

יחסי עובד-מעסיק במשפט העבודה הישראלי // פודקאסט 2021 // ד"ר מיכאל בריס, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט

אחת השאלות הקלאסיות ואולי זו החשובה מכולן היא: מתי מתקיימים יחסי עבודה, יחסי עובד (או עובדת, לשם השיחה הקולחת לא אבחין ביניהם בדרך כלל) ומעסיק. שימו לב: כבר אין יחסי עובד ומעביד במשפט הישראלי. בשנת 2014, המחוקק החליף את מונח "מעביד" במונח "מעסיק" – והקדיש לכך 9 עמודים בהם פירט 84 הטיות של המונח (ועוד רשימה של אזכורי חוק – רק כדי לשרש את המילה – במקום "מעביד" יבוא "מעסיק"; במקום "למעביד" יבוא "למעסיק"; במקום "ומעביד" יבוא "ומעסיק"; במקום "המעביד" יבוא "המעסיק"; במקום "במעביד" יבוא "במעסיק"; במקום "כמעביד" יבוא "כמעסיק"; וכן על זו הדרך) וכל זאת, כדי לעקור מן השורש כל אסוציאציה של העבדה ושל עבדות, חלילה.

הצורך לזהות קשרי עבודה, יחסי עובד-מעסיק הוא קריטי במשפט העבודה. ראשית, קיומם של יחסים אלה הוא כרטיס הכניסה למכלול חוקי המגן שנועדו להסדיר את יחסי העבודה. וכשם, כן הם: ההנחה היא שאין מפגש רצונות מלא ואמיתי בחוזה העבודה – או לפחות, אי אפשר לסמוך על הרעיון של חופש החוזים לבדו. העובד נתפס כצד החלש במערכת זו, יש לו ולה יותר מדי להפסיד. מדובר בעניין קיומי: לחם-עבודה. גם סטטוס בתוך המשפחה ובחברה. בינינו, יש מצב שאתם לא כ"כ מכירים מובטלים שמכנים את עצמם במלים אלה. יותר: "תראה, אני כרגע בין פרויקטים", "סיימתי עכשיו במקום כך וכך, שלחתי קורות חיים ואני בתהליך של ראיונות...", "אני בודק אפשרויות... יש לך איזה רעיון בשבילי?" הדברים מחריפים כאשר בוחנים את העובד הבודד, זה שאיננו מאורגן. התפתחות משפט העבודה הקולקטיבי נועד להעצים את כוח המיקוח של העובד הבודד, ולהוציא את העוקץ של דילמת האסיר – בעיית חוסר התיאום – שהיא טבועה במו"מ של היחיד במצבים כאלה.

ומכאן החשיבות של הגדרת יחסי עובד-מעסיק. זהו כרטיס הכניסה לחוקי המגן. רק עובד של מישהו אחר זכאי לחסות – בדרך כלל – תחת המטריה של חוקי מגן אלה. הדבר נכון גם לגבי משפט העבודה הקולקטיבי. זהו כוחם של העובדים השכירים באמצעות הארגון היציג שלהם, מול המעסיק או ארגון המעסיקים. ונגזרת מכך, בית הדין לעבודה – אותו מוסד שיפוטי ייחודי המשלב נציגי ציבור, ואשר דן בסדרי דין ובדיני ראיות גמישים ותוך שקילת שיקולים החורגים מאלה הנדונים בבתי המשפט האחרים – יונק את סמכותו מקיומם של יחסי עבודה, ולא מהקשרים משפטיים אחרים. גם חוקים אחרים קובעים רף מיוחד כאשר קיימים יחסי עבודה – דוגמת חובת האימון המיוחדת המשתקפת בחוק העונשין (גניבה ממעסיק חמורה יותר מגניבה "רגילה) ועוד.

אז מתי באמת מתקיימים יחסי עבודה? יחסי עובד-מעסיק? מדוע מסבכים את זה? מה שקבעו הצדדים בחוזה ביניהם זה מה שצריך לקבוע, לא? או אולי פשוט נסתכל באופן בו הצדדים מדווחים לרשויות המיסים – אם טופס 101 אז יש יחסי עבודה, אם העובד פתח תיק במע"מ ומוציא חשבוניות אז הוא עצמאי ולא עובד-שכיר, לא? ואם כל זה לא מספיק, מדוע לא נקבעה הגדרה פשוטה בחוק עצמו? עבודה זה ממש לא משהו חדש, אז מדוע מסתבכים כל כך בהגדרה שלה?

האמת, נעשו נסיונות כאלה, כפי שמיד נראה. אבל בלב העניין עומד הצורך להגן על העובד – דווקא מחמת החולשה המובנית שלו בהתמקחות על זכויותיו במסגרת חוזה העבודה. באותה מידה שזכויות המגן של העובד חייבות להיות קוגנטיות (כופות, זאת אומרת – כאלה שלא ניתן לוותר עליהם או להתנות עליהם) – אחרת, כל מעסיק יבוא לעובד ויגיד: "תקשיב מוטי, המצב לא פשוט. תחתום פה ופה על שכר שהוא רק קצת

פחות משכר מינימום... אצלנו אין ימי חופשה... אני מקווה שאת לא באמת מתכוונת לממש את כל חופשה הלידה, אם באמת את רוצה להמשיך ולעבוד כאן...". באותה מידה, אילו ניתן היה לבטל זכויות אלה במחי הצהרה שלא מתקיימים יחסי עבודה – היינו מרוקנים את זכויות המגן מכל תוכן. והדבר נכון גם כאשר מדובר בצורת התשלום: "תראה, אני מבקש ממך לפתוח תיק במע"מ. הכסף – אותו הכסף... אבל אין מצב שאני משלם על כל ימי החופשה האלה... אתה מתכוונת שאתה רוצה לא לבוא לעבודה שבועיים, ושגם אשלם לך??? אנחנו עובדים אחרת...". לכן בתי הדין לעבודה קבעו באופן עקבי ששאלת קיומם של יחסי עבודה היא שאלה אובייקטיבית ואינה תלויה בהצהרות הצדדים או בגורמים אחרים שלמעסיק עלולה להיות עליהם שליטה, כמו דרך התשלום.

ואולי כמה מלים מקדימות על מהי עבודה? זאת אומרת, בהקשר שלנו, של דיני עבודה. אני חושב שאילו היו מכנים את הקורסים בתחום זה "דיני שכירים" היינו חוסכים קצת בלבול, אבל מילא... הפסיקה קבעה שעבודה היא "פעולה פיזית או רוחנית הבאה לספק צרכים או משאלות של הזולת" (דב"ע לה/12-2 עזבון שמואל נתן כהן נ' אשר רוזנהויסר פד"ע ו 299). ונוסיף שבתשלום, ולא בהתנדבות, כפי שנראה.

פעולה פיזית אנחנו מבינים. אולי אתם מציירים לכם את הפועל עם דגמ"ח מחאקי, כובע טמבל וטורייה. אבל שכיר יכול להיות גם סמכנ"ל כספים של חברת היי-טק, או קופירייטר – וזו כוונת הפסיקה בפעולה רוחנית (ולא משהו רוחניקי, כמו: בואו נחזיק ידיים במעגל ונתפלל שירד עלינו כסף...).

עבור הזולת: משום שאם עיקר העניין הוא הכשרה מקצועית, ואין למעסיק תועלת מהותית מן הקשר, אזי לא יתקיימו יחסי עבודה. כך, לגבי עורכי דין מתמחים, המחוקק קבע בסעיף 41 לחוק לשכת עורכי הדין שקיימים יחסי עבודה בין מתמחה למאמן שלו (ואם היה המאמן שכיר של אדם אחר – אזי המתמחה נחשב לשכיר של אותו אדם אחר). וכך גם במקצועות אחרים. מן הקצה האחר, בית הדין קבע שדיאטניות מתלמדו אינן "עובדות" של בתי החולים בהם הן עושות פרקטיקום, בין היתר משום שמדובר בתוכנית לימודים בהם מעורבים גם האוניברסיטה ומשרד הבריאות (פס"ד לילך מוזס). אצל רפואנים – סבב המחלקות במהלך הלימודים אינו נחשב עבודה, אבל הסטאז' כן.

מדוע בתמורה? השופט צור בפס"ד אגי פרידמן (ע"ע 1270/00, פד"ע לה 39) מסביר זאת מאוד יפה. לב העניין של יחסי העבודה הוא במחויבות. גם אם קו הגבול בין המתנדב לבין השכיר אינו תמיד ברור וחד משמעי. כך –

יחסי עובד-מעביד ויחסי התנדבות הם תרתי דסתרי במובן זה שקיומם של יחסים מן הסוג האחד שולל את קיומם של יחסים מן הסוג האחר. אין מצבי כלאיים. בדרך-כלל, ההבחנה בין יחסי עובד-מעביד לבין יחסי התנדבות היא פשוטה ומוכנת מאליה: העובד עובד בשכר. הוא קשור עם מעסיקו במערכת של זכויות וחובות הדדיים, שמקורה ביחסים החוזיים שביניהם. העובד נתון למרות המעסיק, והפסקת עבודתו – בין ביוזמתו ובין ביוזמת המעסיק – יוצרת מערכת של תוצאות בעולם המשפט. לעומתו, ביסודם של דברים, המתנדב פועל בלא שכר. לעתים הוא אינו כפוף למסגרת מחייבת של שעות עבודה. הוא בא והולך כרצונו והפסקת עבודתו יכולה להיעשות בכל עת, בין אם על-ידיו ובין אם על-ידי המעסיק, בלא תוצאות משפטיות.

אולי אנסח את זה באמצעות משפט ששמעתי בשם רב גדול שהיה בירושלים, שנפטר לפני כעשרים וחמש שנה, הרב שלמה זלמן אויערבך. הוא לא התייחס ליחסי עבודה אלא אמר משהו כללי: "אנשים רגילים לומר שזמן הוא כסף. זה לא נכון. זמן זה חיים". והכוונה היא בעצם זאת: אני, השכיר, נותן לך המעסיק פיסת

חיים שלי, נותן ומחויב לך. השיקולים שלי עשויים להיות מגוונים. אבל התמורה היא חלק מהותי מכך. אין מצב שאתה לוקח משהו מהחיים שלי, מבלי שאקבל על כך תמורה הוגנת ובזמן.

ומכאן לחובה שלנו לברר את המושג עצמו: מתי באמת קיימים יחסי עבודה? אציג את ההגדרה בתור רעיון מתפתח, למרות שהדיון בו הוא עתיק יומין – ואף ננצל משהו מן המקורות לשם כך. לגבי המשפט המודרני, ובייחוד הישראלי, אציג זאת כך: אפס, אחת, שתיים, הרבה, אינסוף. נשמע מוזר? בואו תראו.

אפס. בפסק דין שהפך למנחה במשך העשורים הראשונים של המדינה, פס"ד אגושביץ (***) , מתאר השופט זילברג בין היתר את התפיסות האנגליות על אודות משפט העבודה ששררו בתחילת המאה העשרים. בעיניהם לא היו הוראותיו אלא –

„הוא (האקט לפצווי עובדים) מטפל במעמד העובדים כבאנשים, שהם במובן ידוע „חסרי תושיה“ (inopes consilii), והמחוקק עושה למענם את אשר הם בעצמם לא יצליחו לעשות. הוא נותן להם מעין ביטוח-מדינה, בהניחו כי אינם אינטליגנטיים דיים, או כי אין להם האמצעים הדרושים לבטח את עצמם. בשום אופן אין להרחיב את העקרון על אנשים המשחקים משכורות טובות...“ (שם, ע' 458).

וכן –

„שום הגדרה ממשית לא ניתנה למלה „עובד“ באקט של שנת 1897. ההנחה היתה, כי כל אדם יודע מהו „עובד“, והמחוקק הסתפק באמירה, כי מונח זה יהא „כולל“ תאור מסויים של אנשים. לכן סברו, כי כדי

להיות „עובד“ במובן האקט, צריך שהאדם יהא שייך למעמד הפועלים, וכי המונח אינו כולל מנהל מדופלם של מכרה המקבל משכורת (Simpson v. Ebbw Vale Company) או חימאי מומחה במפעלי צבעים, המקבל משכורת אף הוא, (Bagnall v. Levinstein).

אני מציין תפיסות אלה, על אף שכבר מימי ראשית המדינה הן נחשבו מיושנות, משום שבתחומים רבים דומה שלא השתחררנו מהם – לפחות ברובד הפופוליסטי. קל לנו להזדהות עם מצוקתו של עובד צוארון כחול כאשר המפעל שלו נקלע לצרות. קשה לנו לפרגן לכל מיני מצנחי זהב בתאגידי גדולים – גם כאשר אלה נגזרים בדרך זו או אחרת מקיומם של יחסי עבודה. ובמישור הביטחון הסוציאלי, אכן קיימת לעתים דיפרנציאציה על פי מפתח הכנסה, ולא באופן אוניברסלי.

אחת. פסק דין אגושביץ עצמו הציע הבחנה אחרת שקנתה שביטה כאמור בשנותיו הראשונות של משפט העבודה הישראלי. זהו מבחן „המרות“ או „הפיקוח“ (control). מבחן זה הובן במשך השנים בתור שליטה על דרך הביצוע (אם כי אין זה מדויק, כפי שאציין בהמשך). מבחן יחיד זה גם הוטמע בתוך סעיף 2 לפקודת הנזיקין, הקובע כי „מעביד“ הוא „מי שיש לו ביחסיו עם אדם אחר שליטה גמורה על הדרך שבו אדם אחר מבצע עבודה בשבילו ואילו הוא עצמו אין עליו מרות דומה לגבי אותה עבודה“, ובעוד העובד הוא „מי שעבודתו נתונה לשליטה כאמור“.

מהי האינטואיציה המונחת בקריטריון זה? אנחנו נראה שגם כאשר בתי הדין קבעו מבחנים אחרים, מבחן השליטה ובעיקר האינטואיציות שבבסיסו לא נעלמו אלא נבלעו בתוכם כחלק ממארג גדול יותר.

אציג זאת כך, גם אם באופן קצת מוקצן: דמיינו לכם אדם שרוכש דירה מקבלן. הקבלן מתחייב לספק לו את הדירה בינואר 2022. הוא חותם בינואר 2020. ינואר עובר, גם פברואר, גם מרץ. לא קורה כלום. אפריל,

מאי, וכו' ולא אלאה אתכם. הרוכש מתחיל לברר אצל עורכי דין (הפרה צפויה וכאלה דברים). גם מתחיל ליתול תרופות הרגעה. פתאום בנובמבר 2022, הקבלן מביא חמשת אלפים פועלים, שמסיימים את הכול תוך שלושה שבועות. עוד לפני המועד. אפשר לבוא בטענות? לא ממש. אבל אם הוא יעשה מאמצים במשך שנתיים שלמות, ובסופו של דבר הוא לא יספק את הסחורה – הקבלן יהיה בהפרה. הוא התחייב לתוצאה, לא לתהליך. לעומת זאת, אם שכיר יתייצב כל יום לעובדה. יבנה קיר אשר יפול בסוף היום, ולמחרת יתחיל שוב – מעין סיזיפוס שכזה – הוא יקבל משכורת (אם המעסיק מחליט משום מה להשאיר אותו). השכיר מקבל שכר על זמנו (לפי גישה קלאסית זו; נושבות כיום רוחות אחרות – אבל המסגרת הנוכחית צרה מכדי לדון בהן). עם נעמיק עוד גם נבין מדוע: ההבדל בין השכיר לבין הקבלן דומה להבדל בין אגרות חוב לבין מניות, אם ניקח את ההשקעה התאגידית כמטפורה. אגרות חוב הן יציבות (כל עוד אין מדובר בחדלות פרעון). אולי אין סיכוי לחלוק ברווחים הגדולים, אבל המשקיע גם אינו מסכן את הונו. הקבלן, העצמאי, נוטל סיכון. הוא עושה זאת משום שהוא רואה סיכוי להרוויח. הוא "בפנים". יש לו ברית יומית עם האמונה. הוא מוכר את התוצאה. לשם כך הוא גם השקיע מהונו ומאונו. ומשום כך, זכותו גם להכתיב את הדרך אותה הוא התווה שתביא אותו אל יעדו. גם אם השכיר חכם ממנו (או לפחות חושב את עצמו כך), הוא לא סיכן משאבים אלה ולכן לא הוא קובע כיצד השקעה זו תתבצע. בלשון של רש"י, פרשנו הקלאסי לתלמוד: "קבלן – אינו עבד אלא לעצמו".

שתיים. עברו שנים, ובתי המשפט התמודדו שוב ושוב עם שאלת קיומם של יחסי עבודה, אך מבחן השליטה נמצא קצת חסר. די בסמוך להקמתם של בתי הדין לעבודה, נשיא בית הדין לעבודה השופט בר-ניב הציג זאת כך: יש מצבים בהם ברור לנו שלא קיימת שליטה על תהליך העבודה – אך מתקיימים בהם יחסי עבודה. קחו מפעל לייצור תרופות, או תזמורת. האם הבעלים חייב להבין בתהליכים עצמם? ואם המעסיק הוא בכלל לא מוסיקלי? ולאידך גיסא, יש מצבים בהם קיימת שליטה, אבל ברור לנו שאין מדובר ביחסי מעסיק-עובד אלא בקבלן עצמאי העושה עבודה עבור מי שהזמין אותה. לדוגמה: טרקטוריסט עצמאי, שעושה עבודה במקטע מסוים של כביש – על פי דרישות המהנדס של הכביש, ובתיזמון המדויק שהוקצב לו. המשמעות היא ששליטה על התהליך אינו תנאי הכרחי (כמו בדוגמאות של הכימאי או הנגן) וגם אינו תנאי מספיק (כמו אצל הטרקטוריסט).

אלה אינן חידות או תרגילי חשיבה בעלמא. השופט בר-ניב מינף שאלות אלה לכדי מבחן כפול – שעיקרו נותר היום. זהו מבחן ההשתלבות או המבחן הארגוני – על הפן החיובי והשלילי שבו. ובמלים אחרות: כדי שיתקיימו יחסי עבודה צריכים לענות "כן" על השאלה: האם העובד משולב בעבודה, ולענות "לא" על השאלה: האם יש לו עסק עצמאי משלו. להיות משולב בעבודה פירושו של דבר שלמעסיק יש מפעל. אל תטעו, ואל תציירו מפעל עם שלוש ארובות מעלות עשן, כמו באיזה אייקון של אזור תעשייה. גם תזמורת, גם עירייה, גם כל ארגון שמניב משהו שמוכנים לשלם עבורו. להיות משולב בעבודה משמעו שיש לעובד תפקיד בכוח, לא משהו מזדמן (לא משהו שמביא בלונים כי יש לסמנכ"ל יומולדת). כך הדגיש בית המשפט בפרשה אחרת, בו הוכר מי ששטף את משאיות הלחם של מאפיה חיפאית פעם בשבוע בתור עובד –

מבנהו של מפעל בשלימות מחייב שיהיו בו גם מנהל, גם מנהל חשבונות, גם פועל אפייה, גם נהגי משאיות, גם שוער, וגם רוחץ מכוניות. חשיבות תפקידיהם אינה שווה אולי מבחינה כלכלית, מנהלית, ארגונית, אך כולם ביחד, במשותף, איש איש בתחומו, מהווים את המפעל" (המוסד לבטו"ל

נ' אבא כהן ומאפיית כץ***)

כך גם מי שקבל שכר על קריאה בתורה פעם בשבוע במנין הראשון בבית הכנסת הגדול בבני ברק (זבורובסקי). בשעתו לא הוכר מי ששדר תכנית שבועית קצרה ברדיו בנושא השפה העברית, משום שהסתכלו על שילוב גם בפרמטרים של ישיבות שבועיות, חדר נפרד, אולי פעילות חברתית – אך שנים לאחר מכן קבע הנשיא ברק כי כיום היו קובעים כי גם אדם כזה היה נחשב משולב בעבודה. עם הזמן הודגש כי מיקום העבודה כשלעצמו אינו גורע מן ההשתלבות במפעל מבחינה ארגונית. כך, גם קופירייטרת שהיתה נפגשת עם לקוחות בבתי קפה, ובמשרדים אחרים. כך פסיכולוגית חינוכית העוברת מבית ספר לבית ספר. ישנן רופאות שעלו ארצה, שמפענחות צילומי רנטגן עבור בתי חולים בארה"ב, בזמן החופשי בימי ראשון בבוקר – והן עובדות overtime ב-weekend האמריקאי... כלום אין הן משולבות במערך הרפואי של בית החולים שם: אבל לפעמים מיקום כן קובע. כך למשל, שחקן חייב לנוע עם התיאטרון ואינו יכול להופיע בביתו כאשר ההצגה מוצגת באולם (פילר נ' סיד).

האמת, שימו לב שנותר במבחן זה גם רכיב של שליטה – אבל לא שליטה על התוכן של **דרך הביצוע**, אלא **שליטה ארגונית**: העסקה, שיבוץ, זמני עבודה, מינוי מפקחים ודרכי בקרה, חופשות. אולי בראש כולם: פיטורין (והאמת לאמיתה, רכיב זה הודגש גם בפס"ד אגושביץ הנ"ל בידי השופט זילברג כחלק מן השליטה של המעסיק).

ומהו הפן השלילי? כיצד קובעים עצמאות? בין המאפיינים של עצמאות ניתן למנות שאלות אלה: של מי ההשקעה? היוזמה? הארגון? האם קיימת חובת עבודה אישית (דמיינו לכם שדודו פישר יוכל לשלוח את האחין שלו במקומו...) ואולי העיקר – של מי סיכויי הרווח ושל מי סיכויי ההפסד (אמרתי לכם שנחזור לנקודות אלה). ההפסיקה פיתחה מבחני עזר בהתאם. למשל, של מי כלי העבודה? אדם שהשקיע כסף רב במשאית (כמו בפס"ד וילשטיין נ' עזבות מרדכי תהילה ז"ל) או טרקטור (פס"ד ולנסי) או מרפאה יקרה – לקח על עצמו סיכון כספי כבד שיכריע את הכף להיותו עצמאי, כמו בפסקי הדין הנ"ל. אבל שימו לב שמדובר בשאלה של מידה. אם רכשתי לעמי עכבר פשוט למחשב שלי, זה כנראה לא יהפוך אותי לעצמאי, גם אם לא אקבל על כך החזר... גם סוגיות אחרות אינן תמיד צבועות בשחור/לבן. מידת הקשר האישי הוא מבחן חשוב. קבלן מחליט את מי הוא שולח לבצע את העבודה. אבל הפסיקה אינה מתרגשת מכך שבן משפחה בעל כישורים מתאימים ימלא את מקומו של העובד – למשל, כאשר זה יוצא למילואים (השוו: אייזק נ' תה"ל). מיקום אולי אינו קובע באופן בלעדי מבחינת ההשתלבות בעבודה – כמו שראינו קודם, אבל באותו פסק דין (תמר אדר נ' פרסום מלניק) שאלת הבלעדיות כן הכריעה. הקופירייטרת ספקה שירותים לחברות אחרות, ולא רק לנתבעת. ובלעדיות אינה שאלה של טוטליות. כך למשל, אדם יכול להיות בעל משרד מצליח בבקרים, אבל גם מרצה שכיר בשעות מסוימות (מכללת ר"ג נ' אורי פרייס). אבל בשעה שהוא נותן את ההרצאות שלו, הוא מנוע מלעבוד על תיקיו הפרטיים. דמיינו לכם שהטלפון היה מצלצל עכשיו והייתי עונה... פסק הדין בעניין פרייס הוא חשוב גם בהיבטים אחרים: הוא שב ומבליט את זה שהשיבוץ נעשה בידי הארגון, והוא משולב במערך הוראה שלם מצד אחד, ומן העבר האחר הסיכון אינו מוטל עליו – הוא אינו חייב למלא את האולם בסטודנטים, וגם לא להביא ברקו וכסאות מן הבית...). באופן כללי, זה גם קו פרשת המים שמבדיל בין מי שרכש זיכיון לסוכנות מסוימת – אשר באופן טיפוסי הוא זה שנושא באחריות לחובות האבודים – לבין מי שמוצב כמוכר בלבד, גם אם הוא מקבל עמלות על פי כמות המכירות (ועל פי חוקי המגן של משפט העבודה, הוא יקבל גם מקדמות כדי שלא יפול משכר מינימום).

בעצם, מרוב מבחני עזר, בתי המשפט כיום מכנים זאת "המבחן המעורב" ובדרך כלל מוסיפים גם ש"מבחן ההשתלבות עומד במרכזו". לכן כינתי זאת "הרבה". וכפי שהדגשנו, המבחן דומה יותר לדיוקן, לסקיצה,

לקרבה משפחתית ולא למבחן של נייר לקמוס. ושוב נדגיש: בתי הדין הדגישו שהמבחן הוא אובייקטיבי, ולא משהו שהצדדים יכולים להתנות עליו על מנת שיחסי העבודה פשוט ייעלמו. מי שרוצה שלא יתקיימו יחסי עבודה חייב לבנות את היחסים באופן אמיתי – תוך גמול הולם והוגן. אבל לדעתי, מדויק יותר להמשיך ולהציג את מבחני העזר כתומכים באותו מבחן כפול שהציג הנשיא בר-ניב, על שני רכיביו. ובעיניי נכון להבליט מאוד את השאלה: על מי מוטלים הסיכוי והסיכון הכלכלי של העסק.

אינסוף. עד כאן, הסיפור היה פשוט, גם אם מרובה פרטים ומבחני עזר. אולם משנות התשעים נכנסו גם שלושה רכיבים שיש לתת עליהם את הדעת. האחד, נעוץ בהלכה פורצת דרך של הנשיא ברק בעניין סרוסי. כדי לתמצת את הסיפור, גם אם אני עושה לו קצת עוול, על מנת למשוך דמי אבטלה מן הביטוח הלאומי צריכים לקדום לכך יחסי עבודה במשך תקופת הכשרה שהחוק קבע. ויחסי עבודה קיימים רק על תשתית של הסכם עבודה – חקיקת המגן נועדה להגן על העובד מפני אי-השוויון הנעוץ במו"מ לא שוויוני זה. במונחים שראינו לעיל: השתלבות במפעל נעשית רק באמצעות קשר חוזי. אך מינויים, נבחרי ציבור, חיילים, שופטים, אסירים בעבודות שיקומיות – כל אלה נמצאים היכן שנמצאים לא מכוח חוזה עבודה, ולכן אינם, בעצם, עובדים במובן של משפט העבודה. מר סרוסי כיהן כסגן וכממלא-מקום ראש מועצה מקומית. הקואליציה התפרקה, כהונתו הסתיימה והוא תבע דמי אבטלה. הוא סורב על ידי המוסד לביטוח לאומי, ערעורו בפני בית הדין הארצי לעבודה נדחה, כך גם עתירתו לבג"ץ. אך בדיון נוסף בבג"ץ קבע הנשיא ברק ששאלת היותו של אדם "עובד" אינה שאלת כן/לא בלבד, אלא נבחן גם: "לשם מה אתה שואל?" הנשיא ברק בחן את תכלית החקיקה הספציפית, ואם היא עולה בקנה אחד עם נסיבות המקרה, אזי אפשר לפרוץ את האוניברסליות של הגדרת העובד במקום להניח שיש למושגים של "עובד" ו"מעביד" (כיום: "מעסיק") משמעות זהה בכל החוקים. בית המשפט העליון קבע אפוא, כי הנסיבות הולמות היטב את המטרה של הבטחון הסוציאלי – והורה לביטוח הלאומי לשלם את דמי האבטלה. בית המשפט העליון בחן גם את התכלית של תשלום לאסירים עבור עבודות שיקומיות ומצא שתשלום זה אינו עולה בקנה אחד עם המטרות הכלכליות של שכר מינימום (אם כי דעת היחיד של השופט חשין ז"ל הדגישה שאסור שפער גדול מדיי עלול להצביע על ניצול של העובדים – דבר שחייבים לבחון שוב כיום הזה). בית הדין גם העניק זכויות עבודה גם מתוך סל זכויות המגן לטובת נשים שהיו קרבנות של סחר – על אף שלא היה מוכן לראות בחוזה העבודה חוזה תקף, בפרשה אחת מחמת הכפייה, האלימות והאמצעים הפסולים האחרים שהיו כרוכים בהעסקתה, ובמקרה אחר מחמת עצם הפגיעה בתקנת הציבור. פרשנות תכליתית זו פותחת אפוא את הגדרת יחסי העבודה הרבה מעבר לקטגוריות קשיחות וכוללניות – גם אם הביטוי "אינסוף" הוא קצת גוזמה – ועם זאת, פריצת האוניברסליות אינה מה בכך.

רכיב אחר הוא ההתפתחות במשק הישראלי של תופעת עובדי הקבלן – תופעה החורגת מן הדיון כאן, וכולל בתוכו. בגלגול זה של הדיון אינו האם האיש הוא עובד, אלא מי המעסיק שלו? הליכים חשובים במשק הישראלי – ולא פחות מכך, בפסיקה הישראלית – הביאו למצב משפטי וחברתי המחייב התמודדות מעמיקה יותר מאשר מגבלות שיחה זו מאפשרות.

ולבסוף, הצגנו את יחסי הכוחות בין מעסיק ועובד כך שמאזן הכוחות נוטה לכיוון המעסיק. אך מה קורה כאשר העובד הוא זה שמבקש להגדיר את מעמדו כשל קבלן עצמאי, ולא כיחסי עבודה? האם אין בתביעתו לאחר מעשה חוסר תום לב שעשוי לשנות את המשוואה? האם שאלת תום לבו של העובד, שטוען רק לאחר מעשה לקיומם של יחסי עבודה, גורם בבחינת יחסים אלה עצמם? בעבר, אכן יצאו מלפני בית המשפט אמרות המצביעות על האפשרות שבמקרים בהם חוסר תום הלב "משווע" יהיה בכך אף כדי לגבור על חקיקה

קוגנטית. בית המשפט העיר – אבל למעשה לא הפעיל כוח זה, או שעשה כן במשורה ממש. לפני זמן קצר, בתחילת חודש אפריל שנה זו (2021) ישב על מדוכה זו הרכב מורחב של בית הדין הארצי לעבודה – שבעה שופטים ושני נציגי ציבור. דעת המיעוט היתה שאכן יש לבחון את שאלת תום הלב כחלק ממבחני הסף של קביעת קיומם של יחסי עבודה. דעת הרוב היתה, בין היתר, שתפקידו של המשפט כמכוון התנהגות ייפגע אם שיקול תום הלב ייכנס כאחד הגורמים בקביעת קיומם של יחסי עבודה. הכנסת מבחן כזה עלולה גם לפגוע במחויבות של המעסיק כלפי עובדו, וגם ירתיע עובדים מלתבוע את זכויותיהם. מידת תום הלב כן נשארה במסגרת השיקולים של שיפוי – במצבים בהם בית הדין שוקל השבה של סכומים בקביעה שהתקיימו יחסי עבודה לאחר מעשה.

וזה מביא אותנו חזרה במעגל שלם. בחינה אובייקטיבית של מעמדו של העובד – ויש המבקשים לכנות גם אותו "מועסק", כפי שעולה מפסק הדין החדש הנ"ל – נועד להביא בסופו של דבר לאיזון ולדיוק של מי שעמל לפרנסתו. אך שמא העתיד טומן בחובו יחסי שותפות של ממש, אשר ידרבנו אותנו לחשוב מחדש על האתגרים המשותפים לבני ובנות אנוש – מול הרעב, מול הבורות, מול המחלות, ומול חולשות המין האנושי עצמו.