

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 בגדר "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 באשר לכל הקבוצות הבאות: מתנדבים, מתמחים, מתלמידים, משתקמים, נבחרי ציבור, אסירים, שותפים, בעלי מניות, דירקטורים וחברי אגודה שיתופית. כך גם במקרים שבהם 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 לכנותם "מבחני סף". אשר למבחני הסף הפסיקה אינה מציעה מבחנים ברורים וסדורים. כמו כן עדיין לא נעשה בפסיקה או בספרות האקדמית ניסיון לנסח מבחני סף אחידים שיוכלו להתמודד עם כלל הקבוצות שהוזכרו לעיל. המאמר הנוכחי מבקש להציע מבחנים כאלה ולדון באופן יישומם בכל 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 בדבר 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 אשר לאופן יישומם של המבחנים בפסיקה וכן לגבי מבחני משנה שהוחלו המאמר עומד על כמה 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. ד. סיכום.**

* פרופסור מן המניין, הקתדרה לדיני עבודה ע"ש אליאס ליברמן, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי לעינת אלביץ, לפנינה אלון-שנקר ולתמי קציבאן על הערות מועילות וכן לעמית מזרחי וירדן משעל על עזרה מצוינת במחקר. תודות גם לחברי מערכת משפטים ולקוראת/ה האנונימית/ת 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 בגדרו של מונח זה. יש מקרים רבים שבהם מתעורר ספק, בין השאר מאחר שהמעסיק-לכאורה מסרב לקבל על עצמו אחריות כלפי המועסק בטענה שזה איננו "עובד". חוקי העבודה מטילים חובות ומגבלות רבות על מעסיק כלפי עובדיו – חובות שנתפסות בעיני מעסיקים כמכבידות, הן מבחינת עלויות ישירות והן במישור של גמישות ניהולית – ולכן קיימת תופעה רווחת של מעסיקים שמבקשים להתחמק מחובות אלה. בהיעדר הגדרות בחקיקה ההכרעה מיהו "עובד" היא הכרעה שיפוטית. על רקע זה פיתחו בתי הדין לעבודה מבחנים שמסייעים להם להכריע מי נחשב עובד וחלים עליו דיני העבודה, בדומה למבחנים שפיתחו 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, והוא כולל במרכזו את מבחן ההשתלבות ולצידו כמה מבחני עזר.² זהו מבחן מהסוג של multi-factor test, שבמסגרתו בוחנים כמה וכמה 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 יש 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 רלוונטיים לקבוצה גדולה של מועסקים, אשר ברור שאינם קבלנים עצמאים, ובכל זאת התעורר ספק בשאלה אם דיני העבודה חלים עליהם. כך כשמדובר בהבחנה בין עובד למתנדב ובין עובד לתלמיד, וכך גם כשמדובר בסוגים 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 בדבר מעמדם נעשתה לא באמצעות המבחן המעורב אלא על בסיס מבחני סף כלשהם. לכל סוגי המועסקים האלה יש מרב המאפיינים של עובדים, ולכן על פי

¹ MARG 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). לדין נורמטיבי, ראו GUY DAVIDOV, A PURPOSEIVE APPROACH TO LABOUR LAW CH. 6 (2016). (להלן: Davidov, Purposive Approach).

² ראו דב"ע (ארצי) לא-27/3-עיריית נתניה – בירגר, פד"ע ג 177 (1971); ע"ע (ארצי) 300256/98 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 (התשנ"ג).

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

המבחן 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 ועקיבה 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 להבחנה בין עובד לבין קבלן עצמאי, לפי המבחן 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. עם זאת לצורך הניסוח הכללי דומני כי יש תועלת באמירה כי נדרשת עבודה עבור הזולת שגם מזכה בתמורה. אשר למבחן השלישי יש לציין שהוא היחיד במבחני הסף שרלוונטי גם (ומבחינה מעשית, בעיקר) להבחנה בין עובד לקבלן, ואינו ממוקד בהבחנה בין עובד לבין קבוצות המועסקים האחרות. עם זאת בניגוד לשאר מרכיבי המבחן המעורב, מדובר בדרישה הכרחית, ולכן מועיל לצרף אותה למבחני הסף.

יש לציין כי ההבחנה בין מבחני סף (שאפשר לכוונתם הכרחיים או מקדמיים) לבין המבחנים שמשמשים להבחנה בין עובד לקבלן עצמאי אינה חדה. למעשה, ניתן לתאר את המבחן הנהוג בישראל להבחנה בין עובד לקבלן כמבוסס על שני תנאים הכרחיים: השתלבות במובן החיובי (כפיפות למערך הארגוני); השתלבות במובן השלילי (היעדר 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 בעיניי 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 (בשונה מבחינת מכלול של שיקולים), אבל מהותית לא תהיה לכך השפעה על תוכני 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 test*, שכן

⁴ Guy Davidov & Pnina Alon-Shenker, *The ABC Test: A New Model for Employment Status Determination?*, 51 INDUS. L. J. 235 (2022). מבחן ה-ABC אומץ בבית המשפט העליון של קליפורניה (Dynamex Operations West, Inc. v Superior Court, 416 P.3d 1 (Cal. 2018)) ולאחר מכן גם בחקיקה (California Labor Code, § 2775(b)(1)). לפי מבחן זה, קיימת חזקה שאדם שמבצע

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 באשר למעמד של סוגי המועסקים המיוחדים שבהם עוסק מאמר זה, ולכן הצורך במבחני הסף שבהם עוסק מאמר זה יהיה רלוונטי 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. לדוגמה, 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 להפך: הקביעה שאדם אינו "עובד" אינה מונעת מהמחוקק לקבוע שבכל זאת חלות עליו הגנות ספציפיות שפותחו במקורן לטובת עובדים. לדוגמה, הוראות של בטיחות בעבודה הורחבו גם לטובת קבלנים עצמאיים,⁹ והגנות מפני הטרדה מינית הוחלו על אנשים "במסגרת שירות" בדומה לעובדים.¹⁰ ברוח זו יש מדינות שבהן הורחבו הגנות נוספות, בעיקר נגד 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 בגדר קבוצה זו היא בעלת חשיבות רבה, שכן בעקבותיה חלה ברירת המחדל שלפיה חלים כל דיני העבודה, ולעומת זאת אשר למי שנותר מחוץ להגדרת "עובד", ברירת המחדל היא שדיני העבודה אינם חלים כלל. ברוב המכריע של המקרים ברירת מחדל זו

עבודה הוא עובד ולא קבלן עצמאי, אלא אם המעסיק מוכיח את שלושת אלה: (א) האדם חופשי משליטה ומפיקוח שלו; (ב) העבודה היא מחוץ למהלך העסקים הרגיל של המעסיק; (ג) האדם עוסק ברגיל בעסק או במקצוע עצמאיים מאותו סוג של העבודה המבוצעת.

ראוי להזכיר גם כי לאחרונה פורסמה מטעם מוסדות האיחוד האירופי טיוטה של דירקטיבה שעוסקת בעובדי פלטפורמה ושמאמצת מרכיבים מסוימים ממבחן ה-ABC. בטיוטת 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 *Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Improving Working Conditions in Platform Work*, COM (2021) 762 final (Dec. 9, 2021), <https://tinyurl.com/bdcuy4py>.

ע"ע (ארצי) 1182/02 קאזיס – ארייט, פד"ע לח 394 (2002).

ס' 41 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961. חשיבותו של חריג זה קטנה במידה ניכרת בעקבות צו ההרחבה לפנסייה, שלפיו חלק ניכר מכספי הפיצויים מופקד בקרן הפנסייה; ולפי הפסיקה, מעסיק של מתמחה במשפטים חייב להפקיד לקרן פנסייה גם את מרכיב הפיצויים (בר"ע (ארצי) 53034-02-19 בן-חיים – מלמוד (נבו 27.8.2019)).

ס' 93 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

ס' 1 לפקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], התשל"ל-1970 (הגדרת "עובד" כ"לרבות עובד עצמאי").

ס' 3(א)(6)(ג) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

ראו למשל בבריטניה, שם החוק המגן מפני אפליה בעבודה חל על כל מי שמבצע עבודה באופן אישי, אם במסגרת יחסי עובד-מעסיק ואם לאו; Equality Act 2010, c. 4, § 83 (UK).

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

מכריעה את זכויות הצדדים ואת חובותיהם. 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 בלי להציע מבחנים חלופיים, או שהתייחסה למבחני הסף רק בדרך אגב. תרומה חשובה מהעת האחרונה מצויה במאמר (שטרם פורסם) של פאינה מילמן סיון, אשר מעלה שני טיעונים מרכזיים:¹³ ראשית, לדבריה אין מדובר במבחני סף מקדמיים, אלא יש ליצור מבחן אחד להבחנה בין עובד לקבלן (המבחן המעורב) ומבחן אחר נפרד לגמרי להבחנה בין עובד לבין קבוצות אחרות כמו מתנדבים, משתקמים, אסירים וכולי (שאותן היא מכנה קטגוריות לבר-שוקיות). אולם לגישתי המבחן המעורב נדרש במצטבר (ולא כמבחן חלופי) גם כאשר לאותן קבוצות, מאחר שהוא נועד לזהות יחסים של כפיפות ותלות שמצדיקים את תחולת דיני העבודה.¹⁴ אם נטען שאדם הוא מתנדב (למשל), והוא טוען בדיעבר שהוא למעשה עובד, יש להיעזר במבחנים המיוחדים למטרה זו כדי לבחון אם מדובר בהתנדבות אותנטית, אבל אם נגיע למסקנה שאין מדובר בהתנדבות אותנטית, יהיה צורך להמשיך ולבחון שהיחסים מאופיינים בכפיפות ובתלות, 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, ורלוונטית לשני סוגי המבחנים. אם אדם יכול לשלוח במקומו אחרים לביצוע העבודה ואינו מחויב לבצע אותה בעצמו, הוא לא יוכל להיחשב עובד, בין שהמעסיק מגדיר אותו קבלן עצמאי בין שהוא מגדירו מתנדב וכיוצא באלה. מעשית, הסוגיה רלוונטית יותר להבחנה בין עובד לקבלן, אבל הדרישה הכרחית בכלל המקרים, ולכן ראוי לדעתי לראות בה מבחן 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 אם 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 יש 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 (אם מדובר בעבודה כלכלית או כזו שיש לה רציונל חלופי), ולא ניתן להפריד ביניהם בנסיבות של ערוב בין תועלת למעסיק לתועלת עצמית – ולכן יש לבחון אותם ביחד. כמו כן כפי שאראה בהמשך, 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 בדוגמה של אסירים, שאותה היא מנתחת לעומק, ומבקשת להסיק ממנה

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

¹⁴ ראו למשל תב"ע (ארצי) לח/20-3 "הפועל מחוז" תל-אביב, התאגדות לתרבות הגוף – מורדכוביץ, פד"ע י(1) 102, 113 (1979); פרשת בירגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 188; ע"ע 18-04-15868 (ארצי) כותה – עיריית רעננה (נבו 7.4.2021). כן ראו DAVIDOV, PURPOSIVE APPROACH, לעיל ה"ש 1, בפרקים 3, 6.

תובנות גם למבחן מקדמי כללי, ואילו המאמר הנוכחי מתבונן במבט רחב יותר (גם אם ממוקד פחות) 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"; פרק ג למבחן הקשר האישי. בכל אחד מהפרקים אפתח בתיאור המבחן ובהצדקתו, וכן אדון במבחנים נוספים שנהגו בעבר או אוזכרו בפסיקה, כמו גם בניסוחים אחרים שהוצעו בספרות. לאחר מכן אעבור ליישום המבחן לגבי קבוצות מועסקים קונקרטיים שהוא רלוונטי להן.

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 רלוונטית רק עבודה – שהוגדרה "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 שנהנה מהעבודה ומפיק ממנה תועלת. הציפייה 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 דרישה של "עבודה עבור הזולת". יש להבהיר כי מבחן כזה אינו 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 בארצות הברית, מובא תנאי סף שלפיו המועסק "פועל, לפחות באופן חלקי, בשירות האינטרסים של המעסיק".¹⁸ ניתן לזהות מבחן דומה גם בדיני האיחוד האירופי.¹⁹

¹⁵ דב"ע (ארצי) לב/43-3 הלפרין – הסתדרות מדיצינית "הדסה", פד"ע ד(1) 281, 289 (1973), שם ציטט בית הדין מתוך צבי בר-ניב "דיני העבודה" סדרי שלטון ומשפט 489, 492 (חיים י' צדוק ואברהם בן-נפתלי עורכים התשל"א).

¹⁶ דב"ע (ארצי) לה/2-12 עזבון כהן – רוזנהויסר, פד"ע ו 299, 305 (1975).

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

¹⁸ ראו RESTATEMENT OF EMP'T LAW § 1.01(a)(1) (AM. LAW INST. 2015). בפסיקה האמריקאית נעשה לעיתים שימוש בתנאי סף שלפיו מדובר ב-productive work, אשר ניתן להבין כעבודה שמפיקה תועלת למישהו – כאשר במשתמע הכוונה היא לתועלת לזולת ולא לטובת העובד עצמו. לסקירה של פסקי דין שהשתמשו בתנאי זה, ראו Noah D. Zatz, *Working at the Boundaries of Markets: Prison Labor and the Economic Dimension of Employment Relationships*, 61 VAND. L. REV. (2008) 857, 892–900. המחבר מבקר את המבחן בהמשך המאמר בטענה שהוא אינו מספק, שכן יש סוגים רבים של עבודה שמשיאה תועלת שאינם יחסי עבודה. ביקורת מוצדקת זו מתייחסת להתבססות אך ורק על מבחן של productive work ללא מבחני הסף הנוספים שמפורטים כאן.

¹⁹ ראו Martin Risak, *The Position of Volunteers in EU-Working Time Law*, 10 EUR. LAB. (2019) L.J. 362, 366, שם עומד המחבר על ההבחנה בין פסקי דין שונים של ה- Court of Justice of the

יש לציין כי בניסוח שצוטט לעיל מפרשת הלפרין נדמה לכאורה כי בית הדין מאפשר שתי חלופות: או פעילות כלכלית או כזו שמיועדת לסיפוק צורכי 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 ההתייחסות ל"פעילות כלכלית" כמיועדת להצביע על הצורך בתועלת למעסיק. 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 שמטרותיה אינן כלכליות. כלומר, הפן הכלכלי אינו מתייחס לסוג הפעילות של המעסיק אלא לעצם היחסים שבינו 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

לעיתים קרובות אנו מבצעים עבודות שונות שאינן עבור הזולת אלא לטובתנו האישית, כלומר שלא אדם אחר נהנה מהן. למשל: סטודנט שעמל 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 לזה, 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 מדי יום מבצע

European Union, אשר מהם עולה כי ניתן משקל לשאלה אם העבודה היא לתועלת המעסיק או למטרה שנוגעת לעובד עצמו (כמו שיקום).

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

במאמר מקיף בנושא מעמדם של אסירים בארצות הברית, אגב התייחסות גם לקבוצות אחרות, סוקר Noah Zatz את הפסיקה ומגיע למסקנה כי מבחן-העל שנוהג בדרך כלל הוא אם מדובר ביחסים בעלי אופי כלכלי (ראו Zatz, לעיל ה"ש 18, בעמ' 952-953). כלומר, לכאורה בארצות הברית יש התמקדות בשאלה דומה לשאלה אם מתקיימת "פעילות כלכלית". עם זאת לפי Zatz, כדי להכריע בכך נעשה בפסיקה האמריקאית שימוש בשני מבחנים שונים: אם מדובר בהתקשרות שהיא שוקית לחלוטין (exclusive market approach), ולחלופין אם מדובר בעבודה שמביאה תועלת (productive work). המבחן השני תואם את המבחן שמוצע כאן (ראו לעיל ה"ש 18 והטקסט הסמוך לה). המבחן הראשון, שהוא המקובל יותר בארצות הברית לפי Zatz, הוא למעשה שילוב של דרישת הקשר החוץ 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). כאמור במבוא, במאמר שטרם פורסם תומכת פאינה מילמן-סיון במבחן של פעילות כלכלית (מילמן-סיון "לצאת מהחומות", לעיל ה"ש 13). היא מציגה חמישה מאפיינים המצביעים על קיומה של "ספרה שוקית-כלכלית": חוזה, מערכת יחסים וולונטרית, דרישה לתמורה, משא ומתן והתמקחות ותפוקה. מבחינה מעשית, ההבדל בין אלה לבין ההצעה במאמר הנוכחי אינו כה גדול, שכן גם מילמן-סיון נותנת משקל לתפוקה, והמאפיינים האחרים שלה נדונים אצלי תחת השאלה אם העבודה מוכה בתמורה (פרק ב להלן). עם זאת אשר למסגרת, אינני רואה תועלת רבה בכותרת של "כלכלי-שוקי", ואשר לפרטים, יש הבדלים שונים. בין השאר, כפי שאראה בפרק ב להלן, ארבעת המאפיינים הראשונים של מילמן-סיון רלוונטיים במידה חלקית בלבד.

20

21

"עבודה", ויש אחרים (ילדיו) שנהנים מכך, אבל בהיעדר מעסיק שביקש זאת ומפיק מכך תועלת הוא אינו יכול להיחשב "עובד".

מבחינת תכליתם של דיני העבודה יש היגיון רב בכך שיחולו רק על מי שמבצע עבודה עבור הזולת, וכאשר הזולת נהנה (מפיק תועלת) מאותה עבודה. בניגוד לדיני הרווחה, דיני העבודה אינם מקימים זכויות למול המדינה אלא למול מעסיק קונקרטי. בין אם מדובר בחובה לשלם שכר מינימום, או במגבלה על שעות העבודה המרביות, או בזכות של העובדים לנהל משא ומתן קיבוצי, לכל הזכויות האלה (ולרבות אחרות) יש רלוונטיות 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

לפי מבחן ההשתלבות, שהוא מרכיב מרכזי ב"מבחן המעורב" לקביעה מיהו עובד, אחד הסממנים לקיום יחסי עבודה הוא "השתלבות במפעל". המונח "מפעל" היה מקובל 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. עם זאת ניתן לטעון שבכל זאת הייתה 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.

²² יש לציין כי בספרות האקדמית הפמיניסטית נמתחה ביקורת על "הדרת" נשים המטפלות בילדיהן מדיני העבודה. ראו למשל Sandra Fredman & Judy Fudge, *The Legal Construction of Personal Work Relations and Gender*, 7 JER. REV. LEGAL 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 JER. REV. LEGAL STUD. 87, 96–97 (2013).

²³ פרשת **בירגר**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 189. ראו גם דב"ע (ארצי) ל"ג/9 – **רשות השידור** – 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** – פרייס, פס' 16 לפסק דינה של השופטת רוזנפלד (נבו 13.9.2012). ראו גם ע"ע (ארצי) 26932-12-14 **סלקום ישראל בע"מ** – איליאגווייב, פס' 22 לפסק הדין (נבו 1.5.2018).

איזה סוג של עבודות עשוי מבחן סף כזה להוציא מגדר יחסי עבודה? משני פסקי דין מוקדמים של בית הדין הארצי היה אפשר, ממבט ראשון, להסיק כי מטפלת בילדים עבור מעסיקים פרטיים (כלומר בבית משפחה ולא בגן ילדים) אינה עובדת בשל היעדר "מפעל".²⁵ זהו גם האופן שבו הוצגה ההלכה במאמרו המקיף של מנחם גולדברג בסוגיה, שנכתב בעת היותו נשיא בית הדין הארצי.²⁶ תוצאה כזו היא 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 שאין 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 אותה הוא, היתה נעשית בידי עובד".²⁸ שלושת פסקי הדין עסקו בנשים שטיפלו באופן סדיר בנכדים או באחיינים כנגד תמורה. התעוררה שאלה אם לצורכי חוק הביטוח הלאומי מדובר ביחסי עבודה. בשני פסקי הדין הראשונים השיב על כך בית הדין בשלילה משהגיע למסקנה שדובר ביחסים וולונטריים של עזרה משפחתית שלא יצרו קשר חוזי מחייב. רק אז, לאחר שקבע שאין מדובר ביחסי עבודה לפי המבחנים הרגילים (כפי שנהגו באותה עת), פנה בית הדין לבחון אם 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 לצרכי עיסוקו 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, בב[ח]נת תחולת חוקי העבודה והביטחון הסוציאלי".²⁹ למסקנה זו ניתן להגיע על בסיס קביעה כי גם העסקת מטפלת יכולה להיחשב "מפעל", או לחלופין, קביעה שלפיה "אין מדובר ב'מפעל', ועל כן 'מבחן ההשתלבות' אינו רלבנטי" ובמקומו תיבחן 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

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

²⁶ גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 33.

²⁷ עב"ל (ארצי) 20105/96 יהלום – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לו 603, 612 (2001) (עמדת השופט ברק, שרוב השופטים האחרים לא נזקקו לה, אך גם לא חלקו עליה).

²⁸ ס' 1 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

²⁹ פרשת כץ, לעיל ה"ש 25, בעמ' 37.

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

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 לראות בו חלק 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 האישי (למשל כדי לרכוש מקצוע או למטרות שיקום) אינה תמיד חדה וברורה. יש מקרים, בוודאי אלה שמעוררים מחלוקת ומגיעים להתדיינות בבתי הדין, שבהם יש ערוב מסוים בין שני אלה. בניסיון להתמודד עם קושי זה פנו בתי הדין לעיתים למבחן "המטרה העיקרית", שלפיו העבודה צריכה להיות המטרה העיקרית של ההתקשרות, בשונה מ"תוצאה נלווית".³¹ לפי מבחן זה, כאשר עבודה נעשית בד בבד ובמשולב עם פעילות של הכשרה, הדרכה או שיקום, יש לבחון מה מתוך 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 – אגב התייחסות למטרה של "עבודה בתמורה", חלופה אפשרית נוספת.³²

ההתמקדות ב"מטרה העיקרית" – בין אם המטרה היא עבודה, אם היא עבודה עבור הזולת ואם 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, את הרישיון הנכסף או את ההכשרה החיונית לצורך עבודה במקצוע. ייתכן אף שזו "המטרה העיקרית" שלו, אבל מדוע זו צריכה להיות סיבה לשלול ממנו זכויות של עובד? לעיתים כדי להשיג מטרה ארוכת טווח אנשים מוכנים לעבוד בחינם, ואין סיבה לאפשר למעסיקים לנצל זאת

³¹ מבחן זה אומץ בבית 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/60-3 עובד ורי – לאורווי בע"מ, פד"ע 10, 13 (1974)). לדין על כך, ראו סעיף 6 להלן. המבחן אוזכר לאחר מכן גם בהקשר של התלמודות/הכשרה. ראו פרשת הלפרין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 289 (שם) אוזכר המבחן בשם "מבחן המטרה המרכזית"; ס"ע (אזורי חי') 8528-01-09 מחול – מכון לב הגליל לרפואה בע"מ (נבו 10.7.2011); ס"ע (אזורי ת"א) 20322-08-10 זילברמינץ – מדינת ישראל (נבו 29.4.2013); ת"צ (אזורי ת"א) 2000-04-12 שגב – מדינת ישראל (נבו 8.10.2015).

³² 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 יחסים משפטיים, שבבסיסה העיקרי מונח חוזה ואשר מטרתה העיקרית להסדיר העברת שירותי עבודה בתמורה". אשר לדרישת הקשר החווי – שבוטלה בינתיים בפסיקה – ראו תת-פרק ב.1. להלן.

³³ פרשת הלפרין, לעיל ה"ש 15, בפס' 16: "יכול ושניים 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". בית הדין הבהיר באותו מקרה, שאין בכך כדי לפסול את מבחן המטרה המרכזית לחלוטין, "אלא לסייגו למקרים שאכן ניתן לקבוע מטרה מרכזית אחת" (שם). ספק בעיניי אם אכן יש מקרים כאלה כאשר נדרשים להבחין בין מתלמד/מתמחה/משתקם לבין עובד.

לרעה. הדגש צריך להיות על השאלה אם המעסיק נהנה מהעבודה, בין שהמועסק עצמו מפיק ממנה תועלת ובין שלא. שנית, מבחינת תכלית דיני העבודה, כוונת הצדדים בעת תחילת היחסים, שמבטאת ככל הנראה את המטרה שלהם, אינה קובעת. מה שחשוב הוא מה קרה בפועל – אם מדובר הלכה למעשה ביחסים שבהם צד אחד (המועסק) זקוק להגנת הדין והצד האחר (המעסיק) צריך לשאת באחריות. לצורך זה השאלה המרכזית היא מי נהנה מעבודתו של המועסק – הוא עצמו או הזולת – הלכה למעשה ולא ברמה ההצהרתית של הגדרת המטרות.³⁴ שלישית, הנטל של מטרה "עיקרית" הוא לטעמי מחמיר מדי. הניחו מקרה שבו מועסק עובד תשע שעות כל יום, כאשר מתוכן חמש שעות עבודה מודרכת בהשגחה ועוד ארבע שעות עבודה עצמאית (שמשולבות ביום העבודה). לכאורה, מרכיב ההדרכה, שכולל שעות רבות יותר, הוא ה"עיקרי", אולם קשה לקבל מסקנה שלפיה אין מתקיימים יחסי עבודה בנסיבות כאלה שבהן מתקיימת עבודה עצמאית כמה שעות כל יום.³⁵ אומנם ייתכן שבנסיבות כאלה יש הצדקה להסדרה מיוחדת כדי לשמר את התמריץ של מעסיקים להעסיק שוליות, משתקמים ואולי מתמחים בתחומים מסוימים.³⁶ כך למשל המדינה יכולה לסבסד את העלות למעסיקים בנסיבות מסוימות.³⁷ אולם אין הצדקה לשלילה מוחלטת של זכויותיהם באמצעות החרגה ממצמד של "עובדים". התכלית של דיני העבודה היא להגן על מועסקים ביחסים של חולשה יחסית (נחיתות) מול המעסיק, שבאה לידי ביטוי בכפיפות ובתלות,³⁸ ובמקרים של שוליות, משתקמים ומתמחים החולשה גדולה 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

³⁴ כפי שמתבקש גם מהעיקרון של primacy of facts, או primacy of reality, שמקובל בדיני עבודה בשיטות משפט רבות (ראו למשל בבריטניה, UKSC 41, para. 1 [2011] Autoclenz Limited v. Belcher, וגם בישראל (ראו למשל דב"ע (ארצי) לו/3-48 גינזבורג – "ניסן" השקעות וטכנולוגיות בע"מ, פד"ע 151, 158 (1976)). על העיקרון והשיבותו, ראו גם SERGIO GAMONAL & CÉSAR ROSADO MARZÁN, PRINCIPLED LABOR LAW: U.S. LABOR LAW THROUGH A LATIN AMERICAN METHOD (2019) ch. 3. לדוגמה בולטת של התבססות על מטרות מוצהרות בשונה 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 בחלק מהערכאות בארצות הברית, ראו David C. Yamada, *The Legal and Social Movement against Unpaid Internships*, 8 NE. U. L.J. 357, 372 (להלן: Yamada, *Unpaid Internships*). כן ראו Charlotte Garden & Joseph E. Slater, *Comments on Reinstatement of Employment Law (Third), Chapter 1*, 21 EMP. RTS. & EMP. 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 163 (Andrew Stewart et al. eds., 2021).

³⁶ בהקשר של חניכים – בני נוער אשר רוכשים מקצועות מסוימים בדרך של חניכות – נקבע בסעיף 38 לחוק החניכות, התשי"ג-1953 כי הם ייחשבו "עובדים" לעניין כל חוקי העבודה, אלא אם נקבע אחרת במפורש.

³⁷ לסקירת הסדרים מסוג זה בבריטניה, ראו ZOE ADAMS ET AL., DEAKIN & MORRIS' LABOUR LAW (2021) ch. 2.23 (7th ed.).

³⁸ ראו לעיל ה"ש 14.

תהיה לשם ביצוע עבודה".³⁹ דברים אלה ציטט לאחרונה בהסכמה 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 החרג הוא מקרה שבו "תרומת המועסק... שולית באופן ההופך את רכיב 'העבודה' לטפל וזניח לעומת רכיב השיקום".⁴¹ נראה שדברים אלה רלוונטיים לא רק לסוגיית הסיווג של משתקמים אלא גם למבחן המטרה העיקרית בכלל, ולפי הפסיקה בפרשת **חיים זר** ניתן להסיק כי זה אינו משמש עוד כלי עזר בפסיקה (ולמעשה, כפי שיובהר בסעיפים הבאים, גם לפני כן ניתן לו משקל קטן בלבד). הדגש הוא על השאלה אם מדובר בעבודה עבור הזולת; ובנסיבות של ערוב בין עבודה עבור הזולת למטרה שממוקדת בפרט עצמו (למשל שילוב של עבודה לטובת מעסיק עם שיקום או לימוד) יישללו יחסי עבודה רק כאשר מרכיב העבודה הוא זניח (או שולי או טפל) יחסית למטרה הנוספת.⁴² סייג מצומצם זה נראה סביר, שכן תכליות דיני

גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 30.

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

שם, בפס' 66 (ב).

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 *Walling v. Portland Terminal Co.*, 330 U.S. 148, 153 (1947). בשנים שחלפו מאז לא נדרש בית המשפט שוב לסוגיה, ובערכאות נמוכות יותר נוצרה פסיקה לא אחידה. חלק מהערכאות אימצו המלצה של משרד העבודה הפדרלי, שבהתבסס על עקרונות פסק הדין הנ"ל גיבש מבחן בן שישה מרכיבים, אשר יש לעמוד **בכולם** כדי שתוכר ההחלטה מחוקי העבודה: ההתלמדות אצל המעסיק דומה בתכניה להתלמדות שהייתה מבוצעת בסביבה לימודית; היא מיועדת לטובתו של המתלמד; המתלמד אינו מחליף עובדים רגילים אלא עובד בפיקוח צמוד של עובדי המעסיק; המעסיק אינו מקבל כל יתרון מיידי מעבודת המתלמד, ולעיתים הוא רק מפריע לעבודה הרגילה; למתלמד אין מובטחת עבודה בסיום ההתלמדות; שני הצדדים מבינים שהמתלמד אינו זכאי לשכר עבור תקופת ההתלמדות. כפי שניתן לראות, מדובר במבחן מחמיר מאוד שלפיו רובם המכריע של המתלמדים ייחשבו "עובדים", בייחוד משום שיש צורך לעמוד בכל אחת מהדרישות. מבחן זה אוזכר גם בפסק הדין של בית הדין האזורי בתל-אביב בפרשת **אל על** (ס"ק (אזורי ת"א) 1148/02 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה – אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (נבו 15.3.2005) שבו אדון בסעיף 4 להלן). לסקירת הדין בארצות הברית, ראו *Michael Pardoe, Glatt v. Fox Searchlight Pictures, Inc.: Moving towards a More Flexible Approach to the Classification of Unpaid Interns under the Fair Labor Standards Act*, 75 MD. L. REV. 1159 (2016). ראו גם *Yamada, Unpaid Internships*, 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 *Glatt v. Fox Searchlight Pictures, Inc.*, 811 F.3d 528 (2d Cir. 2015). לניתוח ביקורתי של פסק הדין, ראו – *Second Circuit Crafts "Primary Beneficiary" Test for Unpaid Interns*, 129 HARV. L. REV. 1136 (2016) (להלן: *Second Circuit Crafts*). בשנים האחרונות נמשכה מגמה זו להעדרה 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 את המקורות המוזכרים לעיל בה"ש 35.

העבודה הופכות להיות שוליות (עד כדי זניחות) לעומת התכליות של השיקום או ההדרכה, ולכן גם קטן מאוד הצורך – וקטנה ההצדקה – להחיל את דיני העבודה.⁴³ אפנה כעת לבחינה ביקורתית של הפסיקה בכמה הקשרים קונקרטיים שבהם מתעוררת שאלה אם מדובר בעבודה עבור הזולת.

3. מתמחים ומתלמידים

יש מדינות שהסדירו בחקיקה את מעמדם של מתמחים ומתלמידים (שנקראים apprentices או trainees, ולעיתים גם interns, אם כי יש להבחין בין זה לבין תופעה 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 סטטוס נפרד, שנהנה רק מחלק מהזכויות של עובדים.⁴⁴ עם זאת במדינות אחרות, ובהן ישראל, מעמדם 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) לצידו של בעל מקצוע ותיק ממנו 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. עם זאת יש ערבוב בין תועלת עצמית לתועלת עבור הזולת: מקובל שהמתמחה/מתלמד נהנה מהדרכה ומהשגחה, 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 קטנה יותר, אולם היא הולכת וגדלה 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

⁴³ תמיכה בכך ניתן למצוא גם בתקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב–2002, שקובעות שכר מינימום מופחת בכמה מדרגות לעובדים שיכולת העבודה שלהם היא 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.

⁴⁴ לסקירות השוואתיות, ראו Andrew Stewart et al., *The Regulation of Internships: A Comparative Study* (ILO, Emp. Pol'y Dept, Employment Working Paper No. 240, 2018), <https://tinyurl.com/3kzk59cp>; ANDREW STEWART ET AL., INTERNSHIPS, EMPLOYABILITY AND THE SEARCH FOR DECENT WORK EXPERIENCE (2021). Int'l Labour Conf., *A Framework for Quality Apprenticeships: Report*, ILC.110/IV/1, para. 3.6 (2021). דוח זה שימש בסיס לדיון בוועידת ארגון העבודה הבין-לאומי בשנת 2021, אשר בסיכומה התקבלה החלטה עקרונית לאמץ המלצה בנושא זכויותיהם של מתמחים/מתלמידים, אך לא נכללה בהמלצה זו התייחסות לשאלת מעמדם כ"עובדים". ראו Int'l Labour Conf., Res. 3, ILC.110 (June 11, 2022).

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

⁴⁶ ע"ע (ארצי) 1054/01 טוילי – דהרי, פד"ע לו 746, פס' 5 לפסק הדין (2002): "בחווה העבודה היו משולבים אלמנט של ביצוע עבודה שהביאה תועלת למשיב ואלמנט של לימוד על-ידי המערער. אכן, התועלת שהביא

שהתרומה למעסיק גדולה 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 עקיבה, אין צורך שהעבודה תהיה רק (או בעיקר) לתועלת הזולת; העובדה שאדם מפיק תועלת אישית מרכישת ניסיון בעבודה או מקבלת הרכה 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 אין מופיע אזכור לדרישה 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 רלוונטית, כחלק מהמבחן הרחב יותר (שאפשר לראותו כמיושם במשמע) של "עבודה עבור הזולת".

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 הגריקה⁵⁸ ומתלמדת בתחום האיפור.⁵⁹ מנגד, לא הוכרו כעובדים מתמחים ברפואת שיניים, שבעניינם נקבע שהמסגרת היא לימודית בעיקרה;⁶⁰ דוקטורנטים שהשתתפו במחקר במסגרת אוניברסיטה;⁶¹ ומתמחות בתזונאות (למקצוע דיאטנות), כאשר ההכשרה בוצעה כחלק מתוכנית הלימודים באוניברסיטה ונשאה אופי

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, שם, בעמ' 287, גם סעיף 38 לחוק החניכות תומך בגישה שלפיה במצבים של ערוב בין עבודה ללימוד מתקיימים יחסי עובד-מעסיק. יש לציין שבבריטניה סירבו בתי המשפט בכמה מקרים להכיר במתלמדים כ"עובדים". לסקירה ביקורתית של פסקי דין אלה, ראו DAVIDOV, PURPOSIVE APPROACH, לעיל ה"ש 1, בעמ' 200.

⁴⁹ מבחן הסף שהופיע בפרשת הלפרין, לעיל ה"ש 15 ובפרשת עזבון כהן, לעיל ה"ש 16, כאמור בפתח פרק זה. ראו למשל פרשת טוילי, לעיל ה"ש 46. רבים מפסקי הדין המאוחרים יותר הסתמכו בעיקר על פסק דין זה.

⁵⁰ ראו פרשת קאזיס, לעיל ה"ש 6; ע"ע (ארצי) 252/07 עמי-עד – בכריה (נבו 11.12.2007). כאמור (לעיל ה"ש 45), בעניין זה יש גם הוראת חוק מפורשת.

⁵¹ פרשת הלפרין, לעיל ה"ש 15.

⁵² פרשת טוילי, לעיל ה"ש 46.

⁵³ עד"מ (ארצי) 1006/01 שהרי – רוגל, פד"ע לח 481 (2003).

⁵⁴ עב' (אזורי חי) 3967/99 איוב – קופת חולים מאוחדת (נבו 26.12.2002).

⁵⁵ ע"ע (ארצי) 712/07 מנשרוף – גלנצר (נבו 13.5.2009).

⁵⁶ ד"מ (אזורי נצ') 1424/08 עניאת – עיריית אלשאג'ור (נבו 7.1.2010).

⁵⁷ ד"מ (אזורי ת"א) 2154/03 ירדן – ליהי אקוקה פרסומאים בע"מ (נבו 12.10.2003).

⁵⁸ ס"ע (אזורי ת"א) 12733-08-11 נטאשה דנונה מייק אפ סטודיו בית ספר לאיפור – פרוביז (נבו 8.9.2014).

⁵⁹ תע"א (אזורי י-ם) 1985-09 אילון – הסתדרות מדיצינית הדסה (נבו 7.10.2013). פסק הדין אושר בע"ע (ארצי)

⁶⁰ 28419-11-13 אילון – הסתדרות מדיצינית הדסה (חל"צ) (נבו 14.11.2017).

⁶¹ ס"ע (אזורי חי) 34958-03-10 אבינועם – הטכניון - מכון טכנולוגי לישראל (נבו 28.2.2016).

לימודי, ובכלל זה מעבר תכוף בין מחלקות לטובת התנסות מגוונת.⁶² אשר להתמחות לתפקיד של טכנולוג רפואי / עובד מעבדה יש כמה 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 לפי האמור לעיל הייתה מסייעת לעקיבות בפסיקה גם בהקשר זה. מכל מקום, ניתן לומר כי גם על פי הדין המצוי מתמחים ומתלמדים הם "עובדים" אלא אם היבט הלימוד לתועלתם האישית הוא כה מרכזי, והתרומה למעסיק כה שולית וזניחה, עד שנכון יותר לראות בהם תלמידים. נראה שהחרגת 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 היעדר יחסי עבודה במצבים של ערוב בין השניים, למרות ההלכה שלפיה מתקיימים יחסי עבודה אלא אם המרכיב התעסוקתי הוא שולי וזניח.⁶⁶

4. קורס הכשרה/מיון

מה דינה של הכשרה שאדם עובר לפני תחילת העבודה, כאשר היא נעשית בנפרד כקורס מקדים, ואין מבוצעת בתקופה זו עבודה שהמעסיק מפיק ממנה תועלת? אם הקורס נועד להכשיר את המועסק לתפקיד הספציפי שאליו הוא מיועד, כשלב מקדים שהוא חייב לעבור לבקשת המעסיק טרם תחילת העבודה, אזי ברור שיש לראות בתקופת הקורס עבודה, ובמועסק – עובד, 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 פררוגטיבה ניהולית להחליט אם להכשיר עובדים בהדרגה, תוך כדי העבודה (on-the-job training), או להעדיף הכשרה

⁶² עב' (אזורי י-ם) 1161/01 לילך – משרד הבריאות (נבו) 29.7.2007. לדוגמה נוספת של פעילות לימודית בעיקרה, ראו פרשת זילברמינץ, לעיל ה"ש 31.

⁶³ בפסק הדין בתע"א (אזורי ת"א) 2413/10 סאמר – מדינת ישראל (נבו) 18.9.2014 ניתן למצוא סקירה של פסקי דין אלה, עם ניסיון ליישב ביניהם אגב הצגת השוני העובדתי בין המקרים השונים.

⁶⁴ בחלק מהמדינות שהסדירו את הנושא בחקיקה נקבעה מגבלה כזו במפורש. ראו Rosemary Owens & Andrew Stewart, *Regulating for Decent Work Experience: Meeting the Challenge of the Rise of the Intern*, 155 INT'L LAB. REV. 679, 689–691 (2016).

⁶⁵ בית הדין ציין לאחרונה בהקשר קרוב, של מעמד משתקמים, כי "יש לשקול [...] להעביר את הנטל למעסיק", בלי להכריע בכך (פרשת זר, לעיל ה"ש 3, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה).

⁶⁶ דוגמה לחשיבות של חזקה ניתן למצוא בעניין סע"ש (אזורי ת"א) 47044-07-13 כץ – עדיס אירוח (2012) בע"מ (נבו) 29.8.2015, שם נדחתה תביעה בדבר 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/3633-35 ארקוש – לאופר תעופה בע"מ, פד"ע לג 131 (1999).

מרוכזת קודם לתחילת העבודה, אולם החלטה זו אינה אמורה להשפיע על זכויותיהם.⁶⁸ לעומת זאת אם מדובר בהכשרה כללית, שתועיל לאותו אדם בכלל 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 בידי 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 המקצועיים, לרווחתו ולצרכיו האישיים".⁷⁰ על בסיס סקירת פסיקה קודמת קבע בית הדין חמישה מבחני עזר לצורך הכרעה במקרים כגון אלה: (1) אם מטרת ההתקשרות בין הצדדים היא ליצור יחסי עובד-מעסיק (כאשר ההכשרה היא שלב מקדים לכך) לפי מכלול הנסיבות ולא לפי ההסכמה הפורמלית; (2) אם אופייה של ההכשרה הוא כשל הכשרה המועברת במוסד הכשרה לימודי או במסגרת יחסי עובד-מעסיק; (3) מהו משך ההכשרה, היקף השעות, ואם מתאפשר לחניכים לעבוד בד בבד עם ההכשרה; (4) אם המעסיק מפיק רווח מההכשרה; (5) כוונת הצדדים.⁷¹ 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 ללמוד לפני תחילת הסטאז' אינו יוצר יחסי עובד-מעסיק, מאחר שהקורס ניתן בתיאום עם האוניברסיטאות, ולפי דרישת הרגולטור ולא לבקשת המעסיק.⁷² לדעתי די בשני מבחני העזר הראשונים מפרשת אל-על, כאשר המטרה היא לזהות אם הקורס הוא שלב מקדים כחלק מעבודה עבור הזולת.⁷³ שלושת המבחנים האחרונים אינם תורמים לכך: גם לימודים כלליים יכולים להיות בהיקף של משרה מלאה; הרווח של המעסיק מגיע בכל מקרה במועד מאוחר

⁶⁸ לדוגמה קיצונית ראו ד"מ (אזורי נצ') 1931/06 נאור – תומר (נבו 8.7.2007), שם דובר בעובדת בחנות בתחנת דלק, שהמעסיק דרש ממנה לעבוד כ-15 שעות של "התלמדות" ללא שכר. כלומר גם במקרים שדומים יותר ל-on-the-job training יש מעסיקים שמנסים להתחמק מתשלום.

⁶⁹ בדין בהקשר אחר הבחין בית הדין הארצי בין הכשרה מקצועית קודם לתחילת העבודה לבין השתלמות מקצועית במהלך תקופת העבודה והדגיש את העובדה שהכשרה ראשונית מקנה לעובד מיומנויות חדשות שפותחות לפניו אפיק תעסוקתי חדש (כלומר תועלת עצמית). ראו ע"ע (ארצי) 46536-09-16 בן - בטחון (1989) בע"מ – אורטל, פס' 26 לפסק דינה של השופטת אופק-גנדלר (נבו 24.2.2019). השאלה עד כמה אכן מדובר בתועלת עצמית תלויה בנסיבות כל מקרה לגופו; במקרה שנדון שם דובר בקורס הכשרה בן שישה ימים שבסימו 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. אשר לעצם קיומם של יחסי עבודה בתקופת ההכשרה לא הייתה מחלוקת באותו מקרה.

⁷⁰ פרשת אל על, לעיל ה"ש 42, בפס' 36.

⁷¹ שם.

⁷² פרשת שגב, לעיל ה"ש 31.

⁷³ כאשר אדם ביקש מיוזמתו להתנסות במקצוע מסוים, הוא לא הוכר כעובד בנסיבות שבהן הגעתו למקום העבודה לא הייתה סדירה (בזמנים לא קבועים, לפי בחירתו) ולא היה סיכום על קבלתו לעבודה לאחר תקופת ההתנסות (ד"מ (אזורי י-ם) 1948/01 מונאס – דפוס איילון עמית ורפי בע"מ (נבו 2.1.2002)). ניתן להבין (ולהצדיק) פסיקה זו אם עובדתית הייתה העבודה בראש ובראשונה לטובתו העצמית ולא לטובת הזולת. למקרה דומה, ראו ד"מ (אזורי ת"א) 2837/02 סליי – A.G.P. תקשורת חזותית בע"מ (נבו 14.10.2002).

יותר, ודי במבחן הראשון כדי להראות שהקורס מיועד לתועלתו; כוונת הצדדים אינה 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 אזורית נקבע כי במקרה כזה אין מתקיימים יחסי עבודה בתקופת הקורס, "ובלבד שמשכו ואופיו [של הקורס] תואמים מיון לקראת המשרה המבוקשת".⁷⁴ באותו מקרה נדחתה תביעה שהתייחסה לקורס שנמשך 18 ימים. לדעתי, הזמן הסביר למיונים על חשבוננו של העובד הוא יום או יומיים לכל היותר; כל תקופה ארוכה יותר היא בגדר תחילת עבודה עבור המעסיק. שאם לא כן נתיר למעסיק להעביר על גבו של העובד סיכונים ועלויות שהמעסיק צריך לשאת בהם. כפי שלא ניתן לשלול מהמועסק זכויות ב"תקופת ניסיון",⁷⁵ שבה הוא עומד לרשות המעסיק ואינו 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 או 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.⁷⁶ עם זאת במקרים של מוגבלות שמצמצמת במידה ניכרת את התפוקה, חוק שכר מינימום מאפשר תשלום של שכר מינימום מופחת וקובע את המנגנון שמסדיר זאת במקרים פרטניים.⁷⁷ התקנות שהותקנו מכוח החוק מסדירות שכר מינימום "מותאם" לעובדים שיכולת העבודה שלהם היא בין 20% ל-80% מיכולת העבודה ה"רגילה", והם מועסקים 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 להניח מכך, אם כי לא בהכרח, שאין 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%.⁷⁸ במקרים כאלה נקבע במפורש באותו חוק שמשתקמים אשר מועסקים במקום עבודה רגיל (בשונה מ"מפעל מוגן" שהמדינה משתתפת במימונו) לא ייחשבו עובדים. עם זאת הם ייהנו מכמה זכויות שחלקן הן כזכויות 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, לפי יכולת

⁷⁴ ד"מ (אזורי ת"א) 7636/03 סיני – הדקה ה-90 בע"מ (18.3.2004), כפי שצוטט בפרשת אל על, לעיל ה"ש 42, פס' 23.

⁷⁵ ע"ע (ארצי) 300018/98 א.ו.ב.א מהנדסים בע"מ – נוי (נבו 31.12.1998).

⁷⁶ פרק ד' לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998. ראו גם צו הרחבה לעידוד והגברת התעסוקה של אנשים עם מוגבלות, התשע"ד-2014.

⁷⁷ ראו ס' 17 (ב) לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987; תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב-2002.

⁷⁸ חוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז-2007.

העבודה שלהם.⁷⁹ אלא שחוק זה חוקק כהוראת שעה, ולאחר הארכה אחת לא חודש עוד, ופקע ב-2017. כמו כן גם בתקופת תוקפו לא הייתה כל הסדרה למעמדם של מועסקים במפעלים מוגנים. לכן שאלת מעמדם של עובדים עם מוגבלות (כאשר המוגבלות פוגעת פגיעה קשה בתפוקה שלהם) נותרה פתוחה להכרעה של הפסיקה. להלן אתייחס אל מועסקים אלה כ"משתקמים", אף שהכוונה אינה רק למי שתפוקתם בעבודה נמוכה מ-20%.⁸⁰

בפרשת יעקב רוט נדון מקרה של אדם בעל מוגבלות שכלית אשר עבד כעשר שנים אצל מעסיק שאליו הופנה על ידי הקרן לשיקום אנשים עם מוגבלות.⁸¹ הוא קיבל שכר בשיעור של כ-33% משכר המינימום, בלי שאושר לתת לו שכר מינימום מותאם (דובר בתקופה שלפני התקנת התקנות בעניין זה). מהעדויות עלה כי תכלית ההתקשרות בין הצדדים הייתה 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, להפך: "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".⁸² מנגד גרס הנשיא אדלר, ואליו 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-מעסיק, לפי גישתו של השופט פליטמן, אשר אליו הצטרפו שני נציגי הציבור. בדומה להקשרים אחרים שפורטו לעיל, השאלה המכרעת הייתה למעשה אם מדובר בעבודה למען הזולת, כאשר אי-העמידה במבחן סף זה התבססה, בנסיבות המקרה, על היעדר תרומה כלשהי למעסיק.⁸³

מהו הדין כאשר תכלית שיקומית ותכלית כלכלית מעורבות זו בזו, היינו העבודה נועדה לסייע בשילוב של אדם עם מוגבלות קשה בשוק העבודה ולתרום לשיקומו, אבל באותה עת הוא תורם גם למקום העבודה והמעסיק מפיק תועלת מעבודתו? עד לאחרונה הייתה הפסיקה לא אחידה בעניין זה. במקרה אחד אישה עם מוגבלות שולבה במפעל ייצור ובית הדין האזורי השתכנע כי לצד השיקום תרומתה למעסיק הייתה רבה. למרות זאת באופן שרירותי למדי הגדיר בית הדין את שנת עבודתה הראשונה כשיקומית ללא יחסי עבודה, ואת השנים הנוספות לאחר מכן כיחסי עבודה (שבעניינן קבע שכר מופחת).⁸⁴ בית הדין הארצי אישר את הקביעה בנוגע לשנה הראשונה ללא דיון.⁸⁵ במקרה נוסף, אישה בעלת מוגבלות שכלית שעבדה כסייעת בגן ילדים של נעמ"ת, ללא שכר, זכתה בתביעתה לאחר שנקבע כי המעסיק הפיק

⁷⁹ צו זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה) (שינוי התוספת הראשונה לחוק), התש"ע-2009.

⁸⁰ גם בית הדין השתמש במונח משתקמים שימוש רחב כזה. ראו פרשת זר, לעיל ה"ש 3, בפס' 44 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

⁸¹ ע"ע (ארצי) 670/06 רוט – רם מבנים בע"מ (נבו) 1.10.2009.

⁸² שם, בפס' 5 (ב) לפסק דינו של השופט פליטמן.

⁸³ ספק אם מסקנה זו הייתה סבירה מבחינה עובדתית. למעשה שופטי הרוב הניחו, במשתמע, כי עסק פרטי לא רק קיבל עליו להעסיק אדם עם מוגבלות רבה, אלא גם ספג את התשלום של שלישי משכר המינימום בלי שקיבל שום תמורה מכך. קשה למצוא בפסק הדין ראיות לרצון מצד המעסיק לתרומה (או הקרבה) כה גדולה.

⁸⁴ תע"א (אזורי ב"ש) 2092-06 נגר – הקרן למפעלי שיקום למוגבלים (נבו) 16.11.2011.

⁸⁵ ע"ע (ארצי) 39538-12-11 נגר – קרן רשת מרכזי אבחון ושיקום מקצועי (נבו) 23.10.2013.

תועלת מעבודתה. בצדק ציין בית הדין האזורי כי העובדה שהייתה גם תכלית שיקומית אינה שוללת קיום יחסי עובד-מעסיק: "התמורה הרוחנית והחברתית שייכתן כי גליה [המועסקת] קיבלה אינה מאיינת את זכותה לקבלת תמורה חומרית".⁸⁶ 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.⁸⁷ נראה כי זהו יישום נכון וראוי של מבחן הסף המחייב עבודה למען הזולת. מקרה נוסף שבו יש ערוב בין תכלית שיקומית לכלכלית 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.⁸⁸ נימוק אחד להדרתם היה היעדר קשר חוזי, נושא שידון בנפרד בהמשך, אולם ייאמר כבר עתה כי מבחן הקשר החוזי בוטל, ונפסק כי אין בו כדי להיות מכשול להכרה באסירים כעובדים.⁸⁹ נימוק נוסף שהוביל לדחיית תביעה של אסיר להכרה כ"עובד" היה שההתקשרות עם המעסיק היא בעיקרה שיקומית.⁹⁰ באותו מקרה הסתמך בית הדין על מבחן המטרה העיקרית. ניתן לתהות על אופן היישום של המבחן, מאחר שבנסיבות העניין לא היה ספק כי עבודתו של האסיר תרמה במידה רבה למעסיק. מכל מקום, אפשר להניח כי בעקבות פרשת **חיים זר**, שביטל למעשה את הדרישה למטרה "עיקרית", מקרה כזה ייפסק כיום אחרת,⁹¹ כמובן בלי לפגוע בכך שניתן להחריג אסירים מחוקי עבודה ספציפיים אם תכלית חוק כזה או אחר אינה תואמת את המקרה המיוחד שלהם.

6. שותפים

סוגיה נוספת שניתן לנתח באמצעות מבחן הסף של "עבודה למען הזולת" היא מצבים שבהם המועסק הוא גם, במידה כזו או אחרת, המעסיק. הניחו תחילה מקרה שבו שלושה אנשים מקימים בשותפות עסק, והם הבעלים שלו בחלקים שווים וכן עובדים בו כחלק מהסכם השותפות. בפסיקה נקבע כי במקרים כאלה אין מתקיימים יחסי עבודה בין כל אחד מהשותפים לבין השותפות, על בסיס שתי הנמקות שונות (שניתנו במקרים שונים): האחת, אשר רלוונטית למבחן הסף הנוכחי, היא שהשותף הוא בעלים ולכן אינו יכול להיות גם עובד, שכן "אדם אינו יכול להיות מעביד של עצמו", ו"כיצד זה יהיה אדם כפוף לעצמו?"⁹² הנמקה

⁸⁶ עב' (אזורי ת"א) 10973/04 סמו-גולשטיין – נעמ"ת 6-7 (נבו 19.11.2006).

⁸⁷ פרשת **זר**, לעיל ה"ש 3. לעניין זה נפסק שניתן להיעזר בקו הגבול שקבע המחוקק שלפיו מועסק עם תפוקה של 20% ומעלה, לעומת עובד רגיל, אמור ככלל להיחשב "עובד" (שם, בפס' 66 (ב) לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה).

⁸⁸ ראו בג"ץ 147/63 **כטיב נ' מנהל בית-הסוהר המרכזי רמלה**, פ"ד יז 2412 (1963); עב' (אזורי ת"א) 2126/00 **נאיף – שטיח ועץ בע"מ** (נבו 14.5.2002).

⁸⁹ בג"ץ 1163/98 **שדות נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נה(4) 817 (2001). לדיון במבחן הקשר החוזי, ראו תת-פרק ב.1. להלן.

⁹⁰ פרשת **נאיף**, לעיל ה"ש 88.

⁹¹ לדיון מקיף בסוגיית מעמדם של אסירים, לרבות בחינה באיזו מידה עבודת אסירים היא שיקומית והצבעה על ההיבטים ה"שוקיים" בעבודה זו, ראו מילמן-סיון "לצאת מהחומות", לעיל ה"ש 13. ראו גם פאינה מילמן-סיון "עבודה אסורה: בין הפרטי לציבורי, בעקבות עשור לבג"ץ שדות" **עיוני משפט** לו 317 (2013); Zatz, לעיל ה"ש 18.

⁹² דב"ע (ארצי) שן/2-17 נס – **שאל**, פד"ע כג 77, פס' 13 לפסק הדין (1991).

שנייה הייתה כי במקרים כאלה העבודה אינה מטרה בפני עצמה אלא תוצאה נלווית למטרה אחרת, שהיא השותפות העסקית.⁹³ ההנמקה השנייה נראית לי בעייתית, אולם מאחר שמרבית פסקי הדין בנושא שותפים לא התבססו עליה, אתיחס אליה בנפרד בסעיף שיעסוק בחברי אגודות שיתופיות.⁹⁴ אתמקד אפוא בטיעון שלפיו שותף אינו יכול להיות עובד של השותפות, מהטעם שאז יהיה בגדר מעסיק של עצמו. במקרה כמו הדוגמה שתוארה לעיל – מספר קטן של שותפים שכולם מחויבים לעבוד בעסק – טיעון זה נראה משכנע, וניתן לראות בו כנופל לגדר דרישת הסף של "עבודה עבור הזולת". מבנה השותפות הוא כזה שבו כל שותף הוא אחד מבעלי העסק באופן ישיר וממשי מאוד. 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 עם מעסיק ומבוססות על חולשה ביחסים עם 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. מובן שהשותפות נותנת שירותים ללקוחות (זולת) באמצעות השותפים. אבל במישור היחסים בין כל אחד מהשותפים לבין השותפות (מהסוג שתואר לעיל) אין יחסי עבודה.⁹⁵

לעומת זאת ייתכנו גם סוגים אחרים של שותפויות. הניחו מקרה שבו כמה 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 על עצם העסקתו וכן על תנאי העסקתו יהיו תלויות בהסכמה של שאר השותפים, אין הצדקה לשלול ממנו סטטוס וזכויות של עובד.⁹⁶ אף שיש לו חלק בשותפות, העבודה אינה מבוצעת מכוח חובותיו כשותף והוא אינו עצמאי לקבוע לעצמו את תנאי העסקה. הגיוני בנסיבות כאלה לראות בו עובד עבור הזולת (השותפות) ולא עבור עצמו. על כן דומני שהפסיקה נוסחה באופן גורף מדי כאשר קבעה כי "לא ניתן לראות שותף בשותפות עובד".⁹⁷ בהקשרים קרובים של בעלי מניות ודירקטורים נפסק כי קיימת חזקה

⁹³ פרשת **עזבון ורי**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 13. באותו מקרה לא דובר פורמלית בשותפות אלא בהתאגדות כחברה. אולם החברה הייתה דומה מאוד לשותפות: חברה שיוסדה בידי שלושה אנשים, שלפי תקנות ההתאגדות, כל אחד מהם קיבל שלישי מהמניות וכן הוגדר מנהל וקיבל תשלום קבוע מהחברה בין ששימש מנהל פעיל ובין שלא. כמו כן במסגרת ההנמקה שהובילה לקביעה שלא התקיימו יחסי עבודה בין המנהלים/בעלים לבין החברה, בית הדין נתן כדוגמה מקרה של שותפות בין שניים להקמת נגרייה. ראו תת-פרק ב.6. להלן.

⁹⁴ לעיתים נדרש בית הדין להכריע אם בכלל מדובר ביחסי שותפות או ביחסי עבודה בלבד. לעניין זה יש חשיבות רבה לכוונת הצדדים – אם התכוונו ליצור יחסי שיתוף עסקיים או יחסי עבודה (דב"ע (ארצי) נא/2-5 ורה"י – **שמואלי**, פד"ע כג 133, 135 (1991)). ברם הכוונה הקובעת היא בעניין אופי ההתקשרות מבחינה עובדתית ולא בעניין בחירת המתכונת המשפטית. לעניין הרלוונטיות של כוונת הצדדים ראו תת-פרק ב.4. להלן. חשוב להבהיר כי הסכם שלפיו אדם זכאי לשיעור מסוים מהרווחים אינו 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 – משיח** (נבו 19.3.2013).

⁹⁵ יש לציין כי לפי סעיף 6(34) לפקודת השותפויות (נוסח חדש), התשל"ה-1975, קיימת ברירת מחדל ולפי "אין שותף זכאי לשכר בעד עבודתו בעסקי השותפות", אולם כלל זה כפוף להסכמה אחרת בין השותפים (שם), בס' 34 רישה, וכן בס' 30.

⁹⁷ פרשת **נס**, לעיל ה"ש 92, בעמ' 83.

שאלה אינם עובדים, אלא אם יוכח כי קיימת מערכת יחסים מקבילה של יחסי עבודה מול החברה, אשר ניתנת להפרדה מפעילותם כבעלי מניות או דירקטורים.⁹⁸ אפשרות כזו צריכה להיות קיימת גם כשמדובר בשותפים.

יתרה מזאת, ניתן לתהות אם ההצדקה שתוארה לעיל חלה גם כאשר מדובר בשותפויות גדולות. הניחו למשל משרד עורכי דין שבו 50 שותפים,⁹⁹ כאשר מיעוטם שותפים בכירים. שותף זוטור הוא פורמלית אחד מבעלי העסק, כמו בשותפות קטנה, אך מהותית כוח ההשפעה שלו קטן בהרבה. ייתכן למשל שהוא מחזיק ב-1% מהשותפות בלבד, וייתכן שהסכם השותפות אף מקנה סמכויות החלטה מסוימות לשותפים הבכירים בלעדית. במקרים כאלה ניתן גם להניח שהשותף כפוף, במידה מסוימת, להוראותיו של שותף-מנהל (כלומר אינו "כפוף לעצמו").¹⁰⁰ בנסיבות אלה ספק רב אם יש הצדקה לשלול מאותו שותף זכויות של עובד באופן גורף. אף שמדובר במקום עבודה דמוקרטי יותר, עבור השותף, לעומת המצב השכיח שבו עובד אינו אחד מבעלי העסק, עדיין יכולה להתקיים החולשה היחסית מול המעסיק שמצדיקה הגנה. במקרה שהתעורר בקנדה ביקש שותף במשרד עורכי דין גדול 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 קיימות כפיפות ותלות, כלומר ליישם את המבחנים הרגילים מבלי שהזכר מבחן סף.¹⁰¹ לגופו של עניין נפסק כי באותו מקרה לא התקיימו יחסי עבודה, מהטעם שלתובע הייתה אפשרות להשתתף בהחלטות השותפות, ולכן הוא בגדר בעלים של העסק יותר מאשר עובד. מסקנה זו נראית בעייתית בשל העובדה שהתובע היה שותף אחד מתוך 260 שותפים, והיה בעל כוח מוגבל ביותר, וברור שההחלטה לפרוש לגמלאות בגיל 65 לא הייתה על דעתו אלא נכפתה עליו.¹⁰² אומנם הגיוני לומר כי בדומה לשותפויות קטנות, כל אחד מהשותפים לקח על עצמו סיכונים בדומה לקבלן עצמאי, ולכן חלק מהחוקים אינם צריכים לחול; ועם 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

⁹⁸ ראו תת-פרק ב.7. להלן.

⁹⁹ לפי סעיף 3 לפקודת השותפויות [נוסח חדש], מספר השותפים הכלליים (בשונה משותפים מוגבלים) לא יעלה על עשרים, אולם לפי סעיף 3א לפקודה, שותפויות של עורכי דין או רואי חשבון הותרו מגבלה זו.

¹⁰⁰ בפרשת **מורדוכוביץ**, לעיל ה"ש 14, 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" (שם, בפס' 11 לפסק הדין). אלא שמהותית, בשונה מפורמלית, אכן ייתכן מצב שבו אדם כפוף לגוף שהוא חלק ממנו, כאשר הוא אינו בעל שליטה באותו גוף.

¹⁰¹ *McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP*, [2014] 2 S.C.R. 108 (Can.). ראו גם פסק דין של בית המשפט העליון בבריטניה שבו נקבע כי עורכת דין שותפה בשותפות בעירבון מוגבל היא *worker* (קטגוריית הביניים שם), ולכן חוק שמגן על חושפי שחיתויות חל עליה: *Clyde & Co LLP v Winklehof*, [2014] UKSC 32.

¹⁰² לביקורת על פסק הדין, שמתמקדת בעיקר בטענה שבית המשפט לא התמקד בתכלית הקונקרטי של חוק השוויון, ראו *Brian Langille & Pnina Alon-Shenker, Law Firm Partners and the Scope of the Labour Laws*, 4 CAN. J. HUM. RTS. 211 (2015).

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 שבהם 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 ראוי לדעתי לקבוע כי מבחן הסף הראשון מתקיים ולפנות לבחינת המבחן המעורב.

7. בעלי מניות

כאשר מדובר בהתאגדות חברה 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 אין מדובר ב"עבודה עבור הזולת". מעניין לציין כי בפסיקה דווקא הוכרה אפשרות כזו, לצורכי זכאותו של העובד לדמי אבטלה (כלומר ביחסים שבינו לבין המוסד לביטוח לאומי ולא בינו לבין החברה בבעלותו).¹⁰³ באותו מקרה דובר באדם שעבד עבור בנק לאומי במתן שירותי מחשוב. אף שעבד עבור בנק לאומי בלבד, כתנאי להתקשרות עימו דרש ממנו הבנק לפתוח חברה ולספק את השירות באמצעותה ולא כעובד של הבנק. הוא פתח חברה כזו והגדיר את עצמו עובד של אותה חברה לצורך הפקדות לפנסייה, תשלומי ביטוח לאומי וכולי. בנסיבות כאלה הפיקצייה של הכרה בתובע כעובד של עצמו נדרשה כדי לצמצם את הפגיעה בו בשל הפיקצייה שכפה עליו הבנק, ולפייה 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 אפשרה זאת.

כאשר חברה מורכבת ממספר קטן של בעלי מניות אשר לפי תקנות ההתאגדות מכהנים גם כמנהלים, דומה המצב לשותפות קטנה. כך היה למשל בפרשת **עזבון בלה ורי**: שלושה מייסדים הקימו חברה שכל אחד מהם החזיק בה בשליש מהמניות הרגילות וכן במניית יסוד אחת, שהפכה אותם לפי תקנות החברה למנהלים. לאחר שאחד מהמייסדים נפטר הגיש העיזבון שלו תביעה בטענה שהגיעו לו זכויות של עובד בגין עבודתו כמנהל, נוסף על הכנסותיו כבעל מניות. התביעה נדחתה.¹⁰⁴ במקרים כאלה, כפי שנאמר לעיל על שותפות קטנה, מדובר בחיבור של כמה 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,

¹⁰³ עב"ל (ארצי) 20182/97 **המוסד לביטוח לאומי – גרוסקופף**, פד"ע לד 97 (1999). יש לציין כי שנים ספורות לאחר מכן תוקן חוק הביטוח הלאומי, ועל פי התיקון, אין חלים על "בעל שליטה בחברת מעטים" הפרקים בנושא ביטוח אבטלה ובנושא זכויות עובדים בחדלות פירעון (ס' 6 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], שהוסף בשנת 2003). התיקון אינו מתערב בהגדרת "עובד" ואינו שולל את תחולתם של פרקים אחרים. לפי סעיפים 32, 76 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], חברת מעטים היא חברה בשליטתם של חמישה בני אדם לכל היותר, ובעל שליטה הוא מי שמחזיק (לבד או עם קרובו יחד) ב-10% לפחות מהמניות או מכוח ההצבעה או בזכות לקבל 10% מהרווחים או למנות מנהל.

¹⁰⁴ פרשת **עזבון ורי**, לעיל ה"ש 31.

כאשר הנטל על הטוען לכך להוכיח זאת.¹⁰⁵ כך, למשל, אם בעלי המניות אינם נדרשים לעבוד עבור החברה כחלק מההסכמות ביניהם, ומישהו מהם בוחר לעשות זאת (בהסכמת האחרים) נוסף על חובותיו כבעל מניות, אין סיבה שלא ייחשב עובד.¹⁰⁶ כך גם כאשר כל בעלי המניות משמשים מנהלים, ורק אחד מהם מבצע עבודה אחרת נוספת בחברה.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ במקרים כאלה השאלה המרכזית, כפי שנקבעה בפסיקה, היא אם ניתן להפריד בין הפעילות של אותו אדם כבעל מניות לבין פעילותו כעובד בחברה.¹⁰⁹ כוונת הצדדים בנוגע לתפקידים הכרוכים בהיותם בעלי מניות רלוונטית מאוד להכרעה.¹¹⁰

ככל שמספר בעלי המניות רב יותר, וכוחו של בעל מניות ספציפי לקבל החלטות בעצמו קטן יותר, כך גוברת ההצדקה להכיר בפעילותו עבור החברה כיוצרת יחסי עבודה. בהקשר זה ניתן להסתייע במבחן שאומץ בארצות הברית, שלפיו אדם לא ייחשב עובד אם הוא בעל מניות "משמעותי" ושולט במידה רבה בהחלטות עסקיות.¹¹¹ אדם ששולט במידה רבה בהחלטות עסקיות של החברה עובד למעשה עבור עצמו; מנגד, לבעל 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, והם יכולים להיחשב עובדים אם ביכולתם להראות מערכת יחסים נוספת ומקבילה עם החברה לביצוע עבודה.¹¹² הקבלה זו מעט תמוהה. אף שהם משמשים נציגים של בעלי המניות, הדירקטורים כשלעצמם אינם בעלי

¹⁰⁵ ע"ע (ארצי) 242/09 **ויוריטה בע"מ** – רו, פס' 10 לפסק הדין (נבו 31.5.2012). כן ראו סע"ש (אזורי חי') 48102-20-20 **כהן – א.מ.ע.י נדל"ן בע"מ** (נבו 16.2.2022) כדוגמה למקרה שבו לא הורם הנטל. אחד הנימוקים לכך היה שהתובע נהג בחברה "מנהג בעלים" (שם, בפס' 47).

¹⁰⁶ בדומה לכך ייתכן שהסכמה שאחד השותפים יעבוד בפועל בחברה מעוגנת בהסכמות ביניהם מלכתחילה אגב הבנה שעבודה זו נוספת על חובותיו כבעל מניות. כך היה למשל בפרשת **ויוריטה**, לעיל ה"ש 105, וכן בסע"ש (אזורי ב"ש) 17-09-20008 **ליברטי – קלימחטק מיזוג אוויר לרכב בע"מ** (נבו 14.10.2020).

¹⁰⁷ ראו למשל דב"ע (ארצי) לה/73-3 **גיטון – חברת בית-הספר אריאל בע"מ**, פד"ע ז 293 (1976).

¹⁰⁸ ראו למשל דב"ע (ארצי) מג/47-3 **חוטמן – חברת מוצרים כימיים בע"מ** (נבו 26.2.1984); פרשת **ויוריטה**, לעיל ה"ש 105.

¹⁰⁹ פרשת **גרוסקופף**, לעיל ה"ש 103, בפס' 21. מבחנים נוספים שנקבעו שם, שרלוונטיים יותר למחלוקת עם המוסד לביטוח לאומי, הם אם הסדר העבודה הוא אמיתי או פיקטיבי, ואם ניתן לקבוע מה היה שכרו של אותו אדם כ"עובד".

¹¹⁰ גם בהקשר זה הכוונה הרלוונטית היא באשר לפן העובדתי ולא המשפטי. ראו לעיל ה"ש 95.

¹¹¹ כך סוכם הדין האמריקאי בריסטייטמנט (RESTATEMENT OF EMP'T LAW), לעיל ה"ש 18, בעמ' 29. בבריטניה, לפי חוק משנת 2013, עובדים שמסכימים להיות במעמד של "עובדים בעלי מניות" ומחזיקים מניות של החברה המעסיקה בשווי של 2000 ליש"ט לפחות, לא ייהנו מחלק מחוקי העבודה (בייחוד הגנה מפני פיטורים לא הוגנים). ראו Employment Rights Act 1996, c. 18, § 205A. הסדר זה זכה לביקורת חריפה (ראו למשל Jeremias Prassl, *Employee Shareholder "Status": Dismantling the Contract* (2013) 42 *INDUS. L. J.* 307). על אף שלילת חלק מהזכויות – שזכתה בצדק לביקורת, כאשר מדובר בנתח מזערי של בעלות, ללא שליטה כלשהי – לענייננו חשוב להבהיר כי אין מדובר בשלילת המעמד של "עובד".

¹¹² בג"ץ 4295/95 **קמחי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נב(5) 773, 783 (1998).

שליטה בחברה, והחברה שעבורה הם משקיעים מזמנם היא ללא ספק "זולת". מרבית פסקי הדין שהתייחסו לנושא עסקו בחברות קטנות שבהן הדירקטורים היו גם בעלי המניות, ונראה שלא דקו פורתא באשר להבחנה בין שני אלה.¹¹³ אם ניתן למצוא נימוק לשלילת סטטוס של "עובד" מדירקטורים שאינם בעלי מניות, נראה שהוא קשור להיותם אורגנים של החברה, כלומר פועלים מכוח "מעמד" ולא מכוח חוזה עבודה. לדעתי גם נימוק זה אינו משכנע לגופו, אולם אתייחס לכך במסגרת הדיון בדרישת הקשר החוזי.¹¹⁴

ב. עבודה שמזכה בתמורה

לא כל עבודה עבור הזולת נכנסת בגדר יחסי עבודה. מבחן הסף השני דורש שיהיה מדובר בעבודה שמזכה בתמורה.¹¹⁵ בפסיקה דובר על דרישה של "עבודה תמורת תשלום"¹¹⁶ או "עבודה ותשלום בגינה",¹¹⁷ אולם אני סבור שנכון לדבר על תמורה באופן רחב יותר, כאשר השאלה אינה אם ניתנה תמורה בפועל, אלא אם היה צריך לשלם שכר והדבר לא נעשה, לא ייתכן בפועל שכר אינה יכולה להכריע, שכן אם היה צריך לשלם שכר והדבר לא נעשה, לא ייתכן שהמעוול שהפר את חוק שכר מינימום יצא נשכר בכך שיוגדר פטור מחובותיו. לכן הניסוח המתאים יותר למבחן סף זה הוא "עבודה שמזכה בתמורה". ברור שמדובר בניסוח עמום שמחייב הסבר נוסף לשאלה מתי עבודה מזכה בתמורה, ולכך אתייחס להלן. הכותרת מיועדת להכניס אל מתחת לכנפיה כמה מצבים שבהם הסוגיה הרלוונטית היא השאלה אם ראוי שתניתן תמורה בגין העבודה אם לאו, או אם לדייק יותר, אם יש סיבה לכך שהעבודה אינה מזכה בתמורה אף שהיא עבודה למען הזולת. הכותרת מכנסת תחת כנפיה כמה מבחני משנה, שלמעשה אפשר לראות בהם את המבחנים העיקריים שנותנים תוכן מהותי לדרישה של "עבודה שמזכה בתמורה". הפרק הנוכחי יזקק את המבחנים האלה וכן יסקור מבחנים נוספים ששימשו בעבר בפסיקה ושמתייחסים לחיבור תחת אותה כותרת-על. בסופו של דבר מדובר בכמה סיבות שונות שבגללן נטען – לעיתים בצדק ולעיתים לדעתי שלא בצדק – שעבודה עבור הזולת אינה מזכה בתמורה.

¹¹³ לביקורת ברוח זו, ראו גם הדרה בר-מור "מעמד הדירקטור כ'עובד'" שנתון משפט העבודה ד 50 (התשנ"ד). לקביעה שלפיה הדין בדבר בעלי מניות ודירקטורים זהה ראו גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 56. גם בפסיקה חדשה יחסית מופיעים בעלי המניות והדירקטורים כמקשה אחת. ראו למשל פרשת ויריטה, לעיל ה"ש 105, בפס' 10.

¹¹⁴ ראו תת-פרק ב.2. להלן.

¹¹⁵ מירוני, לעיל ה"ש 32, 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".

¹¹⁶ דב"ע (ארצי) לה/3-19 אלבינגר – מדינת ישראל, פד"ע ו 415, 421 (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 (2018) *Emergency Services after Mendel v. City of Gibraltar*.

¹¹⁷ פרשת רוט, לעיל ה"ש 81, בפס' 1 (ג) לפסק דינו של השופט פליטמן. בין השופט פליטמן לבין הנשיא אדלר והשופט רבינוביץ הייתה מחלוקת בדבר יישומה של דרישה זו בנסיבות המקרה, אך לא הייתה מחלוקת על עצם קיום הדרישה.

דוגמה בולטת לעבודה שעומדת במבחן הסף הקודם (עבודה עבור הזולת) אך אינה "מזכה בתמורה" היא עזרה לקרובי משפחה או חברים.¹¹⁸ כך למשל כאשר אדם מטפל בילדים של בן משפחה שלא כדי לזכות בתמורה אלא בשל הקשר האישי ביניהם, אין נוצרים יחסי עובד-מעסיק, בהנחה שלא סוכם ביניהם אחרת. דוגמה נוספת היא עבודה עבור זולת שלא ביקש אותה ולא הסכים לה, לפחות במשתמע; אדם אינו יכול להפוך "עובד" של אחר על דעת עצמו בלבד.¹¹⁹

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 תמורה "סמלית" או החזר הוצאות בלבד (סוגיה שהתעוררה בעיקר בהקשר של התנדבות-לכאורה). נוסף על שני מקרים אלה, כללתי בפרק הנוכחי את הדיון במבחן הקשר החוזי – אשר הופיע בפסיקה ובוטל – מאחר שספייחים שנותרו ממבחן זה בפסיקה מתחברים היטב לרעיון של עבודה שאינה מזכה בתמורה. במיוחד הכוונה היא למצבים של היעדר וולונטריות מצד אחד הצדדים אשר עדיין רלוונטיים לשאלה אם מתקיימים יחסי עבודה, גם אם כבר אין 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 כמה קבוצות של מועסקים שהעסקתם מוסדרת בדין – כאלה שנחשבים בפסיקה לעובדים על פי "מעמד" – אשר לכאורה ביטול מבחן הקשר החוזי אמור להכניס אותם בגדר עובדים, אולם שינוי זה טרם התרחש (סעיף 2). בהמשך הפרק אעמוד על ספייחים 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 בייחוד חברי קיבוץ (סעיף 6).

1. קשר חוזי – מבחן סף שבוטל

ברוב המכריע של המקרים יחסים בין עובד למעסיק הם יחסים חוזיים. בעבר נהגה התפיסה שלפיה יחסי עבודה הם 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".¹²⁰ רעיון זה יושם במידה נרחבת. הוא הוחל על נבחרי ציבור ככלל, לרבות מזכיר מועצת פועלים שנבחר במסגרת ההסתדרות הכללית, אף שאין מדובר בבחירות מכוח חוק.¹²¹ הוא הוחל גם על בעלי תפקידים בשכר כאשר המינוי שלהם לתפקיד נגזר ממינוי שנתפס כ"מעמד": גזבר מועצה

¹¹⁸ ראו למשל דב"ע (ארצי) לט/30-2 גוטפריד – עזובן קראוס, פד"ע יא 214 (1980).

¹¹⁹ RESTATEMENT OF EMP'T LAW, לעיל ה"ש 18, בס' 1.01(a)(2).

¹²⁰ ראו פרשת אלבינגר, לעיל ה"ש 116; דב"ע (ארצי) לר/2-8 חיימוביץ – מדינת ישראל, פד"ע ח 472 (1977).

¹²¹ דב"ע (ארצי) מח/3-58 בן-גיגי – ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פד"ע יט 541 (1988).

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,¹²² וכך גם יו"ר איגוד ערים לשירותי כבאות, תפקיד בהיקף רחב ובשכר, לא נחשב "עובד" מאחר שהוא נבחר לתפקיד זה על ידי מועצת האיגוד שבה כיהן על פי מינוי מטעם העירייה שבה שימש גזבר.¹²³

בכל המקרים שהוזכרו לעיל מדובר באנשים שביצעו עבודה למען הזולת, תמורת שכר, וברור גם שהתקיים בעניינם המבחן המעורב, אבל תביעותיהם לזכויות שונות מכוה דיני העבודה נדחו בשל מבחן הסף של דרישת הקשר החוזי. המונח "מעמד" מעט מטעה, שכן גם "עובד" מוצג בפסיקה כסטטוס (או לפחות "קרוב לסטטוס").¹²⁴ מונח מתאים יותר הוא "שירות": ניתן לומר כי שופטים, נבכרי ציבור ואנשי צבא קבע הם משרתי ציבור, ולכן לפי התפיסה הוותיקה לא נחשבו עובדים. למעשה, יש מדינות שבעבר נהגה בהן תפיסה שלפיה כלל עובדי המגזר הציבורי אינם עובדים, בהיותם משרתי ציבור (civil servants).¹²⁵ אולם התפיסה שלפיה "שירות" סותר יחסי עבודה אינה מקובלת עוד. בצדק הטיל הנשיא ברק ספק בקביעה שבין נבחר ציבור לבין הרשות שבה הוא משרת אין קשר חוזי.¹²⁶ עניין זה הושאר בצריך עיון, מאחר שנקבע בפסיקה שגם בהנחה שאין 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 מבחן סף להגדרת "עובד".¹²⁷

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, כמה מרכיבים נפרדים: ראשית, כניסה ליחסים באופן וולונטרי, מרצון חופשי, של שני הצדדים; שנית, כוונה של הצדדים להתקשרות משפטית מחייבת (בשונה מעזרה חברית או משפחתית, למשל);¹²⁸ שלישית, ההתקשרות היא "שוקית", במובן זה שהצדדים חופשיים לקבוע בחוזה את תנאיה (למשל את סכום השכר).

הביטול העקרוני של דרישת הקשר החוזי בא לידי ביטוי, עד כה, בעיקר בהקשר של נבכרי ציבור. בפרשת **סרוסי** פסק בית המשפט העליון כי סגן ראש מועצה מקומית בשכר הוא

¹²² דב"ע (ארצי) שם/5-2 עוואד – המועצה הדתית ראש העין, פד"ע יב (1980).

¹²³ דב"ע (ארצי) מב/82-3 גולדשטרומ – איגוד ערים אזור רחובות (שירותי כבאות), פד"ע יד 221 (1983).

¹²⁴ פרשת **בירגר**, לעיל ה"ש 2, בפס' 27.

¹²⁵ זו הייתה 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., לעיל ה"ש 37.

¹²⁶ דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, פס" 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998). ראו גם ע"ע (ארצי) 1010/02 מדינת ישראל משרד הפנים – רסמי, פד"ע מ 156 (2004). וראו רות בן-ישראל "ה'נבחר' ו'בעל התפקיד על-פי דין' – האמנם עובדים הם?" **שנתון משפט העבודה** ב 68, 88 (1991) (להלן: בן-ישראל).

¹²⁷ בדנג"ץ סרוסי, לעיל ה"ש 126, הנשיא ברק הטיל ספק בהלכה בעניין זה, והשופטת דורנר הציעה במפורש לשנות אותה. מבחן הסף בוטל סופית בבג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 89.

¹²⁸ פרשת **עזובן כהן**, לעיל ה"ש 16.

"עובד" לעניין זכאותו לדמי אבטלה לאחר סיום הקדנצייה.¹²⁹ סגן ראש מועצה ממונה מתוך חברי המועצה שנבחרו על ידי הציבור, כאשר המינוי הוא בדרך כלל על בסיס הסכמים קואליציוניים בין סיעות המועצה, ובמובן זה מידת הוולונטריות של ההתקשרות מבחינת המעסיק נמוכה. כמו כן שכרו של סגן ראש מועצה נקבע בידי שר הפנים על פי חוק,¹³⁰ ולכן המידה שבה ההתקשרות היא "שווקית" נמוכה. בצדק קבע בית המשפט כי למרכיבים אלה אין רלוונטיות 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 כאשר להגנות של דיני העבודה, שהרי אין הבדל של ממש בין סגן ראש מועצה – שתפקיד זה מהווה את עבודתו ומקור פרנסתו – לבין עובדים בכירים אחרים בעירייה, מבחינת הצורך בהגנת השכר, ימי חופשה ומחלה, הגנה מפני הטרדה מינית, זכאות לחיסכון פנסיוני ועוד. ואכן, בפרשה אחרת הוכר סגן ראש מועצה מקומית בשכר כעובד לעניין חוק הגנת השכר.¹³¹

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 אין מתקיימת וולונטריות וגם לא חופש של הצדדים לקבוע את תנאי ההתקשרות.¹³² יש לציין שניתן לחלוק על טענות אלה לגופן, בוודאי כשמדובר בעבודות שמבוצעות עבור מעסיק פרטי מחוץ לכותלי הכלא.¹³³ אבל לצרכים הנוכחיים, הנקודה החשובה היא שבשל הפסיקה המרכיבים האלה אינם תנאי הכרחי לקיום יחסי עבודה. בסופו של דבר לא הוכרו האסירים בעניין **שדות** כעובדים לצורך חוק שכר מינימום, אולם לא מהטעם של היעדר 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, 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 יש 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, ובסעיפים הבאים אפנה לדון בשני המבחנים שניתן לראות בהם ספיחים 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.¹³⁴ אשר לחיילים בשירות חובה, ברור שכל שלושת המרכיבים של הקשר החוזי שהוזכרו לעיל אינם מתקיימים. מדובר בסיטואציה יוצאת דופן של עבודה כפויה שקשה ליישב עם

¹²⁹ דנג"ץ סרוסי, לעיל ה"ש 126.

¹³⁰ ס' 1א15 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975.

¹³¹ פרשת **רסמי**, לעיל ה"ש 126.

¹³² בג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 89.

¹³³ לדיון מקיף, ראו מילמן-סיון "לצאת מהחומות", לעיל ה"ש 13.

¹³⁴ ראו בג"ץ 279/72 **עובד נ' שר הביטחון**, פ"ד כז(1) 169 (1972); פרשת **חיימוביץ**, לעיל ה"ש 120.

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, ראוי לקבוע כך במפורש.¹³⁵

לעומת זאת כשמדובר באנשי צבא קבע, דומה שאפילו בהינתן מבחן סף של קשר חוזי לא הייתה הצדקה להחריג אותם מדיני העבודה. למעשה, הכניסה שלהם ליחסים עם צה"ל היא וולונטרית לחלוטין; יש כוונה להתקשרות משפטית מחייבת; גם תנאי ההעסקה אינם קבועים בחקיקה אלא נקבעים על ידי הצבא באופן שאינו שונה מהותית ממעסיקים גדולים אחרים. כלומר, נראה שלמעשה מתקיים קשר חוזי בין משרת הקבע לבין צה"ל, שעל בסיסו היה ראוי להכיר גם בעבר בקיום יחסי עבודה,¹³⁶ על אחת כמה וכמה לאחר שמבחן הקשר החוזי בוטל בפסיקה. ללא קשר לעניין הקשר החוזי, שירות בצבא הוא כמובן בעל מאפיינים ייחודיים (בייחוד מבחינת חובות הציות הכמעט-אבסולוטיות וחשיבות ההייררכייה), אולם אין זאת סיבה לשלול סטטוס של עובד וזכויות הנובעות ממנו. האופי המיוחד של הצבא אכן יכול להצדיק שלילת זכויות ספציפיות, כמו זכות השביתה, ואולי גם את עצם הזכות להתאגד בארגון עובדים. אשר לקבוצות אחרות במערכת הייררכית נוקשה – שוטרים, סוהרים ועובדי שירות הביטחון הכללי – אין מחלוקת שמדובר ב"עובדים", כאשר המחוקק שלל מהם את זכות ההתאגדות.¹³⁷ היה אפשר 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.¹³⁸ בבית הדין האזורי התביעה נדחתה, מהטעם שהתייחסות לאנשי קבע כעובדים היא בגדר "מהפכה" שמחייבת חקיקה אשר תקבע את המגבלות החלות על עובדים ייחודיים אלה. רוב השופטים בבית הדין הארצי סברו 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"ץ. 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

¹³⁵ סמכותה 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.

¹³⁶ ראו דפנה ברק-ארוז "חווה העבודה" של משרת הקבע בצה"ל" **הפרקליט** מ' 114 (התשנ"א); גיא י' זיידמן ואייל רו "מעמדו של משרת הקבע בצה"ל כעובד" **עיוני משפט** כג 291, 320 (2000); בן-ישראל, לעיל ה"ש 126. כן ראו את עמדתו של השופט צור בע"ע (ארצי) 1247/01 **גדרה – צבא הגנה לישראל** (נבו 16.1.2006).

¹³⁷ ראו ס' 93 לפקודת המשטרה [נוסח חדש]; ס' 129 א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971; ס' 20 (ב) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002. ראו גם ס' 93 א לפקודת המשטרה [נוסח חדש]; ס' 129 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], שלפיהם תובענות מסוימות, כמו על מינוי או העברה מתפקיד של שוטרים וסוהרים, אינן בסמכות בית הדין לעבודה.

¹³⁸ ראו ע"ע **גדרה**, לעיל ה"ש 31; בג"ץ 1375/06 **גדרה נ' בית הדין הארצי לעבודה** (נבו 24.10.2006).

חקיקה; בהיעדר חקיקה שקובעת אחרת, אין הצדקה שלא לראות בהם עובדים.¹³⁹ עתירה שהוגשה לבג"ץ נגד פסק הדין נדחתה. הנשיאה דורית ביניש, שכתבה את פסק הדין, הצטרפה גם היא לספקות בדבר הדין הנוהג, אך סירבה לשנות את ההלכה מטעמים שמדובר בהלכה מושרשת, בנושא מורכב, ושמתקיימים דיונים עליו אצל המחוקק.¹⁴⁰

קבוצה נוספת שנתפסה בעבר כמוחרגת מדיני העבודה בשל היעדר קשר חוזי היא קבוצת השופטים.¹⁴¹ עניינם של אלה טרם הגיע לדיון לאחר השינוי בהלכה בעניין זה. בדומה לנבחרי ציבור, ניתן לומר שהכניסה ליחסים עם השופטים אינה וולונטרית מצד המעסיק, וכך גם היציאה (במובן שלא ניתן לפטר אותם), וכן תנאי ההתקשרות קבועים בחקיקה. כפי שנקבע בנוגע לנבחרי ציבור שמרכיבים אלה אינם שוללים עוד יחסי עבודה, כך סביר שייקבע גם בנוגע לשופטים. אף שאין עליהם מרות מבחינה מקצועית, קיימת אצלם כפיפות למערכת מבחינה מנהלתית, ואין סיבה של ממש למנוע מהם הגנות של דיני העבודה (בלי לפגוע כמובן באפשרות של החרגה מחוקים ספציפיים אם אינם מתאימים). בבדיקה התעורר הנושא בשנים האחרונות לפני בית המשפט העליון, ושופטים אכן הוכרו כעובדים לצרכים מסוימים.¹⁴²

החרגה על בסיס דרישת הקשר החוזי התקיימה בפסיקה גם בנסיבות של שיקום רפואי. כאמור לעיל,¹⁴³ המבחן העיקרי בנוגע למשתקמים הוא באיזו מידה הם תורמים למעסיק. עם זאת באחד המקרים דובר באישה 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,¹⁴⁴ אלא כחלק מתוכנית השיקום המקצועי, כאחד התנאים לקבלת דמי שיקום. יש להניח שבעקבות הלכת סרוסי¹⁴⁵ ושוות¹⁴⁶ מקרה כזה ייפסק כיום אחרת. לדעתי, בהיעדר הסדר חוקי מפורש שקובע אחרת, אין הצדקה לשלול זכויות של עובדת במקרה כזה.

¹³⁹ לגישתו מסקנה זו הייתה 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, לעיל ה"ש 134, 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.

¹⁴⁰ המחוקק הסדיר מאז את נושא הערכאה שתדון בכך; לפי סעיף 4 לחוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (הליכים לעניין החלטות הנוגעות לחיילים בשירות קבע), התש"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 אינו קובע זאת במפורש.

¹⁴¹ פרשת אלבינגר, לעיל ה"ש 116, בפס' 5-6.

¹⁴² ראו [2019] UKSC 6; Gilham v Ministry of Justice; O'Brien v Ministry of Justice [2013] UKSC 6; UKSC 44.

¹⁴³ ראו תת-פרק א.5. לעיל.

¹⁴⁴ דב"ע (ארצי) מה/0-51 המוסד לביטוח לאומי – שרון, פד"ע טז 409, פס' 4 לפסק הדין (1985).

¹⁴⁵ דנג"ץ סרוסי, לעיל ה"ש 126.

¹⁴⁶ בג"ץ שוות, לעיל ה"ש 89.

קבוצה אחרונה שניתן לקשור לדרישת הקשר החוזי היא דירקטורים בחברות, אשר לפי הפסיקה בכל הקשור לפעילותם כדירקטורים לא ייחשבו עובדים.¹⁴⁷ להלכה זו לא ניתנה הנמקה של ממש, אולי משום שהמקרים שהגיעו לפסיקה עסקו בדירקטורים אשר היו גם בעלי מניות, וההנמקה נכרכה באלה.¹⁴⁸ כיצד ניתן להסביר החרגה א-פריורית של דירקטור אם אינו בעל מניות? הנימוק העיקרי, כך נראה, שלא זכה לפירוט, הוא כי דירקטורים משמשים אורגנים של החברה, כלומר בעלי תפקיד מכוח חוק החברות, ובמשתמע, ככאלה הם מובחנים מעובדים.¹⁴⁹ עובדים רבים בחברה הפועלים מטעמה משמשים נציגים שלה הלכה למעשה, אולם לדירקטור יש מעמד מכוח הדין כבעל תפקיד בחברה, והדין אף מטיל עליו מגבלות ומחויבויות בשל מעמדו זה. לשון אחר, נראה שההחרגה של דירקטורים היא שריד מהתקופה שבה מי שביצע 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.¹⁵⁰ אומנם דירקטורים אינם כפופים למנהלי החברה כעובדים רגילים, אולם יש להם (לפחות לעיתים) גם מאפיינים של עובדים וצורך בהגנה בהתאם. ראוי לבחון כל מקרה לגופו לפי המבחן המעורב ולא להחריג אותם אוטומטית בשלב של מבחני הסף.

3. התקשרות וולונטרית

מבחן הקשר החוזי כרך בחובו בין השאר הבנה שיחסי עבודה נקשרים מרצון חופשי בין שני הצדדים. זהו מאפיין בסיסי של חוזה, וברור שרובם המכריע של יחסי עבודה מתאפיין בכך. האם זו דרישה הכרחית שבלעדיה אין נקשרים יחסי עובד-מעסיק? ואם כן, האם היא שרדה גם לאחר ביטול מבחן הקשר החוזי? ראוי להפריד תחילה בין וולונטריות מצד העובד לוולונטריות מצד המעסיק. אשר לצד של העובד הסוגיה התעוררה בהקשר של קורבן סחר בנשים שהועסקה בזנות בכפייה והגישה תביעה לבית הדין לעבודה.¹⁵¹ 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" אף שהועסקה בכפייה, ולו לצרכים מסוימים. במקרה דומה שהתעורר כשנה לאחר מכן (פרשת קוצ'יק) התמקדו השופטים בחשש שהתייחסות לקורבן כעובדת תיצור מעין "נורמליזציה" של מצב כפייה ותיתן בעקיפין מידה של לגיטימציה למצב זה.¹⁵² השופטת (כתוארה אז) נילי ארד קבעה באותו מקרה כי לא ניתן לראות ביחסים שבין עבריין הסוחר בבני אדם לבין הקורבן שלו יחסי עובד-

¹⁴⁷ 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 פרשת קמחי, לעיל ה"ש 112.

¹⁴⁸ ראו תת-פרק א.7. לעיל.

¹⁴⁹ ע"א 536/65 כץ נ' חברת "קציף" בע"מ, פ"ד (3) 533, 540 (1966). לדיון מפורט יותר ולסקירה של פסקי דין נוספים בסוגיה ראו גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 53-56; בר-מור, לעיל ה"ש 113.

¹⁵⁰ שם (בר-מור טוענת שיש לבחון את מעמדם לפי עובדות כל מקרה, וכפי שמציינת בצדק, ניתן גם לראות בהם כעומדים בדרישת הקשר החוזי).

¹⁵¹ ע"ע (ארצי) 480/05 בן עמי – פלונית (נבו 8.7.2008).

¹⁵² ע"ע (ארצי) 247/07 פלונית – קוצ'יק (נבו 24.9.2009).

מעסיק, ועם זאת תביעתה של הקורבן התקבלה, והוענקו לה סעדים מדיני העבודה, על בסיס אמירות כלליות בעניין פרשנות תכליתית ו"פריצת האוניברסליות".¹⁵³ בצדק ציין השופט (כתוארו אז) פליטמן, שנתר בדעת מיעוט בעניין זה (אך הסכים לתוצאה), כי בהיעדר יחסי עבודה אין כלל סמכות לבית הדין לעבודה, וגם אין אפשרות להקנות זכויות אשר על פי חוקי העבודה ניתנו למי שהוא "עובד" בלבד.¹⁵⁴ לגישתו, היה מקום להכיר בתובעת כעובדת כפי שביקשה.¹⁵⁵

האם בעקבות 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 בוולונטריות, גם מצד העובד, תנאי סף.¹⁵⁶ על זה 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.¹⁵⁷ גם במישור הדין הראוי, מלבד הפן הפורמלי שבו התמקד השופט פליטמן, קשה לקבל תפיסה שלפיה דווקא מי שכפו עליו עבודה ייפגע פעם נוספת משום שלא יהיה זכאי לזכויות של עובדים בעקבות זאת. אדם שנכפה עליו לעבוד עבור אחר יכול להעלות כמובן טענות מתחום זכויות האדם ומתחום דיני הנזיקין, וגם המדינה 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.¹⁵⁸ אשר לדרישת 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.¹⁵⁹ כמו כן כפי שציינה בצדק רות בן-ישראל, יש דוגמאות נוספות למקרים שבהם נכפית על המעסיק העסקה של עובד מסוים, כמו במקרה של משגיח כשרות שמסעדה מעסיקה אף שהוא נבחר על ידי הרבנות, או במקרים שבהם בשל הפרת חוק

¹⁵³ שם, בפס' 14–15 לפסק דינה של השופטת ארד.

¹⁵⁴ שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט פליטמן.

¹⁵⁵ שם, בפס' 6.

¹⁵⁶ יש לציין כי היו עוד מעט מקרים (נדירים) שבהם נפסק שאדם אינו "עובד" אך זכאי לזכויות מסוימות בשל "פריצת האוניברסליות" (ראו למשל עב' (אזורי י-ם) 3348/94 בשן – מדינת ישראל שירות התעסוקה (נבו) 26.3.2002), אושר בע"ע (ארצי) 1141/02 בשן – מדינת ישראל שירות התעסוקה (נבו) 26.5.2003). דומה שהכוונה באותם מקרים הייתה 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" אף שאינו עובד.

¹⁵⁷ חוק שירות עבודה בשעת-חירום, התשכ"ז-1967.

¹⁵⁸ ייתכן בהחלט שהתובעת בפרשת **קוצ'יק**, לעיל ה"ש 152, הייתה 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 כ"עובדת" לצורך זכויות של דיני עבודה, יש הכרח לדון בתביעתה, ואינני רואה הצדקה לשלול ממנה הכרה כזו.

¹⁵⁹ פרשת **סרוסי**, לעיל ה"ש 126.

שוויון בעבודה או חוק אחר, ניתן צו של החזרה לעבודה אשר מחייב מעסיק להמשיך להעסיק את העובד בניגוד לרצונו.¹⁶⁰ על זה ניתן להוסיף, בעקבות הפסיקה בעניין חיים זר מהעת האחרונה, עובדים-משתקמים שהופנו למפעל מוגן על ידי משרד הבריאות.¹⁶¹ 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 אינו מעוניין כלל בעבודה. בשנים האחרונות התעוררו כמה מקרים שבהם מעסיקים טענו שתשלומי שכר ששילמו למועסק היו למעשה "דמי חסות" שנכפו עליהם, ואין 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 אם המועסק אכן ביצע עבודה והשתלב במקום העבודה.¹⁶² לאחרונה קבע בית הדין הארצי כי ראוי לבחון את השאלה "במסגרת המבחן המקדמי" והפנה למבחן שלפיו העבודה היא המטרה העיקרית והעצמאית של ההתקשרות ("מטרה בפני עצמה") ולא מטרה נלווית.¹⁶³ לדעתי נכון יותר לקבוע שאם אכן מוכח שהמעסיק לא היה מעוניין כלל בעבודה והיא נכפתה עליו, אין הצדקה לראות בכך יחסי עובד-מעסיק בגלל היעדר וולונטריות. בכך אני שותף לגישה שראוי לבחון טענות שמדובר ב"דמי חסות" בשלב המקדמי, אבל יש לעשות זאת על בסיס דרישת סף של וולונטריות מצד המעסיק, שיש מקום לאמץ עבור נסיבות חריגות כאלה. אשר לשימוש במבחן ה"מטרה בפני עצמה", מבחן זה נראה לי בעייתי ככלל, כפי שאטען בנפרד להלן.¹⁶⁴ מכל מקום, קשה לקבל את השימוש בו בהקשר הנוכחי. אם אין יחסי עבודה כאשר אדם מעסיק אחר תחת איום, משום שהעבודה היא רק "נלווית" למעשה הפלילי, גם לא יהיו יחסי עבודה כאשר העובד הוא זה אשר תחת איום ומבצע את העבודה מטעם זה. גם אז תהיה העבודה "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

ככמה פסקי דין של בתי דין אזוריים הוצע "מבחן מקדמי שלילי" שלפיו אדם לא ייחשב עובד אם הייתה לצדדים "כוונה להתקשרות אשר שוללת יחסי עובד-מעביד".¹⁶⁵ במקרה אחד גם

¹⁶⁰ בן-ישראל, לעיל ה"ש 126, בעמ' 87. לדוגמא של משגיח כשרות, ראו דב"ע (ארצי) 3-9/70 ברני – שנה (נבו) 20.7.1970.

¹⁶¹ פרשת זר, לעיל ה"ש 3, ובעיקר בפס' 70 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה.

¹⁶² ראו למשל ע"ע (ארצי) 390/08 דליע – כחול לבן (2006) בע"מ (נבו) 5.7.2009; ס"ע (אזורי י-ם) 44689-04-12 הדלין – רמי לוי שווק השקמה בע"מ (נבו) 30.7.2014; סע"ש (אזורי נצ') 1065-02-18 חמדוני – דני - הי (מטוחי קיסריה) בע"מ (נבו) 28.6.2020. כמובן שאם יש טענות לפלילים יש לבחון אותן בנפרד; נראה שבאף אחד מהמקרים האלה לא הוגשה תלונה במשטרה.

¹⁶³ ע"ע (ארצי) 16060-11-20 גבועה – א.ס.ע.ד תשתיות בע"מ, פס' 6 לפסק הדין (נבו) 15.3.2022.

¹⁶⁴ ראו תת-פרק ב.6. להלן.

¹⁶⁵ ראו עב' (אזורי נצ') 1264/02 בונה – פלטים אבירים בע"מ, פס' 10 לפסק הדין (נבו) 12.9.2004; עב' (אזורי נצ') 2320/03 שטרן – בית שאן חרוד אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פס' 3 לפסק הדין (נבו) 12.1.2007; תע"א (אזורי נצ') 1309-10 גלפנד – קיבוץ עין השופט, פס' 7 לפסק הדין (נבו) 1.12.2011.

אוזכר מבחן זה בבית הדין הארצי בהסכמה, אולם כלאחר יד ללא כל דיון או הנמקה.¹⁶⁶ מבחן זה בעייתי אם הוא מתבסס על השאלה אם הצדדים ראו את היחסים ביניהם כיחסי עובד-מעסיק,¹⁶⁷ כלומר נותן משקל מרכזי לבחירת הצדדים. גישה כזו מנוגדת חזיתית לרעיון שלפיו עובד הוא דבר "הקרוב לסטטוס",¹⁶⁸ ולכן אינני סבור כי זו הייתה כוונת הפסיקה. דומני כי יש להבין את המבחן כבודק אם הצדדים התכוונו ליצור יחסים משפטיים מחייבים – שאם לא כן, ההנחה היא שהעבודה אינה מזכה בתמורה. למשל, עזרה שניתנת על בסיס חברי או משפחתי בדרך כלל אינה מזכה בתמורה אם הצדדים לא התכוונו ליצור יחסים משפטיים מחייבים. במובן צר זה אכן כוונת הצדדים רלוונטית, ודומה שיש בכך מרכיב מסוים מזרישת הקשר החוזי שנותר, לפחות במידה מסוימת, כמבחן סף מחייב. אולם המבחן צריך להיות אובייקטיבי ולהתמקד במאפיינים העובדתיים של ההתקשרות ולא לפנות לכוונת הצדדים בדבר 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 בלי 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.¹⁶⁹ באותה מידה אין סיבה לתת לה תוקף כאשר מדובר בהבחנה בין עובד למתנדב או במקרים אחרים שבהם העבודה אינה מזכה בתמורה.¹⁷⁰

פסק הדין של בית הדין האזורי בנצרת בעניין גלפנד מדגים את הקושי במבחן של כוונה לשלול יחסי עבודה.¹⁷¹ באותו מקרה דובר בעולה חדש אשר בהמלצת נציגי הסוכנות היהודית הצטרף עם עלייתו לארץ ל"תוכנית אולפן קיבוץ". לפי התוכנית העולים מתגוררים בקיבוץ, הם לומדים באולפן שלושה ימים בשבוע ועובדים בענפי הקיבוץ בשלושת הימים האחרים.

¹⁶⁶ ע"ע (ארצי) 1501/04 בונה – פלטים אביזרים בע"מ (נב, 9.1.2005). 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 היה ברור שההלכות הישנות בדבר דרישת התקשרות חוזית כבר אינן חלות. לפיכך הציע בית הדין האזורי מבחן חלופי, ולפיו יש לבדוק אם קיימת התקשרות שיוצרת קשר משפטי בין הצדדים 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".

¹⁶⁷ לעיתים ניתן בפסיקה במפורש משקל רב לכך. ראו למשל ס"ע (אזורי ת"א) 37499-04-11 פנאן – חברת מועדון הכדורסל מכבי תל-אביב (1995) בע"מ, פס' 34 לפסק הדין (נבו 9.8.2015).

¹⁶⁸ ראו לעיל ה"ש 124.

¹⁶⁹ אומנם 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; דב"ע (ארצי) נד/238-3 בן-דוד – המועצה האזורית מרחבים, פד"ע כח 461, 466 (1995).

¹⁷⁰ על הקוגנטיות של סטטוס "עובד" גם למול הסכמה להיחשב "מתלמד" או "מתנדב" ראו למשל פרשת טוילי, לעיל ה"ש 46; ע"ע (ארצי) 1403/01 סרוגי – המוסד לביטוח לאומי (נבו 3.5.2004).

¹⁷¹ פרשת גלפנד, לעיל ה"ש 165.

נוסף על זה הם נהנים ממגורים, מאוכל, משירותים חיוניים ומפעילויות חברה ותרבות. משך התוכנית חמישה חודשים, ובמהלכה המשתתפים אינם 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 נגד הקיבוץ ונגד המפעל שבו עבד. השופטת איצקוביץ דחתה את התביעה, מאחר שסברה שהצדדים התכוונו ליצור יחסים שאינם יחסי עבודה.¹⁷² אכן, אם בוחנים את כוונת הצדדים בעניין 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 כמה חודשים בהיקף ניכר לא יינה מההגנות של דיני העבודה. איננו צריכים לתת משקל לויתורו על הסטטוס, כנראה בלי להבין את ההשלכות וכעניין נלווה לרצונו לעלות ארצה.¹⁷³ אילו היה מדובר בהתנסות קצרה של ימים ספורים בעבודות במשק הקיבוץ, היה אפשר לראות בזה פעילות חווייתית כחלק מתוכנית האולפן ולא כעבודה שמזכה בתמורה. לא כך הדבר כאשר מדובר בעבודה "רגילה" (שהמעסיק מפקח ממנה תועלת של ממש) בהיקף ניכר. גם אין סיבה לשלול מהמועסק זכויות מפני שהוא מקבל הטבות שונות כחלק מה"תוכנית". לפי חוק הגנת השכר יש לשלם שכר במזומן,¹⁷⁴ וכמובן יש גם זכויות רבות אחרות שמגיעות לו כעובד. הסוכנות, או הקיבוץ, יכולים 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 שיש לקזז משכר של מתמחה בייעוץ מס את עלות ההדרכה שממנה הוא נהנה.¹⁷⁵

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

¹⁷² שם, בפס' 8.

¹⁷³ 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 (2020).

¹⁷⁴ ס' 2 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958. אם כי מותר (לפי סעיף 3 לחוק) לשלם חלק משכר העבודה באוכל ובמשקאות המיועדים לצריכה במקום העבודה וכן בדיוור, כפוף לתנאים המפורטים שם. בפסיקה נקבע כי אותו "חלק" אינו יכול להיות עיקר השכר. ראו ע"ע (ארצי) 300333/97 כהן – קבורה, פד"ע לו 755 (2002).

¹⁷⁵ פרשת טוילי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 752.

5. מתנדבים

המקרה המרכזי שבו מבחן הסף של "מזכה בתמורה" מעורר התלבטות הוא התנדבות.¹⁷⁶ מחד ברור שיש לאפשר את הפעילות החברתית הראויה של התנדבות בלי להפוך כל מתנדב לעובד באופן שיסכל את מרבית הפעילות הזו,¹⁷⁷ ומאידך ברור שלא די בכותרת "מתנדב" כדי להצדיק התחמקות מדיני העבודה. דוגמא בולטת להתחמקות כזו הוא המקרה שבו סוהייר סרוג'י 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. מקרה זה נתפס בבית הדין הארצי, בצדק, כמקרה ברור של יחסי עבודה והפרה בוטה של זכויות המועסקת.¹⁷⁸ החולשה של העובדת באותו מקרה נוצלה בידי המעסיק כדי לגרום לה להסכים לעבוד בחינם, ובדיוק בשביל מקרים כאלה נדרשת הגנת דיני העבודה. אולם בתוך בין שני הקצוות יש 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 עניין 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".¹⁷⁹ השופט צור הבהיר כי בדומה למבחן לזיהוי עובד לעומת קבלן עצמאי, עצם קיומו או היעדרו של מרכיב כזה או אחר אינו מכריע, אלא יש לבחון את מכלול היחסים.¹⁸⁰

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

¹⁷⁶ גם בארצות הברית נאמר בפסיקה כי המבחנים הרגילים להבחנה בין עובד לקבלן אינם רלוונטיים 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 ולדיון, ראו Mitchell H. Rubinstein, *Our Nation's Forgotten Workers: The Unprotected*, 9 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 147 (2006) *Volunteers*, 9 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 147 (2006). לסקירה עדכנית יותר של הפסיקה בארצות הברית, ראו Ariana R. Levinson & Chad Eisenback, *Cooperative Principles and Fair Labor Standards: Volunteering for Food*, 2020 MICH. ST. L. REV. 189 (2020), במיוחד בעמ' 224 ואילך.

¹⁷⁷ בית הדין הארצי תיאר התנדבות כ"תופעה חברתית מבורכת שיש מקום לטפחה ולהתייחס אליה באהדה ובכבוד" (ע"ע (ארצי) 1270/00 פרידמן – הוז, פד"ע לח 39, פס' 6 לפסק הדין (2002)).

¹⁷⁸ ע"ע סרוג'י, לעיל ה"ש 170.

¹⁷⁹ ע"ע פרידמן, לעיל ה"ש 177, בפס' 6.

¹⁸⁰ שם, בפס' 7.

שתרומתו תהיה אפקטיבית, ואין בכך כדי לשלול אפשרות של התנדבות אותנטית.¹⁸¹ העובדה שאין משולמת תמורה כספית מניחה את המבוקש; השאלה היא אם צריך להשתלם שכר. כמו כן אולי אין מרות פורמלית, אבל גם מתנדב אותנטי פועל לפי הנחיות המעסיק בזמן שהתו במקום העבודה. גם האפשרות של הצדדים לסיים את ההתקשרות בכל עת אינה מסייעת להבחין בין התנדבות ליחסי עבודה שהרי גם יחסי עבודה ניתן לסיים.¹⁸²

דומני כי שאלה מכרעת שלא באה לידי ביטוי בפסיקה – לפחות לא במפורש – היא **מדוע** מוכן המועסק לתת מזמנו ומכישוריו בלי לקבל שכר, לא במובן של כוונת הצדדים להתקשרות אלא בהתייחס למוטיבציה של המועסק בלבד.¹⁸³ 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 הינו שהיא נעשית לטובת גוף שפועל שלא למטרת רווח.¹⁸⁴ הניחו למשל גמלאי שזמנו בידו, והוא נהנה מפנסיה כמקור פרנסה ומבקש לתרום לחברה בהתנדבות בבית חולים או במוסד אחר שאינו פועל בכוונת רווח. ייתכן 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 לעודדה ולאפשרה. ייתכן שיש מקום להחיל חלק מדיני העבודה (למשל, גם מתנדב זקוק להגנות של בטיחות בעבודה או כנגד התעמרות או הטרדה מינית), אבל אין צורך בכלל להגנות של דיני העבודה. ומאחר שאין מקום להחיל את כל הזכויות הקשורות לשכר – שמהוות את הבסיס של דיני העבודה – הגיוני לקבוע שאין מדובר ב"עובד" ולהרחיב

¹⁸¹ התנדבות במד"א למשל מתחילה בקורס, ונדרשת התחייבות למינימום של 16 שעות התנדבות בחודש למשך שנתיים. ראו "התנדבות בוגרים (מעל גיל 18) במגן דוד אדום בישראל" מגן דוד אדום בישראל: ארגון ההצלה הלאומי <https://bit.ly/3OGBlk9>.

¹⁸² 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 813, 420–424 (2010).

¹⁸³ 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). לאחר פרסום גרסה ראשונה של מאמר זה, וטרם פרסום הנוסח הסופי, אומצה במידה רבה ההצעה המפורטת כאן. זאת תוך הוספה כי ההתנדבות צריכה להיות "אותנטית ולגיטימית" כמבחן-על. ראו ע"ע (ארצי) 40612-05-22 **המועצה הדתית פתח תקוה – רבינוביץ'** (נבו 5.7.2023), בפס' 71 ואילך.

¹⁸⁴ ניתן להיעזר לעניין זה בהגדרת "מתנדב" בסעיף 287 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב]. בע"ע סרוגי, לעיל ה"ש 170, 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" (שם, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ארד). הבחנה זו היא בוודאי רלוונטית להבנה אם מדובר בהתנדבות אלטרואיסטית. עם זאת אין לשלול גם אפשרות של התנדבות במסגרת המגזר הציבורי.

הגנות ספציפיות גם למתנדבים לפי הצורך.¹⁸⁵ הרחבה כזו ראוי שתיעשה בחקיקה.¹⁸⁶ יש להבהיר כי גם פעילות שנראית אלטרואיסטית יכולה להקים יחסי עבודה אם יש סימנים לכך שמדובר בעבודה ש"מזכה בתמורה", למשל כאשר הצדדים הסכימו ביניהם על תשלום.¹⁸⁷ אולם בהיעדר סימנים כאלה, וכאשר יש 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 מעיד 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".¹⁸⁸ באותו מקרה שימשה התובעת בהתנדבות מנהלת אדמיניסטרטיבית של תיאטרון קהילתי במשך 17 חודשים. במהלך התקופה השתתף התיאטרון בעלות של קורס למנהלי תיאטרון שהתובעת השתתפה בו, ונקבע כי אין בכך כדי להצביע בהכרח על יחסי עבודה. מסקנה זו נראית לי סבירה אם מדובר בתמורה שהיא שולית/זניחה (או "סמלית"), שבאה לשקף הכרת תודה למתנדב ותו לא. גם בארצות הברית,¹⁸⁹ בבריטניה¹⁹⁰ ובקנדה¹⁹¹ החזר הוצאות או תשלום סמלי אינם שוללים התנדבות אותנטית. ניתן לסכם את הרלוונטיות של תמורה כן: כאשר אדם מקבל תמורה לא מבוססת עבור עבודתו, לא 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 מבצעה, היה המעסיק מטיל אותה על עובד בשכר? לדעתי אין מקום לשלול זאת.

¹⁸⁵ על הרחבת חלק מההגנות של דיני העבודה לקבוצות ספציפיות כמו מתנדבים, ראו MARK FREEDLAND & NICOLA KOUNTOURIS, THE LEGAL CONSTRUCTION OF PERSONAL WORK RELATIONS (2011) 145. ראו גם לעיל ה"ש 9–11 והטקסט הסמוך להן.

¹⁸⁶ אומנם אשר לשותפים בשותפות גדולה טענתי לעיל שאף שחלק מדיני העבודה לא מתאים שיחולו, ראוי לקבוע זאת בפסיקה בדרך של פרשנות תכליתית (ראו תת-פרק א.6. לעיל). עקרונית ניתן לנקוט אותה דרך גם במקרה הנוכחי, אולם נראה לי שכאשר מדובר בעבודה שבמהותה לא נועדה למטרות הכנסה, הריחוק מיחסי עבודה גדול יותר ומצדיק ברירת מחדל הפוכה.

¹⁸⁷ ראו למשל דב"ע (ארצי) לט/112-3 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 ובחגים. העובדה שניתן לו תשלום על כך הכריעה בעד הכרה בו כ"עובד".

¹⁸⁸ ע"ע פרידמן, לעיל ה"ש 177, בפס' 12.

¹⁸⁹ בארצות הברית נקבע בחוק העבודה המרכזי כי הוא אינו חל על מתנדבים ברשויות ציבוריות, ובלבד שהם אינם מקבלים שכר, כאשר החזר הוצאות או תמורה סמלית אינם נחשבים כגדר זה. ראו Fair Labor Standards Act, 29 U.S.C. § 203(e)(4). ראו גם התקנות הפדרליות בהקשר זה: 29 C.F.R. § 553.101-106. הפסיקה בארצות הברית אימצה מבחן זה גם בהקשרים של התנדבות מחוץ למגזר הציבורי. ראו סקירת הפסיקה אצל Uhlman, לעיל ה"ש 116.

¹⁹⁰ ראו ZOE ADAMS ET AL., לעיל ה"ש 37 (בבריטניה אין התייחסות לתשלום סמלי אלא התמקדות בהחזר הוצאות).

¹⁹¹ בפסיקה בקנדה כדי להכריע אם מדובר בהתנדבות שמים דגש על השאלה אם יש תשלום עבור העבודה, כאשר אצל Braley-Rattai, לעיל ה"ש 183, בייחוד בעמ' 261.

בדוגמה שתוארה לעיל של גמלאי שתורם מזמנו לבית החולים יהיה מאולץ ולא סביר להגביל את אפשרויות ההתנדבות רק לתפקידים שבית החולים לא באמת צריך. 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, והתושבים נקראים להתנדב לשמש כבאים. בנסיבות כאלה ייתכן 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.¹⁹² אם ההתנדבות נדרשת כדי לספק שירותים בסיסיים ברמה סבירה לקהילה של המתנדב, אין מדובר לדעתי באלטרואיזם.

סיבה שנייה שבגללה מועסקים מוכנים לעיתים לעבוד ללא שכר היא לצורכי קידום עצמי. למשל, בארצות הברית מקובלת תופעה של "מתמחים" ללא שכר (unpaid interns), שבה צעירים (למשל סטודנטים) עובדים כדי לצבור ניסיון תעסוקתי, לפתח קשרים ולהעשיר את קורות החיים שלהם. לפחות בחלק מהמקרים הכירה הפסיקה בארצות הברית במקרים אלה כהתנדבות אותנטית.¹⁹³ התופעה התפשטה למדינות נוספות.¹⁹⁴ חשוב להבהיר שאין מדובר במתמחים שרוכשים הכשרה למקצוע מסוים, שעליהם דיברתי בפרק א, אלא המטרה המוצהרת היא צבירת ניסיון עבודה כללי. אפשר לראות סוג כזה של העסקה כנמצא על גבול משולש בין עבודה "רגילה", לימוד והתנדבות.¹⁹⁵ ברם מאחר שאין מדובר בהכשרה שנעשית כחלק מתוכנית אקדמית, כפי שצוין לעיל אין מקום לראות בזה "לימוד".¹⁹⁶ יש 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 חולשתו של המועסק כדי לכפות עליו עבודה שבה הוא יסתפק בתמורה מסוג של רכישת ניסיון, אפשרות להמלצה או שיפור הסיכוי לקבל עבודה בעתיד.¹⁹⁷ 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,¹⁹⁸ השימוש בתמורה חלופית ללא תשלום של שכר מינימום אסור. המועסקים שמקבלים עבודה כדי

¹⁹² הדוגמה 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. כשמדובר בהתנדבות במסגרת קהילה קטנה יותר לטובת אותה קהילה, הקושי האמור מתעורר.

¹⁹³ ראו למשל פרשת Glatt v. Fox Searchlight Pictures, Inc., לעיל ה"ש 42. לביקורת על הפסיקה בתחום זה, ועל התופעה בכללותה, ראו למשל Yamada, *Unpaid Internships*, לעיל ה"ש 35; Garden & Slater, לעיל ה"ש 35. ראו גם David C. Yamada, *The Employment Law Rights of Student*, לעיל ה"ש 42, *Second Circuit Crafts; Interns*, 35 CONN. L. REV. 215 (2002).

¹⁹⁴ לסקירה, ראו Owens & Stewart, לעיל ה"ש 64.

¹⁹⁵ שם, בעמ' 681.

¹⁹⁶ על כך ראו תת-פרק א.3. לעיל.

¹⁹⁷ 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).

¹⁹⁸ ס' 2 לחוק הגנת השכר.

לצבור ניסיון זקוקים להגנת דיני העבודה, שמבטיחים להם פרנסה הוגנת בתמורה לעבודתם, והרי אי אפשר להתפרנס מציפייה לא-ודאית להכנסה עתידית. הכרה במקרים כאלה כ"התנדבות", אף שמדובר בעבודה שמזכה בתמורה, לא רק תסכל את הוראת חוק הגנת השכר אלא גם תשלול את מגוון ההגנות האחרות של דיני העבודה. גם אין מקום לחשש שתופעה שיש בה תועלת לסטודנטים תיעלם; למעסיקים רבים יהיה כדאי לקיים אותה גם בתשלום 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 שיש להם גב כלכלי חזק יכולים להרשות לעצמם "התמחות" בחינם.

ברוח זו נפסק כי עבודה תמורת "קרדיט" של מאפרת במסגרת הפקות אינה יכולה לשמש תחליף לשכר ולזכויות עובדים.¹⁹⁹ כמו כן אדם ששימש רב שכונה והתקבל לתפקיד על בסיס מכרז שבו נאמר כי התפקיד הוא בהתנדבות, אולם הובטח לו כי יקבל שכר ונשאר זמן רב בתפקיד ללא תשלום על בסיס הבטחות חוזרות ונשנות כאלה, הוכר בבית הדין האזורי כעובד.²⁰⁰ דומני כי ניתן לראות את הסכמתו לעבוד זמנית בהתנדבות כנובעת מרצון לממש את ההבטחות שניתנו לו להעסקה בשכר, כלומר סוג של קידום עצמי (שאינו משקף רצון אותנטי להתנדב).²⁰¹ לעומת זאת נפסק, לדעתי בטעות, כי "מיסטיקנית" ששידרה שעה שבועית קבועה ברדיו והסכימה לעבוד ללא שכר כדי לפרסם באמצעות השידור את שירותיה, אינה עובדת.²⁰² כאשר אדם מוכן לעבוד ללא שכר לטובת קידום עצמי, הסכמתו אינה רלוונטית – גם אם ידע שלמעסיק אין תקציב לשלם לו – שכן לא ניתן לוותר על סטטוס.²⁰³ מוטיבציה שלישית שבגינה יש מועסקים שמוכנים לעבוד בחינם היא הנאה או עניין אישי (כתחביב) ולעיתים עניין מקצועי (אבל בניגוד למקרה הקודם, לא לצורך קידום עצמי במובן הישיר). רק לקבוצה שלישית זו – בניגוד לשתי קבוצות המקרים הקודמים – רלוונטית לדעתי השאלה אם 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 שמהווה תמורה שאינה כספית, אזי גם אם מדובר בעובד נוסף על המכסה 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 רלוונטית. 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

¹⁹⁹ פרשת פרוכניץ, לעיל ה"ש 59.

²⁰⁰ סע"ש (אזורי ת"א) 14047-12-17 רבינוביץ' – עיריית פתח תקווה (נבו 11.4.2022).

²⁰¹ לאחר פרוסום גרסה ראשונה של מאמר זה, וטרם פרוסום הנוסח הסופי, ניתן פסק דין בערעור ובו נקבע שההתנדבות הייתה אותנטית במקרה זה. זאת במידה רבה על בסיס המבחנים שהוצעו כאן, ועל בסיס מסקנה שהמוטיבציה של התובע להתנדבות הייתה תחושת שליחות רוחנית, שנופלת לגדר המוטיבציה השלישית להלן. ראו פרשת רבינוביץ', לעיל ה"ש 183, בפס' 91 ואילך.

²⁰² סע"ש (אזורי ת"א) 51499-04-15 ורשבסקי – רדיו ללא הפסקה בע"מ (נבו 11.10.2018).

²⁰³ עב' (אזורי ב"ש) 1913/02 צברי – א.ת.י. אשקלון תעשיות ידע ניהול ואחזקות חממה בע"מ, פס' 90 לפסק הדין (נבו 23.11.2005).

אותנטית.²⁰⁴ קחו למשל שופט בדימוס שמבקש ללמד קורס בתור מורה מן החוץ באוניברסיטה. נאמר לו שאין תקציב לכך, אבל האוניברסיטה תשמח להציע קורס בחירה שנוסף על המכסה הרגילה, אם השופט מעוניין ללמד בהתנדבות. לדעתי, במקרים כאלה מדובר בהתנדבות אותנטית ולגיטימית. יש להבחין בין מקרה זה למקרה שבו בעל מקצוע מעוניין להיות קשור עם מוסד מסוים בשל היוקרה והתועלת המקצועית ומוכן לעבוד בשל כך בחינם – דוגמה שתיכנס לקבוצה הקודמת (התנדבות לצורך קידום עצמי, שאינה התנדבות אותנטית לטענתי).²⁰⁵

ברוח זו הוכרו בפסיקה כמתנדבים עוזרת אדמיניסטרטיבית בתיאטרון קהילתי לא מסחרי, שכלל הצוות בו הורכב ממתנדבים;²⁰⁶ שחקן כדורגל בליגה א שנתפסת כליגת חובבים;²⁰⁷ קריין חדשות ברדיו שביקש לעשות זאת כתחביב, בהיקף מצומצם (בניגוד לשרדן רדיו אחר, שהועסק בהיקף גדול, וכן הוכיח כי הובטח לו שכר);²⁰⁸ רכזת במטה מפלגה לקראת בחירות עירוניות שהייתה גם מועמדת ברשימת אותה מפלגה;²⁰⁹ וכן מנהל קבוצת דיון באינטרנט, במסגרת אתר "וואלה קהילות".²¹⁰ בכל המקרים האלה התביעות לזכויות מכוונות דיני העבודה נדחו. אשר לנציבים בתעשיית הקולנוע/טלוויזיה נפסק כי הם עשויים להיחשב מתנדבים או עובדים, כתלות בנסיבותיו של כל מקרה.²¹¹

מספר מקרים שעסקו בבעלי תפקידים בקבוצות כדורסל חושפים חוסר אחידות מסוימת בפסיקה של בתי הדין האזוריים. אשר לעוזר מאמן בקבוצת כדורסל נשים בליגת-העל שטען כי הובטח לו שכר, אומנם 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.²¹² נימוק זה לא הופיע בשני מקרים אחרים שגם בהם הוכחה עבודה סדירה: בעניינו של מנהל בקבוצת כדורסל שעבד ללא תשלום נפסק שעשה זאת בהתנדבות מאחר שהיה "אוהד שרוף" של הקבוצה, למרות עבודה בהיקף גדול ואף שהקבוצה העסיקה גם מנהלים בשכר ונוהלה כעסק לכל דבר;²¹³ גם בעניינה של רופאה של קבוצת כדורסל בליגת-העל שהגיעה לכל המשחקים ונתנה סיוע שוטף לשחקנים אולם לא קיבלה שכר אף שביקשה

²⁰⁴ ראו ע"ע (ארצי) 10083-03-16 אקסנוב – העמותה לקידום הספורט בנצרת עלית (נבו 5.6.2017); סע"ש (אזורי ת"א) 11343-08-15 רון – גלי צה"ל, פס" 12 לפסק הדין (נבו 26.8.2018).

²⁰⁵ 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 האפשרויות לקידום מקצועי. ראו *Anemona Hartocollis, Help Wanted: Adjunct Professor, Must Have Doctorate. Salary: \$0*, N.Y. TIMES (Apr. 6, 2022), <https://bit.ly/3qmCFOI>.

²⁰⁶ ע"ע פרידמן, לעיל ה"ש 177.

²⁰⁷ סע"ש (אזורי ב"ש) 47986-12-16 בניטח – מכבי – העמותה לקידום הספורט בקרית גת (נבו 3.10.2018).

²⁰⁸ ראו פרשת רון, לעיל ה"ש 204; ומנגד ראו עב' (אזורי ת"א) 5666/02 אבל – רדיו אפ. אמ. השפלה בע"מ (נבו 6.1.2005).

²⁰⁹ עב' (אזורי ת"א) 7309/02 מוסקוביץ – עזבון לוי (נבו 11.1.2007).

²¹⁰ עב' (אזורי ב"ש) 1923/06 יששכרי – חברת וואלה! תקשורת בע"מ (נבו 16.6.2009).

²¹¹ דמ"ש (אזורי ת"א) 1555-10 זילברג – במרום הפקות בע"מ (נבו 24.5.2013).

²¹² סע"ע (אזורי ת"א) 1193-03-14 בצלאל – מתגנס תל כביר-מכבי, פס" 6 לפסק הדין (נבו 17.1.2016).

²¹³ פרשת פנאן, לעיל ה"ש 167. ייתכן שההכרעה באותו מקרה קשורה לעובדה שהמנהל היה גם בעל מניות בחברה או לעובדה שהוא מעולם לא העלה בעצמו טענה של יחסי עבודה – התביעה הוגשה לאחר מותו על ידי העיזבון.

זאת מעת לעת, נפסק שהיא הייתה מתנדבת – מה שלדעתי לא נתן משקל מספיק לעובדה שמדובר בתפקיד הכרחי בקבוצה, כאשר ללא עבודתה של אותה רופאה היה על הקבוצה להתקשר עם רופא אחר.²¹⁴ בשני המקרים האחרונים דומה שהכרה ביחסי התנדבות פותחת פתח לניצול מצד המעסיק.

סיבה רביעית ואחרונה לכך שעובד מוכן לעיתים לעבוד ללא שכר היא כחלק מהסדר רחב יותר שממנו הוא נהנה. למשל: התעוררה שאלה בעניינו של אדם שניתנה לו אפשרות להתגורר ללא תשלום בשטח של כנסייה, ובתמורה הוא התבקש לשמור על בית העלמין הצמוד לכנסייה ולדאוג לניקיונו.²¹⁵ אילו היה מדובר בעבודה בהיקף גדול, 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 באופן שנראה כדרישה לתמורה, אבל היקף העבודה שהוטל עליו היה קטן 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 בכמה פסקי דין, בוטל למעשה בפסיקה חדשה יותר. עם זאת לא ברור אם ביטול זה חל גם על המרכיב של המבחן שבוחן אם העבודה היא "מטרה בפני עצמה", בשונה מ"תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת".²¹⁶ 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 הכנסייה. מנגד, אם מדובר במחויבות נוקשה יותר לבצע עבודה, אזי צריכים לחול דיני העבודה. אין לאפשר שלילת זכויות של "עובד" בעסקאות של עבודה כנגד תמורה חלופית שאינה שכר.²¹⁷

6. חברי אגודה שיתופית וקיבוץ

הפסיקה בהקשר של אגודות שיתופיות דומה למדי לזו שעסקה בשותפויות, אולם הדגש בה שונה, ולכן הדיון בה במאמר הנוכחי נפרד. כפי שנאמר לעיל,²¹⁸ שני נימוקים שימשו בפסיקה להחרגת שותפים מיחסי עובד-מעסיק: השותף הוא גם בעלים ואינו יכול להיות מעסיק של עצמו; העבודה אינה מטרה בפני עצמה אלא נלווית למטרה אחרת. אם בהקשר של שותפים ההתמקדות הייתה במרבית המקרים בנימוק הראשון, הרי שבהקשר של אגודות שיתופיות

²¹⁴ סע"ש (אזורי ב"ש) 17332-09-19 נקר – מועדון כדורסל אילת 2016 בע"מ (חל"צ) (נבו 28.3.2022).

²¹⁵ סע"ש (אזורי חי') 17345-03-13 מלשה – מנהלת הכנסיה המארונית (נבו 8.2.2015).

²¹⁶ פרשת עזובן ורי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 13.

²¹⁷ והשוו לריסטייטמנט האמריקאי, שמתאר את הדין בארצות הברית, ולפיו בנסיבות שבהן ניתנת תמורה, גם כזו שאינה כספית וגם אם היא ניתנת בידי צד שלישי, לא מדובר בהתנדבות (RESTATEMENT OF EMP'T LAW), לעיל ה"ש 18, בעמ' 21.

²¹⁸ ראו תת-פרק א.6. לעיל.

המשקל העיקרי ניתן ל"מבחן המטרה בפני עצמה"²¹⁹. כהמשך ישיר למבחן זה התקבעה התפיסה שבאגודה שיתופית אדם "עובד משום שהוא חבר, והוא חבר משום שהוא עובד"²²⁰. העבודה אינה העיקר אלא נלווית לחברות, ולכן חבר באגודה שיתופית שכחלק מחברותו עובד עבור האגודה, אינו זכאי לפי הפסיקה לזכויות של עובד.²²¹ ניתן לומר שלפי גישה זו, היות שעבודה נלווית לחברות, שהיא ה"עיקר", היא אינה מזכה בתמורה.

כבר עמדתי לעיל על הקשיים שבמבחן "המטרה העיקרית" ככלל, ואף הראיתי שהוא בוטל למעשה בפסק הדין החדש בעניין **חיים זר**.²²² עם זאת בהקשר הנוכחי מדובר בהיבט נפרד של אותו מבחן, שלא נדון בפרשת זר, והוא הבחנה בין מטרה (עיקרית) שהיא עצמאית – מטרה בפני עצמה – לביצוע עבודה מחד, לעבודה שאינה אלא נלווית למטרה אחרת מאידך. לדעתי יש כמה קשיים בשימוש במבחן זה: ראשית, כשמדובר בעסק קטן, לעיתים העבודה חשובה לא פחות מהשקעת ההון, וניתן להניח שעבור השותפים או חברי האגודה השיתופית המרכיב של העבודה הוא עניין עיקרי וחשוב ולא ספח נלווה; שנית, לפי מבחן זה אין הבדל בין אגודה שיתופית של אנשים מעטים לבין אגודה של מאות או אלפי אנשים, הבחנה אשר כפי שהובהר בהקשר של שותפויות היא בעלת חשיבות; שלישית, וחשוב מכול, לא ברור מדוע זיהוי העבודה כ"מטרה בפני עצמה" הוא בעל חשיבות מנקודת המבט של הגשמת תכלית דיני העבודה. אם אדם משקיע את מרב 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 אפוא שמבחן סף זה (אם הוא עדיין בתוקף) אינו תואם את תכליות דיני העבודה. לשון אחר, העובדה שאדם "עובד משום שהוא חבר"²²³ אינה לדעתי הצדקה לשלול ממנו זכויות והגנות של דיני העבודה. אומנם לפי הפסיקה אין מניעה שלצד החברות באגודה (ובנפרד ממנה) יסכימו הצדדים על חוזה עבודה – זאת כאשר החברות עצמה באגודה אינה מחייבת את החבר לעבוד עבורה.²²⁴ אבל באגודה שיתופית שבה החברים

²¹⁹ פרשת **עזובן ורי**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 13.

²²⁰ דב"ע (ארצי) לו/70-0 **המוסד לביטוח לאומי – מירמי**, פד"ע ח 371, פס' 6 לפסק הדין (1977); צוטט בהסכמה גם על ידי בית המשפט העליון בע"א 4114/90 **בן שושן נ' כריכיה קואופרטיבית בע"מ**, פ"ד מח(1) 415, פס' 6 לפסק הדין (1993).

²²¹ ראו ע"א 431/72 **"בית-שאן" מאפיה קואופרטיבית נ' פיירשטיין**, פ"ד כז(2) 66 (1973); פרשת **מורדוכובין**, לעיל ה"ש 14; ע"א **בן שושן**, לעיל ה"ש 220. לסקירת פסיקה נוספת בנושא, ראו סמדר אוטולנגי "מעמד חבר אגודה שיתופית כעובד האגודה" **שנתון משפט העבודה** ב 31 (1991).

²²² פרשת **זר**, לעיל ה"ש 3. כן ראו סעיף 2 לעיל.

²²³ עניין **מירמי**, לעיל ה"ש 220, בפס' 6.

²²⁴ ראו את פסקי הדין המוזכרים לעיל בה"ש 221. כך למשל במקרה שבו חבר מושב (אגודה שיתופית) עבד כגזבר הגיע בית הדין למסקנה שביצע זאת לא מתוקף חובותיו כחבר אגודה, אלא היה עובד של האגודה לצד היותו חבר בה (דב"ע (ארצי) נד/246-3 **אהרונוביץ – רוגות מושב עובדים**, פד"ע כז 481 (1995)). יש לציין כי בפרשת **מירמי**, לעיל ה"ש 220, שלל בית הדין את האפשרות ליחסי עבודה שמקבילים לחברות כאשר מדובר באגודה יצרנית, בשונה מאגודות אחרות, אולם בית המשפט העליון הבהיר לאחר מכן שחריגים ייתכנו גם באגודה יצרנית (פרשת **בן שושן**, לעיל ה"ש 220, 424).

מצופים לעבוד – בין שמדובר בקואופרטיב יצרני ובין שמדובר בקיבוץ – עבודה זו אינה נחשבת ליוצרת 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 כמה אנשים באגודה שיתופית קטנה לצורך הפעלת מאפייה, כאשר כל חבר באגודה חויב לעבוד בה בתפקיד כלשהו, וכולם קיבלו אותו נתח מהרווחים.²²⁵ בדומה לזה, פרשת **בן שושן** עסקה באגודה שיתופית בשם כריכיה קואופרטיבית בע"מ, שכללה ארבעה חברים שכולם עבדו בכריכיה.²²⁶ בשני המקרים הטענה שחברי האגודה היו עובדים שלה נדחתה.²²⁷ אולם נראה שההצדקה לכך היא שמדובר למעשה בחיבור עסקי בין כמה בעלים שבמקום להקים כל אחד מהם עסק עצמאי לבדו (כקבלנים עצמאיים), עשו זאת במשותף עם אחרים.²²⁸ בדומה לניתוח שנעשה בפרק א לעיל בדבר שותפות קטנה, חברי האגודה הם במקרה כזה בעלים של העסק, מהותית ולא רק פורמלית; הם אינם "עובדים עבור הזולת" ולכן אינם עובדים. בדומה לזה, כאשר מדובר באגודה שיתופית גדולה המונה חברים רבים (כפי שהייתה, למשל "אגד"), מתאים הניתוח שנעשה בפרק א בדבר שותפות גדולה. כלומר, לדעתי במקרים של אגודה שיתופית גדולה אין לשלול במסגרת מבחן סף את האפשרות שהחברים יוכרו כעובדים, אלא להתקדם לבחינת קיומן של כפיפות ותלות לפי המבחן 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.²²⁹

קיבוצים מאוגדים כאגודות שיתופיות, אבל מצריכים התייחסות נפרדת. בפסיקה הוחלו על חברי קיבוץ הכללים הרגילים שפותחו בעניינן של אגודות שיתופיות, ולפיכך סירבו בתי הדין להכיר בחברי קיבוץ כעובדים של הקיבוץ,²³⁰ זאת גם בנסיבות שבהן החבר "הושאל"

²²⁵ פרשת "בית-שאן", לעיל ה"ש 221.

²²⁶ פרשת **בן שושן**, לעיל ה"ש 220.

²²⁷ מעניין שהחברים עצמם לא תבעו את האגודה. בפרשת "**בית-שאן**" (לעיל ה"ש 221) התובע היה העיזבון של החבר. בפרשת **בן שושן** (לעיל ה"ש 220) הייתה התביעה בעיקרה נגד חברת הביטוח ונגעה לתאונת עבודה בכריכיה.

²²⁸ 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" (פרשת "**בית-שאן**", לעיל ה"ש 221, בעמ' 72). מבחינת המציאות בפועל, תיאור זה נראה מדויק לאגודות שיתופיות קטנות.

²²⁹ יצוין כי בחלק מפסקי הדין נימוק נוסף לשלילת יחסי עבודה היה העובדה שכמה חוקי עבודה כוללים הרחבת הגנה גם לחברי אגודות שיתופיות (ראו למשל ס' 18 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954. לסקירת חוקים נוספים ראו אוטולנגי, לעיל ה"ש 221). בתי הדין ראו בכך, לעיתים, הסדר שלילי (ראו למשל פרשת **מורדכוביץ**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 113). תפיסה זו נדחתה, בצדק לדעתי, בפרשת **בן שושן**, לעיל ה"ש 220, בעמ' 425.

²³⁰ ראו למשל ע"ע **בונה**, לעיל ה"ש 166.

לחברה חיצונית,²³¹ ואפילו כשמדובר ב"קיבוץ מתחדש" שבו הכנסה דיפרנציאלית.²³² כל זאת בהנחה שהעבודה שבה מדובר היא עבודה שאותו אדם נדרש לעשות בשל היותו חבר בקיבוץ, ולא עבודה נפרדת/נוספת.²³³ אף שרעיון העבודה הנלווית לחברות הוזכר גם בהקשר זה, למעשה נראה שהיה נימוק נוסף ומרכזי אחר בבסיס הפסיקה. כדברי בית הדין הארצי, "לדעתנו דומים היחסים בין 'חבר' קיבוץ העובד בקיבוצו 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 ל'עובדים' יחשבו."²³⁴ שאלה היא אם מאפיינים אלה עודם נכונים גם ב"קיבוץ מתחדש".²³⁵ בית המשפט העליון הכיר בכך שחלו שינויים ניכרים, אך סבר כי עדיין מתקיימים בקיבוץ המתחדש "חלקים חשובים מיסודות הקיבוץ".²³⁶ לפיכך סירב לשנות את ההלכה והסתפק בקריאה למחוקק להתאים את הדין למציאות החדשה.

במשפחה – לפחות כזו המתגוררת במשק בית משותף – ניתן לומר כי יש 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 בהיעדר כוונה ליצור התקשרות משפטית בדבר 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.²³⁷ למרות זאת כשמדובר 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 משלילה גורפת של זכויות עבודה 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.

²³¹ ע"ע (ארצי) 1091/04 רז – 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.

²³² ע"ע (ארצי) 23086-05-13 דגי תל יוסף אגודה שיתופית חקלאית בע"מ – בן אהרון (נבו) 3.12.2013; עתירה לבג"ץ נדחתה, אם כי פסק הדין של בג"ץ כולל דיון מפורט יותר וכן ביקורת על המצב הנוכחי (בג"ץ 2037/14 בן אהרון נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו) 6.7.2016).

²³³ ע"ע בונה, לעיל ה"ש 166, פסק הדין של הנשיא אדלר.

²³⁴ ע"ע (ארצי) 1530/04 רייק-גולדשמידט – קיבוץ איילון, אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פס' 13 לפסק הדין (נבו) 20.12.2005.

²³⁵ לטענה שלפיה "ערכים כמו אחווה הדדית – אחד בשביל כולם וכולם בשביל אחד עברו, במידה רבה, מן העולם" ולקריאה להכיר בחברי קיבוץ כעובדים, ראו שלומית יניסקי-רביד ומירב שמחיוף-משהיוף "חשיבה מחדש של יחסי עובד מעסיק בקיבוץ המתחדש ובכלל" אוטוריטה 13, 17–18 (2016).

²³⁶ בג"ץ בן אהרון, לעיל ה"ש 232, פס' כה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו) 6.7.2016.

²³⁷ ראו למשל, בהקשר של עובדת סיעוד, ע"ע (ארצי) 1113/02 טודוראנג'אן – צביה, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ברק (נבו) 25.1.2004; בהקשר של "אופר", ראו פרשת קבורה, לעיל ה"ש 174.

7. סיכום

מטרתו של פרק זה הייתה 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); נעדרת כוונה של הצדדים ליצור התקשרות משפטית מחייבת. רשימה זו אינה בהכרח סגורה, אבל כמדומני היא מכסה את כל המצבים שנדונו עד כה בפסיקה שבהם שלילת סטטוס של עובד הייתה מוצדקת. המקרה המורכב ביותר הוא התנדבות, ובו הצעתי כמבחן עזר לשאול מהי המוטיבציה של המועסק לבצע את העבודה בחינם, תוך הבחנה בין כמה מצבים: התנדבות תוכר כאותנטית (ואינה מזכה בתמורה) כאשר היא מבוצעת ממטרות אלטרואיסטיות לטובת גוף שאינו למטרת רווח; וכן כאשר היא מבוצעת להנאתו של המועסק, כתחביב, ואינה באה במקומו של עובד שהיה מועסק בשכר ללא 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.

לצד המבחנים שהצעתי, חלק לא מבוטל מהפרק הוקדש לדיון במבחנים אחרים שהופיעו בפסיקה. תמכתי בהחלטת הפסיקה לבטל את מבחן הקשר החזוי, שלמעשה שימש להדרה מדיני העבודה עובדים מכוח "מעמד", ללא קשר לצורך שלהם בהגנת אותם דינים. הראיתי שלמרות ביטולו של המבחן עדיין נותרו לו "ספייחים" 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. נוסף על ספייחי מבחן הקשר החזוי עמדתי גם על מבחן העבודה כ"מטרה בפני עצמה" שהופיע בפסיקה בכמה 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 מהווה את הבסיס ל"זכות קיומו של משפט העבודה כענף בפני עצמו". הסיבה לכך היא שהאדם עצמו הוא "הן הנושא והן הנשוא" של ההתחייבות לעבוד. לדברי בית הדין, זהו עקרון יסוד של דיני העבודה.²³⁸ פסק הדין סוקר את חשיבות העיקרון בכמה שיטות משפט נוספות, ועומד על הקשר ההדוק שבינו לבין התפיסה ש"העבודה אינה

²³⁸ דב"ע (ארצי) 1/3-1 שמואל – נציגות הבית המשותף ברחוב הפורצים 3 ירושלים, פד"ע א 42, 53 (1970).

מצרך".²³⁹ למעשה, חלק מההגנות שמקנים דיני העבודה – בייחוד הגנות שקשורות לתשלומים (כמו שכר מינימום, הגנת השכר או פיצויי פיטורים) – רלוונטיות גם לעסקים קטנים. גם מבחינתם יש חשיבות להגנות כאלה או לפחות הגנות דומות להן. אבל התפיסה המקובלת היא כי שכר מינימום אינו רק מכשיר חלוקתי אלא גם כלי להגנה על כבוד האדם.²⁴⁰ כמו כן בחלק 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, בחופשות, בהגנה בהקשר של היריון ולידה, בהגנה מפני פיטורים מפלים, בהגנות על פרטיות ועוד. לכן גם אם יש מקום להרחיב תחולה של חלק מהחוקים אף למקרים שבהם דרישת הקשר האישי אינה מתקיימת, דיני העבודה כמכלול מתבססים על קיום יחסי עובד-מעסיק כקשר אישי.²⁴¹ חשוב להבהיר כי קיומו של קשר אישי אינו תנאי מספיק להפוך מועסק ל"עובד", שכן גם קבלנים עצמאים מחויבים לעיתים לבצע עבודה באופן אישי. מדובר במבחן סף שלאחריו יש ליישם את המבחן המעורב. אולם היעדרו 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 אינה מתקיימת. אבל החובה עצמה לבצע את הרוב המכריע של העבודה באופן אישי היא תנאי הכרחי, אף שכמובן לא מספיק, לקיום יחסי עבודה.²⁴² לשון אחר, מדובר ב"מבחן לשלילה"²⁴³ או בניסוח שבחרתי במאמר זה, מבחן סף. במשך השנים שלאחר מכן לא תמיד הקפידו בתי הדין בעת הצגת הדברים על ההבחנה בין מבחן סף (דרישה הכרחית) לבין

²³⁹ שם. העיקרון שלפיו "Labour is Not a Commodity" מופיע בהצהרת פילדלפיה של ארגון העבודה הבין-לאומי. ראו ILO, *Declaration Concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organisation* (Declaration of Philadelphia), May 10, 1944, art. I(a), <https://bit.ly/42bILyH>.

²⁴⁰ Guy Davidov, A Purposive Interpretation of the National Minimum Wage Act, 72 MOD. L. REV. 581 (2009).

²⁴¹ להרחבה בעניין דרישת הקשר האישי, ראו FREEDLAND & KOUNTOURIS, לעיל ה"ש 185, בעמ' 369 ואילך; DAVIDOV, PURPOSIVE APPROACH, לעיל ה"ש 1, בעמ' 124–126. 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 INDUS. L. J. 29 (2014). להוראות שמקנות לקבלן עצמאי זכות להודעה מוקדמת ממושכת וכן לפיצוי בסיום היחסים, בדומה (במידה מסוימת) לעובד, ראו חוק חווה סוכנות (סוכן מסחרי וספק), התשע"ב–2012.

²⁴² פרשת זבורובסקי, לעיל ה"ש 187, בפס' 10 ("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 שאין מדובר בתנאי מספיק ראו פרשת סגל, לעיל ה"ש 30.

²⁴³ ראו פרשת בירגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 182; דב"ע (ארצי) לג/0-177 מושקוביץ – הוצאת נתון "הארץ" בע"מ, פד"ע ה 83, 79 (1973).

הסממנים שנבחנים לאחר מכן, והציגו את מבחן הקשר האישי כחלק מהמבחן המעורב.²⁴⁴ 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. בבריטניה הייתה בעבר נטייה לייחס חשיבות לסעיפים מעין אלה, דבר שעורר ביקורת רבה; כיום מגמת הפסיקה שם שונה, והפתח להתחמקות צומצם במידה ניכרת.²⁴⁵ גם בישראל היו מקרים שבהם ניתן משקל לא מוצדק לאמירות כאלה בחוזה.²⁴⁶ השאלה הרלוונטית אינה מה כתוב בחוזה אלא אם הלכה למעשה העבודה מבוצעת "בעיקרה" או ברובה המכריע (predominantly) באופן אישי בידי המועסק.²⁴⁷ לחלופין ניתן לשאול גם אם המרכיב של השירות האישי הוא "היבט דומיננטי" (dominant feature) של ההתקשרות.²⁴⁸

מהי היעזרות באחר שאינה שוללת את הקשר האישי? בפרשת רון שמואל דובר בגנן שטיפל פעמיים בשבוע בגינה של בית משותף בד בבד עם התקשרות דומה עם כמה ועדי בתים נוספים. ככלל, הגנן ביצע את העבודה בעצמו, בשני חריגים: ראשית, מעת לעת כאשר היה צורך לזבל את הגינה, הוא נעזר בפועל ושילם את שכרו; שנית, כאשר הוא נקרא לשירות מילואים, הוא דאג בעצמו למחליף ושילם את שכרו. בית הדין לא ייחס משקל להיעזרות החריגה בפועל לצורך זיכול הגינה. לעומת זאת המקרה של שירות המילואים נתפס בבית הדין אחרת.²⁴⁹ התובע עצמו הסביר כי הוא דאג למחליף בתקופות של מילואים כי לא רצה לאבד את עבודתו, אולם בית הדין עמד על ההגנות שמקנה הדין למשרתים במילואים אשר אוסרות לפטר אותם בשל שירותם זה והסיק כי לא היה חשש אמיתי מצד הגנן. תחת זאת העובדה שראה צורך לדאוג למחליף מלמדת כי הוא אינו מחויב לבצע את העבודה באופן

²⁴⁴ ראו למשל דב"ע (ארצי) לג/0-30 המוסד לביטוח לאומי – כהן, פד"ע ד 393 (1973); ע"ע (ארצי) 300021/98 טריינין – חריש, פד"ע לז 433 (2002). כן ראו גולדברג, לעיל ה"ש 2; זמיר, לעיל ה"ש 2 (המציגים את הקשר האישי כאחד הסממנים). גם במדינות אחרות מתייחסים לעיתים לקשר אישי כאחד מרשימת המבחנים, כפי שמתקף מהמלצת ארגון העבודה הבין-לאומי בנושא זיהוי יחסי עובד-מעסיק (*ILO R198 Employment Relationship Recommendation: Recommendation Concerning the Employment Relationship*, para. 13 (June 15, 2006)). אולם דומה שמבחינה מעשית נהוג להתייחס לקשר אישי כדרישה מחייבת, ובחלק מהמדינות גם נאמר כך במפורש (ראו למשל באנגליה, Employment Rights (Act 1996, c. 18, § 230)).

²⁴⁵ *Pimlico Plumbers Ltd v. Smith*, [2018] UKSC 29. התפתחות זו תואמת את המגמה הכללית יותר בבריטניה בשנים האחרונות לאימוץ העיקרון של primacy of reality. לניטוח פסק הדין ראו Michael Ford, *Pimlico Plumbers: Cutting the Gordian Knot of Substitution Clauses?*, UK LABOUR L. BLOG (July 19, 2018), <https://tinyurl.com/zewmycdf>. לקודמת, ראו למשל A. C. L. Davies, *Sensible Thinking About Sham Transactions*, 38 INDUS. L. J. 318 (2009).

²⁴⁶ ראו למשל סע"ש (אזורי חי) 30539-07-12 בוסיק – קיבוץ כברי (נבו 1.9.2015).

²⁴⁷ זהו הניסוח של FREEDLAND & KOUNTOURIS, לעיל ה"ש 241, בעמ' 376.

²⁴⁸ ניסוח זה של המבחן אומץ בבית המשפט העליון בבריטניה בפרשת *Pimlico*, לעיל ה"ש 245, בפס' 32.

²⁴⁹ פרשת שמואל, לעיל ה"ש 238, בפס' 14–16 לפסק הדין.

אישי דווקא. נראה כי בית הדין לא הביא בחשבון את בעיית האכיפה בדיני העבודה. רצונו של העובד לדאוג להמשכיות עבודתו הוא סביר והגיוני ומסביר מדוע טרח למצוא בעצמו מחליף. ניתן להבין זאת גם כמסירות וכמחויבות למעסיק שאינה צריכה לפגוע בזכויותיו של העובד – כפי שציין בית הדין עצמו במקרה מאוחר יותר.²⁵⁰ על כן גם היעזרות באחר בתקופת שירות מילואים היא בעיניי בגדר מקרה יוצא דופן שאינו שולל את התקיימות הקשר האישי. כמובן, עדיין אין בכך כדי לקבוע שהגנן הוא "עובד". לשם כך עליו לעבור את המבחן המעורב. גם בבריטניה הפסיקה העדכנית אינה שוללת את קיומם של יחסי עבודה רק משום שהמועסק יכול לשלוח מחליף במקרים של היעדרות (למשל בשל חופשה או מחלה). פרשת **Pimlico Plumbers** עסקה בשרכרב אשר ביצע עבודות אצל לקוחות מטעמה של חברת שירותי שרברבות.²⁵¹ במקרים שהוא נאלץ להיעדר מעבודתו, הוא היה רשאי לשלוח שרברב אחר במקומו מתוך אלה שעובדים באותה צורת התקשרות עם החברה המעסיקה. נפסק כי על אף אפשרות זו היה המרכיב של השירות האישי "דומיננטי" בהתקשרות. פסק הדין מייחס משקל רב, במסגרת הניתוח, לעובדה שהשרברב היה יכול לשלוח רק מחליפים שהמעסיק אישר אותם מראש. עם זאת לא נאמר שמרכיב זה הכרחי, ולדעתי לא ראוי שיהיה. כל עוד השימוש במחליף הוא החריג, וביצוע העבודה באופן אישי הוא הכלל – אין הצדקה לשלול אפשרות של יחסי עובד-מעסיק.

עד כה התייחסתי להיעזרות באדם אחר כמחליף במקרים חריגים, אולם יש דוגמאות גם להכרתו של בית הדין במועסקים כעובדים על אף היעזרות קבועה באדם אחר – כאשר הוא עבד לצידו של המועסק (ולא במקומו). כך, אדם שעבד כשוטף מכוניות עבור מאפייה בעלת צי של כלי רכב ונעזר בקביעות בכנו;²⁵² כך גם מנהל חשבונות שעבד עבור חברה בד בבד עם היותו בעל עסק פרטי ונעזר בקביעות במזכירתו מהעסק.²⁵³ דוגמאות אלה הן מפסיקה מוקדמת של בית הדין, ונראה שבפסיקה מאוחרת יותר הגישה מגבילה יותר.²⁵⁴ 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 אינה שוללת את קיום הקשר האישי בינו לבין המעסיק. היעזרות באדם אחר 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

²⁵⁰ ראו דב"ע (ארצי) לא/2-6 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: "ל'עובד' 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".

²⁵¹ פרשת Pimlico, לעיל ה"ש 245.

²⁵² פרשת כהן, לעיל ה"ש 244.

²⁵³ דב"ע (ארצי) לב/3-1 "גלוב" שירות נסיעות בע"מ – לוי, פד"ע ג 246 (1972). בשני המקרים הייתה דעת מיעוט שהתנגדה לפסיקה בשל מבחן הקשר האישי.

²⁵⁴ ראו למשל סע"ש (אזורי ת"א) 60098-03-14 פסנקו – אליתה לוינג ישראל בע"מ (נבו 22.10.2018), שם דובר במובילים שעבדו עבור חברת רהיטים, כאשר אחד מהם שילם את שכרו של האחר, ונפסק כי אין מתקיימת דרישת הקשר האישי.

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. אם נעשה כן, 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.

ד. סיכום

האם אדם שמוגדר "מתנדב" צריך לעיתים להיחשב "עובד" ולקבל את הזכויות של דיני העבודה? ומה דינם של מי שמוגדרים "מתמחים", "מתלמידים" 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 בנוגע לקבוצות 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 מיועדים בעיקרם להבחין בין עובד לבין קבלן עצמאי. על כן נדרשים 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 במשמע), ולהציע "מבחן סף" לקיום יחסי עבודה שכולל שלושה מרכיבים: עבודה עבור הזולת, שמזכה בתמורה, ומבוצעת באופן אישי. שלושת המרכיבים האלה הם 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 בעיניי מ"מבחן המטרה העיקרית", שבו נעשה שימוש לעיתים בפסיקה (אם כי טענתי כי הוא למעשה בוטל לאחרונה, במשמע, בפרשת חיים זר), כמו גם ממבחן שמתמקד בשאלה אם מדובר בפעילות כלכלית/שוקית. הדרישה של עבודה עבור הזולת נועדה להתמודד עם מצבים של ערוב בין עבודה שמועילה למעסיק לעבודה שמועילה לעובד עצמו (תכלית לימודית או התנסותית או שיקומית), כאשר הכלל הוא שדי שקיימת תועלת למעסיק (שאינה זניחה) כדי שהמועסק ייחשב עובד. אשר ליישום של המבחן הלכה למעשה, הראיתי כי במרבית המקרים בתי הדין פסקו באופן שתואם את המבחן, בייחוד בהקשר של מתמחים ומשתקמים (בפסיקה החדשה יותר). עם זאת יש מקום להחיל את אותם עקרונות גם בנוגע לקורס מיון ממושך, בנוגע לאסירים ובנוגע לבעלי מניות – בכל המקרים האלה יש הדרה של עובדים מהקבוצה המוגנת שלעיתים אינה מוצדקת. בהקשר של שותפים ושל אגודות שיתופיות, טענתי כי ראוי להבחין בין שותפות קטנה, שבה סביר לומר כי שותף אינו עובד עבור הזולת, לבין שותפות גדולה, שבה 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 כמה מצבים שבהם מתעוררת השאלה אם יש סיבה לכך שהעבודה אינה מזכה בתמורה. בהקשר זה הזכרתי את דרישת הקשר החוזי, אשר שימשה בעבר מבחן סף בפסיקה אך בוטלה. עמדתי על כך שיש כמה קבוצות של מועסקים שעדיין אינם זוכים להכרה כעובדים בגלל דרישת הקשר החוזי, על אף ביטולה, באופן שלא ניתן להצדקה. כמו כן הראיתי כי למעשה יש בפסיקה המשכיות מסוימת לחלק

מהמרכיבים של מבחן הקשר החוזי: עדיין יש דרישה בהקשרים מסוימים לוולונטריות, וכן ניתן משקל לכוונת הצדדים ליצור התקשרות משפטית. אשר לוולונטריות טענתי כי יש הצדקה לדרישה זו כתנאי לתחולת דיני העבודה רק במקרים חריגים במיוחד שבהם העבודה נכפתה על המעסיק בניגוד לרצונו. אשר לכוונה ליצור התקשרות משפטית, ציינתי כי ראוי לקבל מבחן זה אם הוא בא להוציא מקרים כמו עזרה משפחתית, אבל טענתי נגד מבחן של "כוונה לשלול יחסי עבודה" שאומץ בפסיקה (בעיקר בבתי הדין האזוריים) שמשמעותו למעשה מתן תוקף לויתורו של העובד על סטטוס.

מבחינה מעשית החשיבות המרכזית של מבחן ה"מזכה בתמורה" היא בהקשר של מתנדבים ובהקשר של חברי אגודות שיתופיות (לרבות קיבוצים). אשר למתנדבים, 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 במקרים שבהם הנכונות נובעת מרצון לקידום עצמי לא ראוי לשלול זכויות של עובד, ולעומת זאת כאשר מבחינת המועסק מדובר בתחביב, ראוי להכיר בכך כהתנדבות. אשר לחברי אגודה שיתופית טענתי שאין הצדקה לשלול אוטומטית את האפשרות שהם ייהנו מזכויות של עובד. בייחוד דחיתי את השימוש שנעשה בפסיקה במבחן שדורש כי העבודה תהיה "מטרה בפני עצמה" כנימוק להחרגה מדיני העבודה. עם זאת אשר לחברים בקיבוץ מסורתי (בשונה מקיבוץ מתחדש), ייתכן שיש הצדקה לדמות אותם למשפחה, ואז העבודה שבתוך הקיבוץ היא כזו שאין בה כוונה ליצור התקשרות משפטית.

המרכיב השלישי של המבחן – דרישת הקשר האישי – שונה מקודמיו במונח שהוא רלוונטי גם, ואפילו בעיקר, להבחנה בין עובד לקבלן עצמאי. אולם הוא ראוי להיכלל 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 תכליות 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 לעיתים רחוקות באדם אחר בלי שהדבר ישלול יחסי עבודה. טענתי כי גם כאשר מדובר בהיעזרות קבועה באדם אחר, כל עוד גם המועסק עצמו מבצע את העבודה, ראוי לאפשר לו להיחשב עובד.