודה" נועדה לתפוס מצבים נוספים שבהם העבודה אינה מזכה בתמורה, כמו למשל מקרים של התנדבות אותנטית. ברם, לדעתי הדגש במקרים אלה אינו על כוונה לשלול יחסי עבודה, שכן ייתכן שהצדדים התכוונו לכך מבלי לדעת שבנסיבות העניין הסכמה כזו מנוגדת לדין. כידוע, לעיתים צדדים מתכוונים לשלול יחסי עבודה ולהגדיר את היחסים ביניהם כיחסי מזמין-קבלן, אולם אם הנסיבות האובייקטיביות מלמדות על יחסי עבודה, להסכמה כזו (ולכוונה כזו) אין תוקף.¹⁶⁴ באותה מידה אין סיבה לתת לה תוקף כאשר מדובר בהבחנה בין עובד למתנדב או מקרים אחרים שבהם העבודה אינה מזכה בתמורה.¹⁶⁵

פסק-הדין של בית הדין האזורי בנצרת בעניין **גלפנד** מדגים את הקושי עם מבחן של "כוונה לשלול יחסי עבודה".¹⁶⁶ באותו מקרה דובר בעולה חדש, אשר בהמלצת נציגי הסוכנות היהודית הצטרף עם עלייתו לארץ ל"תוכנית אולפן קיבוץ". במסגרת התוכנית העולים מתגוררים בקיבוץ, הם לומדים באולפן שלושה ימים בשבוע ועובדים בענפי הקיבוץ במשך שלושה ימים נוספים. בנוסף הם נהנים ממגורים, אוכל, שירותים חינוכיים ופעילויות חברה ותרבות. משך התוכנית חמישה חודשים ובמהלכה המשתתפים לא מקבלים שכר. התובע, אשר שובץ לעבודה בבית האריזה במפעל של הקיבוץ, ועבד שם שלושה ימים כל שבוע, שמונה שעות ביום, הגיש לאחר סיום התוכנית תביעה לשכר מינימום כנגד הקיבוץ וכנגד המפעל בו עבד. השופט איצקוביץ דחתה את התביעה, מאחר שסברה שהצדדים התכוונו ליצור יחסים שאינם יחסי עבודה.¹⁶⁷ אכן, אם בוחנים את כוונת הצדדים בעניין

¹⁶² לעיתים בפסיקה ניתן במפורש משקל מרכזי לכך. ראו למשל ס"ע (אזורי ת"א) 37499-04-11 **שרון פנאן** – חברת מועדון הכדורסל מכבי תל-אביב (1995) בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2015), בפסקה 34.

¹⁶³ ראו הערה 123 לעיל.

¹⁶⁴ אמנם, לעיתים בתי הדין נותנים משקל מסוים לאמור בהסכם בין הצדדים, אולם גם במקרים כאלה, כוונת הצדדים מובאת בחשבון כחלק מהמכלול של הערכת מהות היחסים ולא כמבחן סף הכרחי. ראו למשל פרשת **בירגר**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 190 (1971); דב"ע (ארצי) נד/238-3 **יאיר בן-דוד** – המועצה האזורית מרחבים, פד"ע כח 461, 466 (1995).

¹⁶⁵ על הקוגנטיות של סטטוס "עובד" גם למול הסכמה להיחשב "מתלמד" או "מתנדב" ראו למשל ע"ע (ארצי) 1054/01 **אשר טוילי** – **יצחק דהרי**, פד"ע לו 746, 752 (2002); ע"ע (ארצי) 1403/01 **סוהייר סרוגי** – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 3.5.2004).

¹⁶⁶ תע"א (אזורי נצרת) 1309-10 **אלכסנדר גלפנד** – **קיבוץ עין השופט** (פורסם בנבו, 1.12.2011).

¹⁶⁷ שם, בפסקה 7 לפסק-הדין.

המסגרת המשפטית, המסקנה המתבקשת היא כי הם לא התכוונו ליצור יחסי עבודה, אלא להסדר שבו העבודה משתלבת כחלק מהפעילות של "תוכנית אולפן קיבוץ" – שכן זהו ההסדר שהוצע לתובע על-ידי הסוכנות טרם עלייתו לישראל. אולם קשה לקבל מצב שבו פועל במפעל, שעובד בו מספר חודשים בהיקף משמעותי, לא יהנה מההגנות של דיני העבודה. איננו צריכים לתת משקל לכך שהוא ויתר על הסטטוס, כנראה מבלי להבין את ההשלכות ובאופן נילוה לרצונו לעלות ארצה.¹⁶⁸ אילו היה מדובר בהתנסות קצרה של ימים בודדים בעבודות במשק הקיבוץ, ניתן היה לראות זאת כפעילות חווייתית כחלק מתוכנית האולפן, ולא כעבודה שמזכה בתמורה. לא כך הדבר כאשר מדובר בעבודה "רגילה" (שהמעסיק מפיק ממנה תועלת של ממש) בהיקף משמעותי. אין גם סיבה לשלול מהמועסק זכויות בגלל שהוא מקבל הטבות שונות כחלק מה"תוכנית". לפי חוק הגנת השכר יש לשלם שכר במזומן,¹⁶⁹ וכמובן יש גם זכויות רבות אחרות שמגיעות לו כעובד. יכולים הסוכנות, או הקיבוץ, לחייב את משתתפי התוכנית בתשלום על האולפן, או על הפעילויות האחרות, אם ימצאו לנכון; אך אין לאפשר להם "לקזז" את העלות באמצעות שלילת סטטוס. בדיוק כפי שבית הדין הארצי סירב לקבל טענה, לפיה יש לקזז מול שכר של מתמחה ביעוץ מס את עלות ההדרכה שממנה הוא נהנה.¹⁷⁰

ניתן לסכם ולומר כי מבחינת הדין המצוי, ישנה התייחסות מינימלית ולא מנומקת בפסיקת בית הדין הארצי למבחן סף בעל שני מרכיבים, שיש בהם המשכיות למבחן הקשר החוזי שבוטל. ראשית, כוונה ליצור התקשרות משפטית מחייבת; ושנית, העדר כוונה לשלול יחסי עבודה. החלק הראשון של מבחן זה נראה לי מוצדק, במובן צר למדי של הימנעות מהחלת דיני העבודה במקרים כמו של עזרה משפחתית, כאשר הצדדים לא התכוונו שהעבודה תעשה כנגד תמורה. החלק השני אינו מוצדק, כפי שטענתי לעיל, אם כי במידה רבה מטרתו תושג על-ידי המבחן הכללי יותר של "עבודה שמזכה בתמורה" (על מבחני המשנה שלו). ההבדל הוא, שהבחנה אינה של כוונה הצדדים, אלא של הנסיבות האובייקטיביות.

5. מתנדבים

המקרה המרכזי שבו מבחן הסף של "מזכה בתמורה" מעורר התלבטות הוא התנדבות.¹⁷¹ מחד, ברור שיש לאפשר את הפעילות החברתית הראויה של התנדבות, מבלי להפוך כל

¹⁶⁸ גם אילו הבין והויתור נעשה מרצון חופשי, עדיין יש סיבות טובות להקפיד על הקוגנטיות. ראו גיא דוידוב "התניה על סטטוס 'עובד' והשלכותיה" משפטים נ 87 (תש"ף).

¹⁶⁹ חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, סעיף 2. אם כי מותר (לפי סעיף 3 לחוק) לשלם חלק משכר העבודה באוכל ומשקאות המיועדים לצריכה במקום העבודה וכן בדיוור, בכפוף לתנאים המפורטים שם. בפסיקה נקבע כי אותו "חלק" אינו יכול להיות עיקר השכר; ראו ע"ע (ארצי) 300333/97 עליזה ואברהם כהן – רמונה קבורה, פד"ע לז 755 (2002).

¹⁷⁰ ע"ע (ארצי) 1054/01 אשר טוילי – יצחק דהרי, פד"ע לז 746, 752 (2002).

¹⁷¹ גם בארצות הברית, בפסיקה נאמר כי המבחנים הרגילים להבחנה בין עובד לקבלן אינם רלבנטיים להבחנה בין עובד למתנדב. כלומר, בפועל גם שם מקובל לבחון אם אדם עובד או מתנדב בשלב מקדמי (התהליך כונה שם two-step employment status test). אולם לא גובשו שם מבחנים של ממש לשלב המקדמי. לסקירה ודיון ראו Mitchell H. Rubinstein, *Our Nation's Forgotten Workers: The Unprotected* (2006) 9 U. PENN. J. OF LAB. & EMP. L. 147. לסקירה עדכנית יותר של הפסיקה בארצות הברית, לרבות פירוט של סממנים שבהם משפט מביאים בחשבון, ראו Ariana R. Levinson & Chad

מתנדב לעובד באופן שיסכל את מרבית הפעילות הזו.¹⁷² מנגד, ברור גם שלא די בכותרת "מתנדב" כדי להצדיק התחמקות מדיני העבודה. כך, למשל, המקרה שבו **סוהייר סרוגי** הועסקה בסניף המוסד לביטוח לאומי בנצרת כ"מתנדבת" (ללא שכר או זכויות), בתפקיד של מזכירה, כאשר היא הסכימה לכך כדי לקבל הזדמנות לרכוש ניסיון תעסוקתי ולקבל עדיפות בתחרות על משרה שתתפנה – נתפס על-ידי בית הדין הארצי בצדק כמקרה ברור של יחסי עבודה והפרה בוטה של זכויות המועסקת.¹⁷³ החולשה של העובדת באותו מקרה נוצלה על-ידי המעסיק כדי לגרום לה להסכים לעבוד בחינם, ובדיוק בשביל מקרים כאלה נדרשת הגנת דיני העבודה. אולם בתווך בין שני הקצוות ישנם מקרים קשים וגבוליים יותר, שמצריכים פיתוח מבחני עזר לזיהוי התנדבות אותנטית שאינה מזכה בתמורה.

הניסיון המרכזי לפתח מבחני עזר כאלה בפסיקה מופיע בפרשת **פרידמן**, שם נבחן מעמדה של מנהלת אדמיניסטרטיבית בתיאטרון קהילתי. השופט שמואל צור קבע באותו ענין כי "בדרך-כלל סממני המתנדב הם שהוא בא לעבודה מרצונו. הוא מבצע עבודה בלא תמורה כספית. הוא אינו צד לחוזה עבודה. הוא אינו קשור במסגרת מחייבת של שעות עבודה או ימי עבודה. הוא אינו מחויב לתקופת עבודה מוגדרת ורשאי לחדול מלעבוד בכל עת שיחפוץ. הוא אינו נתון למרות המעסיק".¹⁷⁴ השופט צור הבהיר, כי בדומה למבחן לזיהוי עובד מול קבלן עצמאי, עצם קיומו או העדרו של מרכיב כזה או אחר אינו מכריע, אלא יש לבחון את מכלול היחסים.

הסממנים שנקבעו בפרשת **פרידמן** יתקשו לסייע בסיווג מקרים קשים. המקרה של מתנדב שמגיע לעבודה במועדים לפי בחירתו ונשאר משך זמן לפי רצונו הרגעי אינו כה שכיח. הגיוני שמעסיק של מתנדב יבקש ממנו להגיע ביום קבוע ולהישאר למספר שעות מוגדר, כדי לתרום באופן אפקטיבי – ואין בכך כדי לשלול אפשרות של התנדבות אותנטית.¹⁷⁵ העובדה שלא משולמת תמורה כספית מניחה את המבוקש; השאלה היא האם צריך להשתלם שכר. כמו כן, אולי אין מרות באופן פורמלי, אבל גם מתנדב אותנטי פועל בהתאם להנחיות המעסיק בזמן שהותו במקום העבודה. גם האפשרות של הצדדים לסיים את ההתקשרות בכל עת אינה מסייעת להבחין מיחסי עבודה, שהרי גם אותם ניתן לסיים.¹⁷⁶

דומני כי שאלה מכרעת שלא באה לידי ביטוי בפסיקה – לפחות לא במפורש – היא **מדוע** מוכן המועסק לתת מזמנו וכישוריו מבלי לקבל שכר. זאת, לא במובן של כוונת הצדדים

Eisenback, *Cooperative Principles and Fair Labor Standards: Volunteering for Food*
Co-Ops, 2020 MICH. ST. L. REV. 189 (2020), במיוחד בעמ' 224 ואילך.

¹⁷² בית הדין הארצי תיאר התנדבות כ"תופעה חברתית מבורכת שיש מקום לטפחה ולהתייחס אליה באהדה ובכבוד" (ע"ע (ארצי) 1270/00 **אהובה (אגי) פרידמן – אליעזר הוז**, פד"ע לח 39, 44 (2002)).

¹⁷³ ע"ע (ארצי) 1403/01 **סוהייר סרוגי – המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 3.5.2004).

¹⁷⁴ ע"ע (ארצי) 1270/00 **אהובה (אגי) פרידמן – אליעזר הוז**, פד"ע לח 39, 43 (2002).

¹⁷⁵ התנדבות במד"א, למשל, מתחילה בקורס, ונדרשת התחייבות למינימום של 16 שעות התנדבות בחודש למשך שנתיים. ראו באתר מד"א, <https://www.mdais.org/itnadvut/volsenior>.

¹⁷⁶ לביקורת דומה על מבחנים אלה ראו שלומית יניסקי-רביד, "מיהו עובד? מבט חדש על יחסי עובד-מעביד באמצעות סוגיית הפטנטים והיצירות 'של' עובדים" **עבודה חברה ומשפט** יב 318, 420 (2010).

להתקשרות, אלא בהתייחס למוטיבציה של המועסק בלבד.¹⁷⁷ ניתן לחלק את המקרים שנדונו בפסיקה לארבע סיבות. ראשית, פעילות שאדם מבצע מסיבות אלטרואיסטיות. זהו המקרה הפרדיגמטי של התנדבות אותנטית. תנאי הכרחי (אם כי לא מספיק) להתנדבות כזו היא שהיא נעשית לטובת גוף שפועל שלא למטרת רווח.¹⁷⁸ הניחו למשל גמלאי שזמנו בידו, ונהנה מפנסיה כמקור פרנסה, ומבקש לתרום לחברה על-ידי התנדבות בבית חולים או במוסד אחר שאינו פועל ככוונת רווח. יתכן בהחלט שהוא גם מפיק מכך תועלת עצמית, במובנים של סיפוק, תעסוקה עצמית, מפגש עם אנשים וכולי. אך אין בכך כדי לשלול את התכלית האלטרואיסטית של הפעולה. אין סיבה לפקפק בכך שאם אותו גמלאי מוכן לעבוד בחינם, מדובר בהתנדבות אותנטית, שראוי לעודד ולאפשר. יתכן שיש מקום להחיל חלק מדיני העבודה (כך, למשל, ברור שגם מתנדב זקוק להגנות של בטיחות בעבודה, או כנגד התעמרות או הטרדה מינית), אבל אין צורך בכלל ההגנות של דיני העבודה. ומאחר שאין מקום להחיל את כל הזכויות הקשורות לשכר, שעומדות בבסיס דיני העבודה, הגיוני לקבוע שלא מדובר ב"עובד", ולהרחיב הגנות ספציפיות גם למתנדבים לפי הצורך.¹⁷⁹ הרחבה כזו ראוי שתיעשה בחקיקה.¹⁸⁰ יש להבהיר, כי גם פעילות שנראית אלטרואיסטית יכולה להקים יחסי עבודה, אם ישנם סימנים לכך שמדובר בעבודה "שמזכה בתמורה", למשל כאשר הצדדים הסכימו ביניהם על תשלום.¹⁸¹ אולם בהעדר סימנים כאלה, וכאשר ישנם סימנים נגדיים של תכלית אלטרואיסטית (ובכלל זה, שהפעילות היא לטובת גוף שאינו למטרת רווח, ושלמועסק יש עניין ויכולת לתרום לחברה ללא קבלת תמורה) – מדובר ב"מתנדב" שאינו עובד. האם כל תשלום מצביע על כך שהעבודה מזכה בתמורה? בפרשת פרידמן נקבע כי "אין לשלול אפשרות שמתנדב יקבל בקשר לעבודתו תשלום או טובת הנאה בלא שיש קשר ישיר בין התמורה המתקבלת לעבודה המבוצעת".¹⁸² באותו מקרה, התובעת שימשה בהתנדבות

¹⁷⁷ להבחנה בין שני אלה ראו גם Alison Braley-Rattai, *A Volunteer by Any Other Name: Navigating the Contours of the 'True Volunteer' in Canadian Employment Law*, 23 CANADIAN LAB. & EMP. L.J. 247, 285 (2021).

¹⁷⁸ ניתן להיעזר לעניין זה בהגדרת "מתנדב" בסעיף 287 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. בע"ע (ארצי) 1403/01 סוהייר סרוג'י – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 3.5.2004). נאמר כי "יש מקום להבחין בין פעילותם של מתנדבים במגזר השלישי במסגרת עמותות וולונטריות, עמותות הפועלות ללא כוונת רווח (מלכ"רים) וכיוצ"ב, לבין עבודה 'בהתנדבות', כביכול, במגזר הציבורי ובמגזר העסקי" (פסקה 12 לפסק-דינה של השופטת (כתוארה אז) נילי ארד). הבחנה זו היא בוודאי רלבנטית להבנה אם מדובר בהתנדבות אלטרואיסטית. עם זאת אין לשלול גם אפשרות של התנדבות במסגרת המגזר הציבורי.

¹⁷⁹ על הרחבת חלק מהגנות דיני העבודה לקבוצות ספציפיות כמו מתנדבים, ראו MARK FREEDLAND AND NICOLA KOUNTOURIS, *THE LEGAL CONSTRUCTION OF PERSONAL WORK RELATIONS* (OUP 2011), 145. ראו גם הערות 9 עד 11 והטקסט הסמוך להן לעיל.

¹⁸⁰ אמנם, לגבי שותפים בשותפות גדולה טענתי לעיל שאף שחלק מדיני העבודה אינו מתאים לחול, ראוי לקבוע זאת בפסיקה בדרך של פרשנות תכליתית (ראו פרק א' סעיף 6 לעיל). עקרונית ניתן לנקוט באותה דרך גם במקרה הנוכחי. אולם נראה לי שכאשר מדובר בעבודה שבמהותה לא נועדה למטרות הכנסה, הריחוק מיחסי עבודה גדול יותר, ומצדיק ברירת מחדל הפוכה.

¹⁸¹ ראו למשל דב"ע (ארצי) לט/112-3 שמואל זבורובסקי – אגודת בית הכנסת הגדול ע"ש גבורי ישראל, פד"ע יא 309 (1980), שם שימש התובע "בעל קריאה" קבוע בבית הכנסת במניין ראשון בשבתות וחגים. העובדה שניתן לו תשלום על כך הכריעה בעד הכרה בו כ"עובד".

¹⁸² ע"ע (ארצי) 1270/00 אהובה (אגי) פרידמן – אליעזר הוז, פד"ע לה 39, 48 (2002).

כמנהלת אדמיניסטרטיבית של תיאטרון קהילתי במשך 17 חודשים. במהלך התקופה התיאטרון השתתף בעלות של קורס למנהלי תיאטרון בו לקחה חלק, ונקבע כי אין בכך כדי להצביע בהכרח על יחסי עבודה. מסקנה זו נראית לי סבירה, ככל שמדובר בתמורה שהיא שולית/זניחה (או "סמלית"), שבאה לשקף הכרת תודה כלפי המתנדב ולא מעבר לכך. גם בארצות הברית,¹⁸³ בבריטניה,¹⁸⁴ ובקנדה,¹⁸⁵ החזר הוצאות או תשלום סמלי אינם שוללים התנדבות ואתנטית. ניתן לסכם את הרלבנטיות של תמורה כזו: כאשר אדם מקבל תמורה משמעותית עבור עבודתו, אין זה סביר להציג אותה כהתנדבות. אם לא ניתנה תמורה כלל או ניתנה תמורה סמלית, יש לבחון אם התכלית של ההתנדבות היא אלטרואיסטית כדי להסיק אם מדובר בעבודה שמזכה בתמורה.

האם ראוי להכיר בהתנדבות כאלטרואיסטית (ואותנטית) גם כאשר המתנדב מבצע עבודה שלולא היה עושה אותה, המעסיק היה מטיל אותה על עובד בשכר? לדעתי אין מקום לשלול זאת. בדוגמא שתוארה לעיל של גמלאי שתורם מזמנו לבית החולים, יהיה זה מאולץ ולא סביר להגביל את אפשרויות ההתנדבות רק לתפקידים שהם מעבר למה שבית החולים באמת צריך (ובהעדר מתנדבים, יצטרך לאייש בעובדים). עם זאת, יש להיזהר ממצב שבו נוצרת ציפייה מאנשים להתנדב כדי להבטיח רמת שירותים סבירה לקהילה שלהם. הניחו למשל עיירה שבה יש שירותי כבאות לא מספקים, וקריאה לתושבים להתנדב לשמש כבאים. בנסיבות כאלה, ייתכן בהחלט שיהיו מתנדבים שיבצעו את המשימה מסיבות אלטרואיסטיות של עזרה לקהילה, ועם זאת אין להתעלם מכך שההתנדבות נכפית עליהם במידה רבה בשל התפרקות המדינה (או העיירה) מחובותיה כלפיה הקהילה.¹⁸⁶ ככל שההתנדבות נדרשת כדי לספק שירותים בסיסיים ברמה סבירה לקהילה של המתנדב, לא מדובר לדעתי באלטרואיזם. סיבה שנייה שבגללה מועסקים מוכנים לעבוד ללא שכר היא לצרכי קידום עצמי. כך, למשל, בארצות הברית מקובלת תופעה של "מתמחים" ללא שכר (unpaid interns), במסגרתה צעירים (למשל סטודנטים) עובדים על מנת לצבור ניסיון תעסוקתי, לפתח קשרים ולהעשיר את קורות החיים שלהם. לפחות בחלק מהמקרים הפסיקה בארה"ב הכירה במקרים

¹⁸³ בארצות הברית נקבע בחוק העבודה המרכזי כי הוא אינו חל על מתנדבים עבור רשויות ציבוריות, ובלבד שהם לא מקבלים שכר, כאשר החזר הוצאות או תמורה סמלית אינם נחשבים בגדר זה. ראו Fair Labor Standards Act, 29 U.S.C. s. 203(e)(4). ראו גם התקנות הפדרליות בהקשר זה: 29 C.F.R. s. 553.101-106. הפסיקה בארה"ב אימצה מבחן זה גם בהקשרים של התנדבות מחוץ למגזר הציבורי; ראו סקירת הפסיקה אצל Uhlman, הערה 115 לעיל.

¹⁸⁴ ראו ZOE ADAMS ET AL., DEAKIN & MORRIS' LABOUR LAW, 7th Ed. (2021) at 2.27 (בבריטניה אין התייחסות לתשלום סמלי אלא התמקדות בהחזר הוצאות).

¹⁸⁵ בפסיקה בקנדה שמים דגש על השאלה אם יש תשלום עבור העבודה כדי להכריע אם מדובר בהתנדבות, כאשר "a mere honorarium or reimbursement of expenses" לא נחשבים לצורך זה. ראו סקירת הפסיקה אצל Braley-Rattai, הערה 177 לעיל, בפרט בעמ' 261.

¹⁸⁶ הדוגמא של הגמלאי שמתנדב בבית חולים שונה, כי גם אם הצורך בהתנדבות כזו נובע ממימון חסר של המדינה לשירותי הבריאות, ניתן להניח שהמתנדב אינו חש בצורך ישיר להתנדב כדי שהאנשים הקרובים אליו יזכו לשירותים בסיסיים. ככל שמדובר בהתנדבות במסגרת קהילה קטנה יותר לטובת אותה קהילה, הקושי האמור מתעורר.

אלה כהתנדבות אותנטית.¹⁸⁷ התופעה התפשטה למדינות נוספות.¹⁸⁸ חשוב להבהיר שלא מדובר במתמחים שרוכשים הכשרה למקצוע מסוים, שאליהם התייחסתי בפרק א', אלא המטרה המוצהרת היא צבירת ניסיון בעבודה באופן כללי. אפשר לראות סוג כזה של העסקה כנמצא על גבול משולש בין עבודה "רגילה", לימוד והתנדבות.¹⁸⁹ ברם, מאחר שלא מדובר בהכשרה שנעשית כחלק מתוכנית אקדמית, כפי שצוין לעיל אין מקום לראות זאת כ"לימוד".¹⁹⁰ ישנן סיבות טובות גם להימנע מהכרה בפעילות כזו כהתנדבות. מדובר בעבודה שנעשית על-מנת לקבל תמורה, גם אם כזו שאינה כספית. בחלק מהמקרים היוזמה היא מצד המעסיק, שמנצל את החולשה של המועסק כדי לכפות עליו עבודה שבה הוא יסתפק בתמורה מסוג של רכישת ניסיון, אפשרות להמלצה, או שיפור הסיכוי לקבלת עבודה בעתיד.¹⁹¹ בחלק מהמקרים היוזמה היא של העובד עצמו, אך גם אז ברור שהוא היה מעדיף לקבל שכר עבור עבודתו ולא רק תמורה חלופית. מכל מקום כאשר חוק הגנת השכר קובע כי יש לשלם שכר במזומן,¹⁹² השימוש בתמורה חלופית ללא תשלום של שכר מינימום אסור. המועסקים שמקבלים עבודה כדי לצבור ניסיון בהחלט זקוקים להגנת דיני העבודה, שמבטיחים להם פרנסה הוגנת בתמורה לעבודתם, והרי אי אפשר להתפרנס מציפייה לא-ודאית להכנסה עתידית. הכרה במקרים כאלה כ"התנדבות", למרות שמדובר בעבודה שמזכה בתמורה, תסכל לא רק את הוראת חוק הגנת השכר אלא גם תשלול את מגוון ההגנות האחרות של דיני העבודה. אין גם מקום לחשש שתופעה שיש בה תועלת לסטודנטים תיעלם; למעסיקים רבים כדאי יהיה לקיים אותה גם עם תשלום שכר מינימום. מנגד יש בסיס לחשש שהעסקת unpaid interns באה על חשבון העסקת עובדים בשכר ובכך גורמת נזק למעגל רחב יותר של מועסקים. היא גם פוגעת בשוויון, שהרי רק סטודנטים עם גב כלכלי חזק יכולים להרשות לעצמם "התמחות" בחינם.

ברוח זו נפסק, כי עבודה תמורת "קרדיט" של מאפרת במסגרת הפקות, אינה יכולה לשמש כתחליף לשכר ולזכויות עובדים.¹⁹³ כמו כן אדם ששימש רב שכונה, והתקבל לתפקיד על בסיס מכרז שבו נאמר כי התפקיד הינו בהתנדבות, אולם הובטח לו כי יקבל שכר ונשאר זמן רב בתפקיד ללא תשלום על בסיס הבטחות חוזרות ונשנות כאלה, הוכר כעובד.¹⁹⁴ דומני כי

¹⁸⁷ ראו למשל (2nd Cir. 2015) 811 F. 3d 528. *Glatt v Fox Searchlight Pictures Inc.* לביקורת על הפסיקה בתחום זה, ועל התופעה בכללותה, ראו למשל Yamada, לעיל ה"ש 35; Garden & Slater, לעיל ה"ש 35; וראו גם David C. Yamada, *The Employment Law Rights of Student Interns*, 35 CONN. L. REV. 215 (2002); Note, *Second Circuit Crafts "Primary Beneficiary" Test for Unpaid Interns*, 129 HARVARD L. REV. 1136 (2016).

¹⁸⁸ לסקירה ראו Owens and Stewart, לעיל ה"ש 64.

¹⁸⁹ שם, בעמ' 681.

¹⁹⁰ על כך ראו פרק א' סעיף 3 לעיל.

¹⁹¹ במקרים בוטים במיוחד, מעסיקים מצפים לעבודה בחינם, בתמורה לעזרתם בקבלת היתר עבודה למהגרי עבודה. ראו Joanna Howe, Andrew Stewart & Rosemary Owens, *Temporary Migrant Labour and Unpaid Work in Australia*, 40 SYDNEY L. REV. 183 (2018).

¹⁹² חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, סעיף 2.

¹⁹³ ס"ע (אזורי ת"א) 12733-08-11 *נטאשה דנונה מייק אפ סטודיו בית ספר לאיפור – יאנה פרוביז* (פורסם בנבו, 08.09.2014).

¹⁹⁴ ס"ע (ת"א) 14047-12-17 *שלמה רבינוביץ' – עיריית פתח תקווה* (פורסם בנבו, 11.4.2022).

ניתן לראות את הסכמתו לעבוד באופן זמני בהתנדבות כרצון לממש את ההבטחות שניתנו לו להעסקה בשכר, כלומר סוג של קידום עצמי (שאינו משקף רצון אותנטי להתנדב). לעומת זאת נפסק, לדעתי בטעות, כי "מיסטיקנית" ששידרה שעה שבועית קבועה ברדיו, והסכימה לעבוד ללא שכר במטרה לפרסם באמצעות השידור את שירותיה, אינה עובדת.¹⁹⁵ כאשר אדם מוכן לעבוד ללא שכר לטובת קידום עצמי, הסכמתו אינה רלבנטית – גם אם ידע שלמעסיק אין תקציב לשלם לו – שכן לא ניתן לוותר על סטטוס.¹⁹⁶

מוטיבציה **שלישית** שבגינה ישנם מועסקים שמוכנים לעבוד בחינם היא הנאה או עניין אישי (כתחביב) ולעיתים עניין מקצועי (אבל בניגוד למקרה הקודם, לא לצורך קידום עצמי במובן הישיר). רק לגבי קבוצה שלישית זו – בניגוד לשתי קבוצות המקרים הקודמים – רלבנטית לדעתי השאלה, האם לולא קיומו של המתנדב-לכאורה היה המעסיק שוכר את שירותיו של עובד בשכר. במקרה של התנדבות למטרה אלטרואיסטית, במקום שאינו למטרת רווח, היא יכולה לבוא לעיתים גם במקום עובד בשכר. במקרה של נכונות לעבוד בחינם, לצורך קידום עצמי על-ידי תמורה שאינה כספית, אזי גם אם מדובר בעובד נוסף מעבר למכסה הרגילה שהמעסיק היה מעוניין בה, אין בכך כדי לשלול את העובדה שמדובר בעבודה שמזכה בתמורה. ואילו במקרה הנוכחי, של עיסוק לצורך הנאה או עניין אישי, השאלה הופכת רלבנטית. שכן, אם הובהר למועסק שאין מקור תקציבי להעסיק אותו בשכר, או שאין צורך בעבודתו שיצדיק תשלום, והוא בכל זאת מבקש לבצע את העבודה להנאתו, יש בכך כדי להעיד על התנדבות אותנטית.¹⁹⁷ קחו למשל שופט בדימוס, שמבקש ללמד קורס כמורה מן החוץ באוניברסיטה. נאמר לו שאין תקציב לכך, אבל האוניברסיטה תשמח להציע קורס בחירה נוסף, מעבר למכסה הרגילה, אם השופט מעוניין ללמד בהתנדבות. לדעתי במקרים כאלה מדובר בהתנדבות אותנטית ולגיטימית. יש להבחין זאת ממקרה שבו בעל מקצוע מעוניין להיות קשור עם מוסד מסוים בשל היוקרה והתועלת המקצועית, ומוכן לעבוד בשל כך בחינם – דוגמא שתיכנס תחת הקבוצה הקודמת (התנדבות לצורך קידום עצמי, שאינה התנדבות אותנטית לטענתם).¹⁹⁸

ברוח זו הוכרו בפסיקה כמתנדבים עוזרת אדמיניסטרטיבית בתאטרון קהילתי לא-מסחרי, שכלל הצוות בו הורכב ממתנדבים;¹⁹⁹ שחקן כדורגל בליגה א' שנתפסת כליגת חובבים;²⁰⁰ קריין חדשות ברדיו, שביקש לעשות זאת כתחביב, בהיקף מצומצם (בניגוד לשדרן רדיו אחר,

¹⁹⁵ סע"ש (אזורי ת"א) 51499-04-15 יפה ורשבסקי – רדיו ללא הפסקה בע"מ (פורסם בנבו, 11.10.2018)

¹⁹⁶ עב' (אזורי ב"ש) 1913/02 יהונתן צברי – א.ת.י. אשקלון תעשיות ידע ניהול ואחזקות חממה בע"מ (פורסם בנבו, 23.11.2005), פסקה 90.

¹⁹⁷ ע"ע (ארצי) 10083-03-16 יעקב אקסנוב – העמותה לקידום הספורט בנצרת עילית (פורסם בנבו, 5.6.2017);

¹⁹⁸ סע"ש (אזורי ת"א) 11343-08-15 רועי רון – גליצה"ל (פורסם בנבו, 26.08.2018), בפסקה 12.

כך, למשל, בארצות הברית קיימת תופעה של מרצים שמוכנים לקבל משרה (חלקית) באוניברסיטה יוקרתית ללא שכר, כאשר התפיסה של אותה האוניברסיטה היא כי עצם השיוך הפורמלי למוסד הוא הטבה בפני עצמה, מבחינת אפשרויות לקידום מקצועי. ראו *Anemona Hartocollis, Help Wanted: Adjunct Professor, Must Have Doctorate. Salary: \$0*, NEW YORK TIMES Apr. 6, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/04/06/us/ucla-adjunct-professor-salary.html>

¹⁹⁹ ע"ע (ארצי) 1270/00 אהובה (אגי) פרידמן – אליעזר הוז, פד"ע לה 39 (2002).

²⁰⁰ סע"ש (אזורי ב"ש) 47986-12-16 אבישי בניטח – מכבי העמותה לקידום הספורט בקריית גת (פורסם בנבו, 3.10.2018).

שהועסק בהיקף משמעותי, וכן הוכיח כי הובטח לו שכר);²⁰¹ רכזת במטה מפלגה לקראת בחירות עירוניות, שהיתה גם מועמדת ברשימת אותה מפלגה;²⁰² ומנהל קבוצת דיון באינטרנט, במסגרת אתר "וואלה קהילות".²⁰³ בכל המקרים האלה התביעות לזכויות מכוח דיני העבודה נדחו. לגבי נציבים בתעשיית הקולנוע/טלוויזיה, נפסק כי הם עשויים להיחשב מתנדבים או עובדים, כתלות בנסיבותיו של כל מקרה.²⁰⁴

מספר מקרים נוספים, שעסקו בבעלי תפקידים בקבוצות כדורסל, חושפים חוסר אחידות מסוימת בפסיקה של בתי הדין האזוריים. לגבי עוזר מאמן בקבוצת כדורסל נשים בליגת העל, שטען כי הובטח לו שכר, אמנם הטענה לא הוכחה אך הוא הוכר כעובד, לאחר שבית הדין קבע כי "כאשר הוכחה עבודה סדירה, עובר הנטל הראייתי אל הטוען כי מדובר בהתנדבות בלבד", ונטל זה לא הורם.²⁰⁵ נימוק זה לא הופיע בשני מקרים אחרים, שגם בהם הוכחה עבודה סדירה. כך, לגבי מנהל בקבוצת כדורסל שעבד ללא תשלום נפסק שעשה זאת בהתנדבות מאחר שהיה "אוהד שרוף" של הקבוצה, זאת למרות עבודה בהיקף גדול ולמרות שהקבוצה העסיקה גם מנהלים בשכר ונוהלה כעסק לכל דבר.²⁰⁶ גם לגבי רופאה של קבוצת כדורסל בליגת העל, שהגיעה לכל המשחקים ונתנה סיוע שוטף לשחקנים אולם לא קיבלה שכר למרות שביקשה זאת מעת לעת, נפסק שהיא היתה מתנדבת – לדעתי באופן שלא נתן משקל מספיק לעובדה שמדובר בתפקיד הכרחי בקבוצה, כאשר ללא עבודתה של אותה רופאה היה על הקבוצה להתקשר עם רופא אחר.²⁰⁷ בשני המקרים האחרונים דומה שהכרה ביחסי התנדבות פותחת פתח לניצול מצד המעסיק.

סיבה רביעית ואחרונה לכך שעובד מוכן לעתים לעבוד ללא שכר היא כחלק מהסדר רחב יותר שממנו הוא נהנה. כך, למשל, התעוררה שאלה לגבי אדם שניתנה לו אפשרות להתגורר ללא תשלום בשטח של כנסייה, ובתמורה הוא התבקש לשמור על בית העלמין הצמוד לכנסייה ולדאוג לניקיונו.²⁰⁸ אילו היה מדובר בעבודה בהיקף משמעותי, כאשר שכר הדירה מקוּוּז משכר העבודה, אזי ברור שמדובר ביחסי עובד-מעסיק לכל דבר (וההסדר מנוגד לחוק הגנת השכר שקובע חובת תשלום במזומן). אולם עובדות המקרה היו כאלה שהאפשרות להתגורר בדירה ניתנה לתובע כסיוע מהכנסייה, מאחר שהיה מחוסר דיור. הוא התבקש לתת מזמנו לטובת הכנסייה מנגד, אבל היקף העבודה שהוטל עליו היה נמוך ולא היה פיקוח על כך. בפסק הדין נדחתה טענת התובע כי מדובר ביחסי עבודה. בית הדין לא ניתח את המקרה דרך משקפיים של התנדבות, אלא באמצעות מבחן "המטרה העיקרית". בפרק א' הראיתי כי מבחן סף זה, אשר הופיע במספר פסקי דין, בוטל למעשה בפסיקה חדשה יותר. עם זאת, לא ברור

²⁰¹ ראו סע"ש (אזורי ת"א) 11343-08-15 רועי רון – גלי צה"ל (פורסם בנבו, 26.08.2018), ומנגד ראו עב' (אזורי ת"א) 5666/02 איציק אבל – רדיו אפ. א.ם. השפלה בע"מ (פורסם בנבו, 06.01.2005).

²⁰² עב' (אזורי ת"א) 7309/02 ד"ר מוסקוביץ שלומית – עזובן המנוח מקסים לוי ז"ל (פורסם בנבו, 11.01.2007).

²⁰³ עב' (אזורי ב"ש) 1923/06 ד"ר דוד יששכרי – חברת וואלה! תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 16.06.2009).

²⁰⁴ דמ"ש (אזורי ת"א) 1555-10 עמית זילברג – במרום הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 24.05.2013).

²⁰⁵ ס"ע (אזורי ת"א) 1193-03-14 ירון בצלאל – מתנ"ס תל כביר-מכבי (פורסם בנבו, 17.01.2016), בפסקה 6.

²⁰⁶ ס"ע (אזורי ת"א) 37499-04-11 שרון פנאן – חברת מועדון הכדורסל מכבי תל-אביב (1995) בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2015). ייתכן שההכרעה באותו מקרה קשורה לעובדה שהמנהל היה גם בעל מניות בחברה ו/או לעובדה שהוא מעולם לא העלה בעצמו טענה של יחסי עבודה – התביעה הוגשה לאחר מותו על-ידי העיזבון.

²⁰⁷ סע"ש (ב"ש) 17332-09-19 הלית נקר – מועדון כדורסל אילת 2016 בע"מ (פורסם בנבו, 28.3.2022).

²⁰⁸ סע"ש (אזורי חי') 17345-03-13 עזאם עודה מלשה – מנהלת הכנסיה המארונית (פורסם בנבו, 08.02.2015).

אם ביטול זה חל גם על המרכיב של המבחן שבוחן אם העבודה היא "מטרה בפני עצמה", להבדיל מ"תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת".²⁰⁹ זהו המבחן שיושם במקרה הנוכחי: פסק הדין קבע כי העבודה של שמירה על בית העלמין וניקיונו היתה נלווית למטרה העיקרית של מתן סיוע לתובע. לדעתי לא ניתן להצדיק את מבחן ה"מטרה בפני עצמה"; אדון בכך בסעיף הבא. בהקשר הנוכחי, די בכך שהוא לא התיימר להכריע אם מדובר בהתנדבות אותנטית. ניתן לקבל שלילת זכויות מדיני העבודה אם נפרש את מרכיב העבודה בהסדר הרחב כהתנדבות אותנטית: אם נניח שהתובע מכיר תודה על הסיוע שניתן לו, וגומל על כך בהתנדבות לטובת הכנסיה. מנגד, ככל שמדובר במחויבות נוקשה יותר לבצע עבודה, אזי צריכים לחול דיני העבודה. אין לאפשר שלילת זכויות של "עובד" בעסקאות של עבודה כנגד תמורה חלופית שאינה שכר.²¹⁰

6. חברי אגודה שיתופית וקיבוץ

הפסיקה בהקשר של אגודות שיתופיות דומה למדי לזו שעסקה בשותפויות, אולם עם דגש שונה, שבגללו הדיון בה במאמר הנוכחי נפרד. כפי שנאמר לעיל,²¹¹ שני נימוקים שימשו בפסיקה להחרגת שותפים מיחסי עובד-מעסיק: השותף הוא גם בעלים ולא יכול להיות מעסיק של עצמו; והעבודה אינה מטרה בפני עצמה אלא נלווית למטרה אחרת. אם בהקשר של שותפים ההתמקדות היתה במרבית המקרים בנימוק הראשון, הרי בהקשר של אגודות שיתופיות ניתן משקל עיקרי ל"מבחן המטרה בפני עצמה".²¹² כהמשך ישיר למבחן זה התקבעה התפיסה לפיה באגודה שיתופית אדם "עובד משום שהוא חבר, והוא חבר משום שהוא עובד".²¹³ העבודה אינה העיקר, אלא נלווית לחברות; וכתוצאה מכך חבר באגודה שיתופית שכחלק מחברותו עובד עבור האגודה, אינו זכאי לפי הפסיקה לזכויות של עובד.²¹⁴ ניתן לומר שלפי גישה זו, בגלל שעבודה נלווית לחברות, שהיא ה"עיקר", העבודה אינה מזכה בתמורה.

כבר עמדתי לעיל על הקשיים עם מבחן "המטרה העיקרית" באופן כללי, ואף הראיתי שהוא בוטל למעשה בפסק הדין החדש בעניין חיים זר.²¹⁵ עם זאת, בהקשר הנוכחי מדובר בהיבט נפרד של אותו מבחן, שלא נדון בפרשת זר, והוא הבחנה בין מטרה (עיקרית) שהיא

²⁰⁹ דב"ע (ארצי) לד/3-60 עזבון בלה ורי המנוח – לאורווי בע"מ, פד"ע 10, 13 (1974).
²¹⁰ והשוו לריסטיטמנט האמריקאי, שמתאר את הדין בארה"ב, לפיו בנסבות בהן ניתנת תמורה, גם כזו שאינה כספית וגם אם היא ניתנת על-ידי צד שלישי, לא מדובר בהתנדבות (AMERICAN LAW INSTITUTE), הערה 18 לעיל, בעמ' 21.

²¹¹ ראו פרק א' סעיף 6.

²¹² דב"ע (ארצי) לד/3-60 עזבון בלה ורי המנוח – לאורווי בע"מ, פד"ע 10, 13 (1974).

²¹³ דב"ע (ארצי) לו/3-70 המוסד לביטוח לאומי – יעקב מירמי, פד"ע ח 371, 374 (1977); צוטט בהסכמה גם על-ידי בית המשפט העליון (ע"א 4114/90 אברהם בן שושן נ' כריכיה קואופרטיבית בע"מ, פ"ד מ"ח (1) 415, 424 (1993)).

²¹⁴ ע"א 431/72 בית שאן מאפיה קואופרטיבית נ' חנה ומרדכי פיירשטיין, פ"ד כו(2) 66 (1973); דב"ע (ארצי) לח/3-20 הפועל מחוז תל-אביב – משה מורדכוביץ, פד"ע י 102 (1979); ע"א 4114/90 אברהם בן שושן נ' כריכיה קואופרטיבית בע"מ, פ"ד מ"ח (1) 415 (1993). לסקירת פסיקה נוספת בנושא ראו סמדר אוטולנגי "מעמד חבר אגודה שיתופית כעובד האגודה" שנתון משפט העבודה ב 31 (1991).

²¹⁵ ראו בסעיף 2 בפרק זה, לעיל.

עצמאית – מטרה בפני עצמה – לביצוע עבודה, מחד, לעבודה שאינה אלא נלווית למטרה אחרת, מאידך. לדעתי ישנם מספר קשיים בשימוש במבחן זה. ראשית, ככל שמדובר בעסק קטן, לעיתים העבודה חשובה לא פחות מהשקעת ההון, וניתן להניח שעבור השותפים או חברי האגודה השיתופית המרכיב של העבודה הוא עניין עיקרי ומשמעותי ולא ספח נלווה. שנית, לפי מבחן זה אין הבדל בין אגודה שיתופית של אנשים בודדים לבין אגודה של מאות או אלפי אנשים; הבחנה אשר כפי שהובהר בהקשר של שותפויות היא בעלת חשיבות שלישית, וחשוב מכל, לא ברור מדוע זיהוי העבודה כ"מטרה בפני עצמה" הוא בעל חשיבות מנקודת המבט של הגשמת תכלית דיני העבודה. אם אדם משקיע את מירב זמנו בעבודה בעסק שבו הוא שותף, וזהו המקור העיקרי של פרנסתו, הוא עשוי להיות זקוק להגנה של דיני העבודה – ולעניין זה אין שום חשיבות לשאלה אם העבודה היא מטרה בפני עצמה או לא. גם אם העבודה נלווית להיבט אחר של יחסים בין הצדדים, מדוע שלא ישולם שכר בגינה ויינתנו שאר הזכויות של דיני העבודה? טענתי היא, על כן, שמבחן סף זה (ככל שהוא עדיין בתוקף) אינו תואם את תכליות דיני העבודה. לשון אחר, העובדה שאדם "עובד משום שהוא חבר"²¹⁶ אינה מהווה לדעתי הצדקה לשלול ממנו זכויות והגנות של דיני העבודה. אמנם, לפי הפסיקה אין מניעה שלצד החברות באגודה (ובנפרד ממנה) יסכימו הצדדים על חוזה עבודה – זאת כאשר עצם החברות באגודה לא מחייבת את החבר לעבוד עבורה.²¹⁷ אבל באגודה שיתופית שבה החברים מצופים לעבוד – בין אם מדובר בקואופרטיב יצרני או בקיבוץ – עבודה זו אינה נחשבת כיוצרת יחסי עובד-מעסיק לפי הדין המצוי.

אם תתקבל הביקורת שלי על מבחן המטרה בפני עצמה, עדיין אין משמעות הדבר כי חברים באגודה שיתופית שעובדים במסגרתה ייחשבו בהכרח עובדים. בדומה לשותפויות, הניתוח הנדרש מבחין בין אגודות קטנות לגדולות. כך, למשל, בפרשת המאפיה הקואופרטיבית בבית שאן התאחדו מספר אנשים באגודה שיתופית קטנה לצורך הפעלת מאפיה, כאשר כל חבר באגודה חויב לעבוד במאפיה בתפקיד כלשהו וכולם קיבלו נתח זהה מהרווחים.²¹⁸ בדומה לכך, פרשת בן שושן עסקה באגודה שיתופית בשם כריכיה קואופרטיבית בע"מ, שכללה ארבעה חברים שכולם עבדו בכריכיה.²¹⁹ בשני המקרים, הטענה שחברי האגודה היו עובדים שלה נדחתה.²²⁰ אולם נראה שההצדקה לכך היא שמדובר למעשה בחיבור עסקי בין מספר בעלים, שבמקום להקים עסק עצמאי לבד (כקבלנים

²¹⁶ הערה 213 לעיל.

²¹⁷ ראו פסקי הדין בהערה 214 לעיל. כך, למשל, במקרה שבו חבר מושב (אגודה שיתופית) עבד כגזבר, בית הדין הגיע למסקנה שביצע זאת לא מתוקף חובותיו כחבר אגודה, אלא היה עובד של האגודה לצד היותו חבר בה (דב"ע (ארצי) נד/3-246 משה אהרונוביץ – ערוגות מושב עובדים, פד"ע כח 481 (1995)). יש לציין כי ב-דב"ע (ארצי) לו/3-70 המוסד לביטוח לאומי – יעקב מירמי, פד"ע ח 371, 374 (1977) בית הדין שלל את האפשרות ליחסי עבודה שמקבילים לחברות כאשר מדובר באגודה יצרנית, להבדיל מאגודות אחרות, אולם בית המשפט העליון הבהיר לאחר מכן שחריגים ייתכנו גם באגודה יצרנית (ע"א 4114/90 אברהם בן שושן נ' כריכיה קואופרטיבית בע"מ, פ"ד מ"ח (1) 415, 424 (1993)).

²¹⁸ ע"א 431/72 בית שאן מאפיה קואופרטיבית נ' חנה ומרדכי פיירשטיין, פ"ד כז (2) 66 (1973).

²¹⁹ ע"א 4114/90 אברהם בן שושן נ' כריכיה קואופרטיבית בע"מ, פ"ד מ"ח (1) 415 (1993).

²²⁰ מעניין לציין שהחברים עצמם לא תבעו את האגודה. בפרשת בית שאן התובע היה העובד של החבר. בפרשת בן שושן התביעה היתה בעיקרה כנגד חברת הביטוח, ונגעה לתאונת עבודה בכריכיה.

עצמאיים), עשו זאת במשותף עם אחרים.²²¹ בדומה לניתוח שנעשה בפרק א' לעיל לגבי שותפות קטנה, חברי האגודה הם במקרה כזה בעלים של העסק, מהותית ולא רק פורמלית; הם אינם "עובדים עבור הזולת" ולכן אינם עובדים. בדומה לכך, כאשר מדובר באגודה שיתופית גדולה עם חברים רבים (כפי שהיתה, למשל, "אגד"), מתאים הניתוח שנעשה בפרק א' לגבי שותפות גדולה. כלומר, לדעתי במקרים של אגודה שיתופית גדולה אין לשלול במסגרת מבחן סף את האפשרות שהחברים יוכרו כעובדים, אלא להתקדם לבחינת קיומם של כפיפות ותלות בהתאם למבחן המעורב. מאחר שבאגודה שיתופית גדולה כוחו של כל חבר להשפיע על תנאי העבודה אינו רב, וניתן להניח שהוא כפוף למנהלים לפחות בהקשרים מסוימים, הגיוני שיחולו לפחות חלק מדיני העבודה, גם אם לא כולם.²²²

קיבוצים מאוגדים כאגודות שיתופיות, אבל מצריכים התייחסות נפרדת. בפסיקה הוחלו על חברי קיבוץ הכללים הרגילים שפותחו לגבי אגודות שיתופיות, ובהתאם, בתי הדין סירבו להכיר בחברי קיבוץ כעובדים של הקיבוץ,²²³ גם בנסיבות שבהן החבר "הושאל" לחברה חיצונית,²²⁴ ואפילו כשמדובר ב"קיבוץ מתחדש" שבו הכנסה דיפרנציאלית.²²⁵ כל זאת, בהנחה שהעבודה שבה מדובר היא עבודה שאותו אדם נדרש לעשות בשל היותו חבר בקיבוץ, ולא עבודה נפרדת/נוספת.²²⁶ אף שרעיון העבודה הנלווית לחברות הוזכר גם בהקשר זה, למעשה נראה שעמד נימוק נוסף ומרכזי אחר בבסיס הפסיקה. כדברי בית הדין הארצי, "לדעתנו דומים היחסים בין 'חבר' קיבוץ העובד בקיבוץ לבין 'הקיבוץ' במהותם ליחסים שבין בני משפחה. אלה כאלה עוסקים בביצוע מטלות הנדרשות למימוש הצרכים (צורכי הקיבוץ או צורכי המשפחה) ו'התמורה' היא סיפוק צורכיהם השוטפים, לפי היכולת הכלכלית (של הקיבוץ או של המשפחה). לכן, אלה כאלה, לא 'עובדים' יחשבו."²²⁷ שאלה היא, האם

²²¹ כדברי השופט זוסמן, מייסדי הקואופרטיב הראשון "לא עשו כן כדי להמיר בבוא הזמן מעביד במעביד אחר, אלא כדי להקים, בכוחות משותפים, משטר של אי-תלות בזולת" (ע"א 431/72 בית שאן מאפיה קואופרטיבית נ' חנה ומרדכי פירשטיין, פ"ד כז(2) 66, 72 (1973)). מבחינת המציאות בפועל, תיאור זה נראה מדויק לגבי אגודות שיתופיות קטנות.

²²² יצוין כי בחלק מפסקי הדין נימוק נוסף לשלילת יחסי עבודה היה העובדה שמספר חוקי עבודה כוללים הרחבת הגנה גם לחברי אגודות שיתופיות (ראו, למשל, חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, סעיף 18; לסקירת חוקים נוספים ראו אוטולנגי, הערה 214 לעיל). בתי הדין ראו בכך, לעיתים, הסדר שלילי (ראו למשל, דב"ע (ארצי) לח/3-20 הפועל מחוז תל-אביב – משה מורדכוניץ, פד"ע י 102, 113 (1979)). תפיסה זו נדחתה, בצדק לדעתי, ב-ע"א 4114/90 אברהם בן שושן נ' כריכיה קואופרטיבית בע"מ, פ"ד מ"ח (1) 415, 425 (1993).

²²³ ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 1501/04 אמיר בונה – פלסים אביזרים בע"מ (פורסם בנבו, 9.1.2005).

²²⁴ ע"ע (ארצי) 1091/04 מיכה רו – מ.ב. תשלובת בניה של הקיבוץ הארצי, פד"ע מ 836 (2005). יש לציין כי באותו מקרה, אף שנפסק כי חבר הקיבוץ אינו עובד לכל דבר ועניין, נקבע כי חלק מחוקי העבודה חלים עליו.

²²⁵ ע"ע (ארצי) 23086-05-13 דגי תל יוסף – אבי בן אהרון (פורסם בנבו, 3.12.2013); עתירה לבג"צ נדחתה, אם כי פסק-הדין של בג"צ כולל דיון מפורט יותר וכן ביקורת על המצב הנוכחי (בג"ץ 2037/14 אבי בן אהרון נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 6.7.2016)).

²²⁶ ע"ע (ארצי) 1501/04 אמיר בונה – פלסים אביזרים בע"מ (פורסם בנבו, 09.01.2005), פסק-דינו של הנשיא אדלר.

²²⁷ ע"ע (ארצי) 1530/04 חנה רייק-גולדשמידט – קיבוץ איילון (פורסם בנבו, 20.12.2005), פסקה 13.

מאפיינים אלה עודם נכונים גם ב"קיבוץ מתחדש"²²⁸. בית המשפט העליון הכיר בכך שחלו שינויים משמעותיים, אך סבר כי עדיין מתקיימים בקיבוץ המתחדש "חלקים חשובים מיסודות הקיבוץ"²²⁹. לאור זאת, סירב לשנות את ההלכה, והסתפק בקריאה למחוקק להתאים את הדין למציאות החדשה.

במשפחה – לפחות כזו המתגוררת במשק בית משותף – ניתן לומר כי ישנה ציפייה שכל אחד מבני המשפחה יתרום לפי יכולתו, ומנגד המשפחה דואגת לו לצרכיו. בנסיבות כאלה הגיוני לומר שעבודה עבור המשפחה אינה מזכה בתמורה, וניתן לנמק זאת בהעדר כוונה ליצור התקשרות משפטית לגבי ביצוע העבודה. ככלל, יש להתייחס בחשדנות רבה לטענה שמעלה הגורם הנהנה מהעבודה, לפיה מבצע העבודה כמוהו כ"משפחה" ולכן אינו זכאי לתמורה או לזכויות אחרות – שכן יש בכך חשש לניצול.²³⁰ למרות זאת, ככל שמדובר בקיבוץ המסורתי ובעבודה בתוך משק הקיבוץ נראה שיש בסיס לטענה כזו. לעומת זאת, כאשר מדובר בעבודה ב"השאלה" למעסיקים פרטיים מחוץ לקיבוץ, או בעבודה במפעל ששייך לקיבוץ ומנוהל כיחידה חיצונית (ב"קיבוץ מתחדש"), ההקבלה למשפחה הולכת ומתרחקת. לדעתי ראוי בנסיבות כאלה להימנע משלילת זכויות עבודה באופן גורף באמצעות מבחן סף. תחת זאת יש לבחון בכל מקרה לגופו את המידה שבה החבר מצוי ביחסים של כפיפות ותלות, ובהתאמה לאפשר לו ליהנות לפחות מחלק מדיני העבודה, גם אם לא מכולם.

7. סיכום

מטרתו של פרק זה היתה לרכז את כל אותם מצבים שבהם ניתן לומר (או שנטען בפסיקה) שאדם שמבצע עבודה עבור הזולת אינו זכאי לתמורה בגינה. ניתוח של הפסיקה דרך משקפי הדין הראוי הוביל אותי לשלושה מבחני משנה שכל אחד מהם יכול להוביל לקביעה שאדם אינו זכאי לתמורה על עבודתו: מדובר בהתנדבות אותנטית (עם הצעה למבחני עזר כיצד לקבוע זאת); מדובר בעבודה שנכפתה על המעסיק בניגוד לרצונו (סיטואציה נדירה); ונעדרת כוונה של הצדדים ליצור התקשרות משפטית מחייבת. רשימה זו אינה בהכרח סגורה אבל כמדומני היא מכסה את כל המצבים שנדונו עד כה בפסיקה ובהם שלילת סטטוס של עובד היתה מוצדקת. המקרה המורכב ביותר הוא התנדבות, ועבורו הצעתי כמבחן עזר לשאול מהי המוטיבציה של המועסק לבצע את העבודה בחינם, תוך הבחנה בין מספר מצבים: התנדבות תוכר כאותנטית (ואינה מזכה בתמורה) כאשר היא מבוצעת ממטרות אלטרואיסטיות לטובת גוף שאינו למטרת רווח; וכך כאשר היא מבוצעת להנאתו של המועסק, כתחביב, ולא באה במקומו של עובד שהיה מועסק בשכר לולא אותו מתנדב. מנגד, טענתי כי אין להכיר בהתנדבות כאותנטית כאשר אדם עובד ללא תמורה מתוך שאיפה לקידום עצמי, או כחלק מהסדר כולל שבו הוא "מתנדב" כנגד תמורה כלשהי שאינה כספית.

²²⁸ לטענה לפיה "ערכים כמו אחווה הדדית – אחד בשביל כולם וכולם בשביל אחד עברו, במידה רבה, מן העולם", וקריאה להכיר בחברי קיבוץ כעובדים, ראו שלומית יניסקי-רביד ומירב שמחיוף משהיוף "חשיבה מחדש של יחסי עובד מעסיק בקיבוץ המתחדש ובכלל" אוטוריטה גיליון 1 עמ' 13 (2016).

²²⁹ בג"ץ 2037/14 אבי בן אהרון נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 6.7.2016), פסקה כה.
²³⁰ ראו למשל, בהקשר של עובדת סיעוד, ע"ע (ארצי) 1113/02 יוהאנה טודוראנג'אן – מעיין צביה (פורסם בנבו, 25.1.2004), פסקה 16 לפסק-דינה של השופטת ברק; ובהקשר של "אופר", ע"ע (ארצי) 300333/97 עליזה ואברהם כהן – רמונה קבורה, פד"ע לז 755 (2002).

לצד המבחנים שהצעתי, חלק לא מבוטל מהפרק הוקדש לדיון במבחנים אחרים שהופיעו בפסיקה. תמכתי בהחלטת הפסיקה לבטל את מבחן הקשר החוזי, שלמעשה שימש כדי להדיר מדיני העבודה עובדים מכוח "מעמד", ללא קשר לצורך שלהם בהגנת אותם דינים. הראיתי שלמרות ביטולו של המבחן, נותרו לו עדיין "ספחים" משמעותיים בפסיקה, בשלושה מובנים: ראשית, המשך החרגתם של אנשי צבא קבע, שופטים ודירקטורים, ללא הצדקה. שנית, דרישת וולונטריות מצד העובד, שמובאת בפסיקה אבל באופן סימבולי בלבד ולדעתי אינה מוצדקת כמבחן סף כאשר אותו עובד תובע את זכויותיו. שלישית, אימוץ מבחן של "כוונה לשלול יחסי עבודה", שטענתי כי אינו מוצדק, וראוי להבין אותו באופן צר יותר כמבחן של כוונה להתקשרות משפטית מחייבת. בנוסף לספיחי מבחן הקשר החוזי עמדת גם על מבחן העבודה כ"מטרה בפני עצמה" שהופיע בפסיקה במספר הקשרים, וטענתי שאינו תואם את תכליות דיני העבודה ולכן גם הוא אינו ניתן להצדקה.

ג. קשר אישי

כאמור עד כה, כדי שאדם יוכל להיחשב "עובד" במובן של דיני העבודה, עליו לבצע עבודה עבור הזולת, שמזכה בתמורה. בכך לא די; דרישת סף שלישית (ואחרונה) היא שהעבודה מבוצעת באופן אישי. באחד מפסקי הדין הראשונים שנתן בית הדין הארצי לעבודה – בפרשת **רון שמואל** – עמד בית הדין על כך שדרישת הקשר האישי היא "יסוד היסודות" של היחסים בין עובד למעסיק ואף עומדת בבסיס "זכות קיומו של משפט העבודה כמשפט בפני עצמו". הסיבה לכך היא שהאדם עצמו הוא "הן הנושא והן הנשוא" של ההתחייבות לעבוד. לדברי בית הדין, זהו עקרון יסוד של דיני העבודה.²³¹ פסק הדין סוקר את חשיבות העיקרון במספר שיטות משפט נוספות, ועומד על הקשר ההדוק בינו לבין התפיסה לפיה "העבודה אינה מצרך".²³² למעשה, חלק מההגנות שמקנים דיני העבודה – בפרט, הגנות שקשורות לתשלומים (כמו שכר מינימום, הגנת השכר, או פיצויי פיטורים) – רלבנטיות גם לעסקים קטנים. גם עבורם יש חשיבות להגנות כאלה או לפחות הגנות דומות להן. אבל התפיסה המקובלת הינה כי שכר מינימום אינו רק מכשיר חלוקתי, אלא גם כלי להגנה על כבוד האדם.²³³ כמו כן, לגבי חלק ניכר מדיני העבודה, ההגנות נדרשות במפורש בשל ההיבט האישי-אנושי, כלומר העובדה שמדובר באדם שמוכר (או משכיר) חלק "מעצמו" (את כוח העבודה) ולא בעסקה מסחרית רגילה. כך למשל לגבי חוקים אשר עוסקים בשעות עבודה ומנוחה, חופשות, הגנה בהקשר של הריון ולידה, הגנה מפני פיטורים מפלים, הגנות על פרטיות ועוד. לכן, גם אם יש מקום להרחיב תחולה של חלק מהחוקים אף למקרים שבהם דרישת הקשר האישי אינה מתקיימת, דיני העבודה כמכלול בהחלט מתבססים על קיום יחסי

²³¹ דב"ע (ארצי) ל/3-1 רון שמואל – נציגות הבית המשותף ברחוב הפורצים 3 ירושלים, פד"ע א 42, 53 (1970).

²³² שם. העקרון שלפיו "Labour is Not a Commodity" מופיע בהצהרת פילדלפיה של ארגון העבודה הבינלאומי: Declaration of Philadelphia art I(a).

²³³ Guy Davidov, *A Purposive Interpretation of the National Minimum Wage Act*, 72 MODERN L. REV. 581 (2009).

עובד-מעסיק קקשר אישי.²³⁴ חשוב להבהיר, כי קיומו של קשר אישי אינו תנאי מספיק כדי להפוך מועסק ל"עובד", שכן גם קבלנים עצמאיים לעיתים מחויבים לבצע עבודה באופן אישי. מדובר במבחן סף שלאחריו יש ליישם את המבחן המעורב. אולם העדרו של קשר אישי שולל את האפשרות להיותו של אדם עובד.

בפרשת רון שמואל הבהיר בית הדין כי את העבודה יש לבצע "ככלל" באופן אישי; היעזרות יוצאת דופן במקרים חריגים בעובד נוסף אין משמעה שדרישת הקשר האישי לא מתקיימת. אבל עצם החובה לבצע את הרוב המכריע של העבודה באופן אישי היא תנאי הכרחי, אף שכמובן לא מספיק, לקיום יחסי עבודה.²³⁵ לשון אחר, מדובר ב"מבחן לשלילה",²³⁶ או בניסוח שבחתי במאמר זה, מבחן סף. במשך השנים שלאחר מכן, לעיתים בתי הדין לא הקפידו בעת הצגת הדברים על ההבחנה בין מבחן סף (דרישה הכרחית) לבין שורת הסממנים שנבחנת לאחר מכן, והציגו את מבחן הקשר האישי כחלק מהמבחן המעורב.²³⁷ אולם מבחינת אופן היישום, במרבית המקרים ניתן לזהות הבנה של קשר אישי כדרישת סף.

יודגש כי שאלת הקשר האישי צריכה להיבחן לפי אופי ההתקשרות בפועל; אין מקום לתת משקל לסעיף בחוזה שמתיר למועסק לשלוח אדם אחר במקומו, אם אין לכך ביטוי באופן שבו ההסכם מיושם במציאות. הרי ברור שמעסיקים יכולים בקלות רבה להכניס לכל חוזה substitution clause (אם לאמץ את המונח הבריטי), גם בנסיבות שבהן ברור לשני הצדדים שאין כוונה או אפשרות מעשית למועסק לשלוח מחליפים. כבריטניה היתה בעבר נטייה לייחס חשיבות לסעיפים מעין אלה, דבר שעורר ביקורת רבה; כיום מגמת הפסיקה שם

²³⁴ להרחבה בעניין דרישת הקשר האישי ראו FREEDLAND AND KOUNTOURIS, הערה 179 לעיל, בעמ' 369 ואילך; DAVIDOV, הערה 1 לעיל, בעמ' 124-6. לדיון בצמצום הפערים בדין החל על עובדים ועל קבלנים עצמאיים, בהקשר ספציפי של חובת תום-הלב (אבל שניתן להרחיב אותו גם להקשרים אחרים), ראו Douglas Brodie, *Fair Dealing and the World of Work*, 43 INDUSTRIAL L.J. 29 (2014). להוראות שמקנות לקבלן עצמאי זכות להודעה מוקדמת ממושכת וכן לפיצוי בסיום היחסים, בדומה (במידה מסוימת) לעובד, ראו חוק חוזה סוכנות (סוכן מסחרי וספק), התשע"ב-2012.

²³⁵ וראו דב"ע (ארצי) לט/3-112 שמואל זבורובסקי – אגודת בית הכנסת הגדול ע"ש גבורי ישראל, פד"ע יא 309, 315 (1980) ("התנאי הראשון ליחסי עובד-מעביד – התנאי שבלעדיו, בכפוף ליוצאים מהכלל נדירים ביותר, אין – הוא, שהחובה בעבודה אישית היא, היינו שאת הפעולה שבה מדובר מבצע הצד השני אישית ולא באמצעות אחר"). להבהרת העובדה שלא מדובר בתנאי מספיק ראו דב"ע (ארצי) מב/3-123 תחיה סגל – רחל גור, פד"ע יד 190 (1983).

²³⁶ פרשת בירגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 182 (1971); דב"ע (ארצי) לג/0-177 מאיר מושקוביץ – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע ה 79, 83 (1973).

²³⁷ ראו למשל דב"ע (ארצי) לג/30-0 המוסד לביטוח לאומי – אבא כהן, פד"ע ד 393 (1973); ע"ע (ארצי) 300021/98 זאב טריינין – מיכה חריש, פד"ע לז 433 (2002). גם גולדברג, לעיל ה"ש 2, וזמיר, לעיל ה"ש 2, מציגים את הקשר האישי כאחד הסממנים. גם במדינות אחרות לעיתים מתייחסים לקשר אישי כאחד ברשימת המבחנים, כפי שמשתקף מהמלצת ארגון העבודה הבינלאומי בנושא זיהוי יחסי עובד-מעסיק (ראו ILO Employment Relationships Recommendation, 2006 (no. 198), בסעיף 13). אולם דומה שמבחינה מעשית נהוג להתייחס לקשר אישי כדרישה מחייבת, ובחלק מהמדינות גם נאמר כך במפורש (ראו למשל באנגליה, Employment Rights Act 1996, s 230).

שונה, והפתח להתחמקות צומצם משמעותית.²³⁸ גם בישראל היו מקרים שבהם ניתן משקל לא מוצדק לאמירות כאלה בחוזה.²³⁹ השאלה הרלבנטית אינה מה כתוב בחוזה, אלא האם הלכה למעשה העבודה מבוצעת "בעיקרה" או ברובה המכריע (predominantly) באופן אישי על-ידי המועסק.²⁴⁰ לחלופין ניתן גם לשאול, האם המרכיב של השירות האישי הוא "היבט דומיננטי" (dominant feature) של ההתקשרות.²⁴¹

מהי העזרות באחר שאינה שוללת את הקשר האישי? בפרשת רון שמואל דובר בגנן, שטיפל פעמיים בשבוע בגינה של בית משותף, במקביל להתקשרות דומה מול מספר ועדי בתים נוספים. ככלל הגנן ביצע את העבודה בעצמו, בכפוף לשני חריגים. ראשית, מעת לעת כאשר היה צורך לזבל את הגינה, הוא נעזר בפועל נוסף ושילם את שכרו. שנית, כאשר הוא נקרא לשירות מילואים, הוא דאג בעצמו למחליף ושילם את שכרו. בית הדין לא ייחס משקל להיעזרות החריגה בפועל נוסף לצורך זיבול הגינה. לעומת זאת, המקרה של שירות המילואים נתפס על-ידי בית הדין אחרת.²⁴² התובע עצמו הסביר כי הוא דאג למחליף בתקופות של מילואים כי לא רצה לאבד את עבודתו; אולם בית הדין עמד על ההגנות שמקנה הדין למשורתיים במילואים, אשר אוסרות לפטר אותם בשל כך, והסיק כי לא היה חשש אמיתי מצד הגנן. תחת זאת, העובדה שראה צורך לדאוג למחליף מלמדת כי הוא אינו מחויב לבצע את העבודה באופן אישי דווקא. נראה כי בית הדין לא הביא בחשבון את בעיית האכיפה בדיני העבודה. הרצון של העובד לדאוג להמשכיות עבודתו הוא סביר והגיוני, ומסביר מדוע טרח למצוא בעצמו מחליף. ניתן להבין זאת גם כמסירות ומחויבות למעסיק, שאינה צריכה לפגוע בזכויותיו של העובד – כפי שציין בית הדין עצמו במקרה מאוחר יותר.²⁴³ על כן, גם העזרות באחר בתקופת שירות מילואים היא בעיני בגדר מקרה יוצא דופן שאינו שולל את התקיימות הקשר האישי. כמוכן, אין בכך עדיין כדי לקבוע שהגנן הוא "עובד", לשם כך עליו לעבור את המבחן המעורב. גם בבריטניה, הפסיקה העדכנית אינה שוללת את קיומם של יחסי עבודה רק בגלל שהמועסק יכול לשלוח מחליף במקרים של היעדרות (למשל בשל חופשה או

²³⁸ *Pimlico Plumbers Ltd v Smith*, [2018] UKSC 29. התפתחות זו תואמת את המגמה הכללית יותר בבריטניה, בשנים האחרונות, לאימוץ העיקרון של primacy of reality. לניתוח פסק-הדין ראו Michael Ford, *Pimlico Plumbers: Cutting the Gordian Knot of Substitution Clauses?*, UK Labour Law Blog, 19th July 2018, available at <https://wordpress.com/view/uklabourlawblog.com>. לביקורת על ההלכה הקודמת ראו למשל A.C.L. Davies, *Sensible Thinking About Sham Transactions*, 38 INDUSTRIAL L.J. 318 (2009).

²³⁹ ראו למשל סע"ש (אזורי חיפה) 30539-07-12 מיכאל בוטיק – קיבוץ כברי (פורסם בנבו, 1.9.2015).
²⁴⁰ זהו הניסוח של FREEDLAND AND KOUNTOURIS, הערה 234 לעיל, בעמ' 376.
²⁴¹ ניסוח זה של המבחן אומץ על-ידי בית המשפט העליון בבריטניה בפרשת *Pimlico Plumbers Ltd v Smith*, [2018] UKSC 29, par. 32.

²⁴² דב"ע (ארצי) ל/3-1 רון שמואל – נציגות הבית המשותף ברחוב הפורצים 3 ירושלים, פד"ע א 42, 56 (1970).
²⁴³ ראו דב"ע (ארצי) ל/6-2 יוסף עטיה – דירות עם (מיסודה של רסקו) בע"מ, פד"ע ג 220, 222 (1972), שעסק בעובד ניקיון בבית משותף, אשר בעת מחלה החליפו אותו אשתו או ילדיו, ונקבע שאין בכך כדי לשלול את קיומו של קשר אישי: "לעובד לא קנויה הזכות להעמיד עובד אחר תחתיו שלא בהסכמת המעביד, זכות שניתנה במפורש או מכללא, ואין עליו חובה להעמיד מחליף במקומו אף במקרה של צורך, אך החיים מלמדים שבדרך כלל אין מוחים בידו של עובד אם נעזר על-ידי אחרים במקרה הצורך, ולהיפך, מברכים על מסירתו של העובד שעשה כן במקרה המתאים".

מחלה). פרשת Pimlico Plumbers עסקה בשרכב, אשר ביצע עבודות אצל לקוחות מטעמה של חברת שירותי שרברבות.²⁴⁴ במקרים שהוא נאלץ להעדר מעבודתו, הוא היה רשאי לשלוח שרברב אחר במקומו, מבין אלה שעובדים באותה צורת התקשרות עם החברה המעסיקה. נפסק כי על אף אפשרות זו, המרכיב של השירות האישי היה "דומיננטי" בהתקשרות. פסק-הדין מייחס משקל משמעותי, במסגרת הניתוח, לעובדה שהשרברב יכול היה לשלוח רק מחליפים שאושרו מראש על-ידי המעסיק. עם זאת, לא נאמר שמרכיב זה הכרחי, ולדעתי לא ראוי שיהיה. כל עוד השימוש במחליף הוא החרגי, וביצוע העבודה באופן אישי הוא הכלל – אין הצדקה לשלול אפשרות של יחסי עובד-מעסיק.

עד כה התייחסתי להיעזרות באדם אחר כמחליף במקרים חריגים, אולם ישנן גם דוגמאות לכך שבית הדין הכיר במועסקים כעובדים על אף העזרות **קבועה** באדם אחר – זאת כאשר הוא עבד לצידו של המועסק (ולא במקומו). כך, אדם שעבד כשוטף מכוניות עבור מאפיה בעלת צי של כלי רכב, ונעזר באופן קבוע בבנו; וכך גם מנהל חשבונות, שעבד עבור חברה במקביל להיותו בעל עסק פרטי, ונעזר באופן קבוע במזכירתו מהעסק.²⁴⁵ דוגמאות אלה הינן מפסיקה מוקדמת של בית הדין, ונראה שבפסיקה מאוחרת יותר הגישה מגבילה יותר.²⁴⁶ הגישה המוקדמת נראית לי נכונה, בכל הנוגע לדרישת הקשר האישי כמבחן סף. כאשר אדם מבצע את העבודה בעצמו יש מקום להחיל את דיני העבודה, אם לא יוכח אחרת בשלב הבא. העובדה שיש אדם נוסף שעוזר לו לא שוללת את קיום הקשר האישי בינו לבין המעסיק. העזרות באדם נוסף, שהמועסק משלם את שכרו, צריכה לבוא בחשבון בעת יישום המבחן העיקרי, שכן יש בה כדי להצביע על סממנים של עסק עצמאי (במובן של יכולת לנהל סיכונים וליהנות מהתייעלות, למשל). את זאת יש להעמיד למול סממנים אחרים במסגרת הבחינה הכוללת. לדעתי אין מקום לשלול על הסף את האפשרות שמועסק כזה ייחשב עובד. אחרת נשלול זכויות של דיני עבודה מאדם שמבצע עבודה בעצמו, ועובד עבור מעסיק אחד, ללא שום לקוחות נוספים, וגם ניצור פרצה שבה מעסיקים ידרשו מעובדים להעסיק את העוזרים שלהם במקום העבודה כדרך להתחמק מאחריות.

סיכום

האם אדם שמוגדר כמתנדב צריך לעיתים להיחשב "עובד" ולקבל את הזכויות של דיני העבודה? ומה דינם של מי שמוגדרים כמתמחים, מתלמדים או משתקמים, אשר התפוקה שלהם עשויה להיות נמוכה מזו של עובדים אחרים ולעיתים דורשים השקעה מיוחדת מצד המעסיק? שאלת התחולה של דיני העבודה התעוררה גם לגבי קבוצות נוספות כמו נבחרי ציבור, אסירים, שותפים, בעלי מניות, דירקטורים וחברי אגודה שיתופית. בכל המקרים האלה, המבחנים הרגילים שפותחו בפסיקה להכרעה "מיהו עובד" אינם מתאימים, כי הם

²⁴⁴ Pimlico Plumbers Ltd v Smith, [2018] UKSC 29.

²⁴⁵ דב"ע (ארצי) לג/0-30 המוסד לביטוח לאומי – אבא כהן, פד"ע ד 393 (1973); דב"ע (ארצי) לב/1-3 גלוב שירות נסיעות בע"מ – אליהו לוי, פד"ע ג 246 (1972). בשני המקרים היתה דעת מיעוט שהתנגדה לפסיקה בשל מבחן הקשר האישי.

²⁴⁶ ראו למשל סע"ש (אזורי ת"א) 60098-03-14 סרגיי פסנקו – אליטה ליוינג ישראל בע"מ (פורסם בבנו, 22.10.2018), שם דובר במובילים שעבדו עבור חברת רהיטים, כאשר אחד מהם שילם את שכרו של השני, ונפסק כי לא מתקיימת דרישת הקשר האישי.

מיועדים בעיקרם להבדיל בין עובד לבין קבלן עצמאי. נדרשים על כן מבחנים אחרים. בפסיקה גובשו מעת לעת מבחנים כאלה, אולם ללא הסתכלות מקיפה על מגוון המקרים שלעיל. המאמר הנוכחי ביקש לתאר בצורה חדשה את המבחנים שגובשו בפסיקה, שחלקם בוטלו במשך השנים (במפורש או במשתמע), ולהציע "מבחן סף" לקיום יחסי עבודה, שכולל שלושה מרכיבים: עבודה עבור הזולת, שמזכה בתמורה, ומבוצעת באופן אישי. שלושת המרכיבים האלה מהווים ניסוח חדש למבחנים שכבר קיימים למעשה בפסיקה (בשינויים מסוימים), ניסוח שמבטא לטענתי מבחן ראוי שמסייע להגשמת התכליות של דיני העבודה. המרכיב הראשון של המבחן, שלפיו נדרשת עבודה עבור הזולת, עדיף בעיני על "מבחן המטרה העיקרית" שבו נעשה שימוש לעיתים בפסיקה (אם כי טענתי כי הוא למעשה בוטל לאחרונה, במשתמע, בפרשת חיים זר), כמו גם על מבחן שמתמקד בשאלה אם מדובר בפעילות כלכלית/שוקית. הדרישה של עבודה עבור הזולת נועדה להתמודד עם מצבים של ערבוב בין עבודה שמועילה למעסיק לעבודה שמועילה לעובד עצמו (תכלית לימודית או התנסותית או שיקומית), כאשר הכלל הוא שדי בכך שקיימת תועלת למעסיק (שאינה זניחה) כדי שהמועסק ייחשב עובד. לגבי היישום של המבחן הלכה למעשה, הראיתי כי במרבית המקרים בתי הדין פסקו באופן שתואם את המבחן, בפרט בהקשר של מתמחים ומשתקמים (בפסיקה החדשה יותר). עם זאת יש מקום להחיל את אותם עקרונות גם בפסיקה לגבי קורס מיון ממושך, לגבי אסירים ולגבי בעלי מניות – בכל המקרים האלה יש הדרה של עובדים מהקבוצה המוגנת שלעיתים אינה מוצדקת. בהקשר של שותפים ואגודות שיתופיות, טענתי כי ראוי לאבחן בין שותפות קטנה, שבה סביר לומר כי שותף אינו עובד עבור הזולת, לבין שותפות גדולה לגביה אין מניעה ששותף ייחשב עובד.

המרכיב השני, שלפיו כדי להיחשב "עובד" נדרשת עבודה שמזכה בתמורה, הוא מבחן עמום מטבעו. אולם יש בו כדי לסייע לכלול ביחד מספר מצבים שבהם מתעוררת השאלה, האם ישנה סיבה לכך שהעבודה אינה מזכה בתמורה. בהקשר זה הזכרתי את דרישת הקשר החוזי, אשר שימשה בעבר כמבחן סף בפסיקה אך בוטלה. עמדתי על כך שישנן מספר קבוצות של מועסקים שעדיין לא זוכים להכרה כעובדים בגלל דרישת הקשר החוזי, על אף ביטולה, וזאת באופן שלא ניתן להצדקה. כמו כן הראיתי, כי למעשה ישנה בפסיקה המשכיות מסוימת לחלק מהמרכיבים של מבחן הקשר החוזי: עדיין ישנה דרישה בהקשרים מסוימים לוולונטריות, וכן ניתן משקל לכוונת הצדדים ליצור התקשרות משפטית. לגבי וולונטריות טענתי כי יש הצדקה לדרישה זו, כתנאי לתחולת דיני העבודה, רק במקרים חריגים במיוחד שבהם העבודה נכפתה על המעסיק בניגוד לרצונו. לגבי כוונה ליצור התקשרות משפטית, ציינתי כי ראוי לקבל מבחן זה ככל שהוא בא להוציא מקרים כמו עזרה משפחתית, אבל טענתי כנגד מבחן של "כוונה לשלול יחסי עבודה" שאומץ בפסיקה (בעיקר בבתי הדין האזוריים) שמשמעותו למעשה מתן תוקף לויתור של העובד על סטטוס.

מבחינת מעשית החשיבות המרכזית של מבחן ה"מזכה בתמורה" היא בהקשר של מתנדבים ובהקשר של חברי אגודות שיתופיות (לרבות קיבוצים). לגבי מתנדבים, מתעוררת השאלה אם מדובר בהתנדבות אותנטית, או שלמעשה מדובר בעבודה שראויה לתמורה. בהקשר זה המבחנים שהוזכרו בפסיקה אינם מועילים, והצעתי להתמקד במקומם בשאלה מדוע העובד מוכן לעבוד ללא תמורה, כאשר מקרים שבהם הנכונות נובעת מרצון לקידום עצמי לא צריכים לשלול זכויות של עובד; ולעומת זאת כאשר מדובר עבור המועסק בתחביב,

ראוי להכיר בכך כהתנדבות. לגבי חברי אגודה שיתופית טענתי שאין הצדקה לשלול באופן אוטומטי את האפשרות שהם יהנו מזכויות של עובד. בפרט דחיתי את השימוש שנעשה בפסיקה במבחן שדורש כי העבודה תהיה "מטרה בפני עצמה" כנימוק להחרגה מדיני העבודה. יחד עם זאת, לגבי חברים בקיבוץ מסורתי (להבדיל מקיבוץ מתחדש), ייתכן שיש הצדקה לדמות אותם למשפחה ואז העבודה בתוך הקיבוץ היא כזו שאין בה כוונה ליצור התקשרות משפטית.

המרכיב השלישי של המבחן – דרישת הקשר האישי – שונה מקודמיו במוכן שהוא רלבנטי גם, ואפילו בעיקר, להבחנה בין עובד לקבלן עצמאי. אולם הוא ראוי להיכלל ביחד עם מבחני הסף כי כמו שני המבחנים האחרים הוא שלב הכרחי לפני שניגשים ליישום המבחן המעורב. לגופו של המבחן, הוא פשוט יחסית ולכן התייחסתי אליו בקצרה. מדובר בדרישה מוצדקת לאור התכליות של דיני העבודה, שבחלקן לפחות נוגעות לעובד כאדם ולהגנה על כבודו. הגיוני להחיל חוקים אלה רק על אדם שמבצע את העבודה בעצמו, ולא על מי שיכול לשלוח אחר לעבוד במקומו. עם זאת הראיתי, שאף שמדובר בדרישת סף (הכרחית), אין משמעות הדבר שאדם חייב לבצע את כל העבודה לבדו. בפסיקה מוכרת האפשרות להיעזר לעתים רחוקות באדם אחר מבלי שהדבר ישלול יחסי עבודה. טענתי, כי גם כאשר מדובר בהיעזרות קבועה באדם אחר, כל עוד המועסק מבצע את העבודה גם בעצמו ראוי לאפשר לו להיחשב עובד.