

לצאת מהחומות: לקראת תיאוריה מאחדת של דוקטרינת "מיהו עובד" – מ"מבחן המטרה" אל "המבחן הכלכלי-חברתי", בראי עבודת אסירים

מאת

פאינה מילמן-סיון*

מאמר זה מציע תיאוריה מאחדת ורפורמה מקיפה בדוקטרינת "מיהו עובד" במשפט העבודה. מטרתו המרכזית היא להציע את ביטולו של השלב המקדמי של דוקטרינה זו ובכלל זה את מבחן המטרה שעומד בבסיסו. מבחן המטרה, שטרם נדון בצורה מעמיקה בספרות האקדמית, עומד ביסוד ההלכה ששוללת ממבצעי עבודה רבים ומגוונים כגון משתקמים, אסירים, מתנדבים, מתמחים בהכשרות לימודיות ועוד ("מועסקים מיוחדים") את סטטוס העובד בשל כך שמטרת עבודתם אינה "כלכלית בעיקרה". המאמר מציע לזנוח כליל את השלב המקדמי ואת מבחן המטרה ולאמץ במקומם את מה שיכונה "המבחן הכלכלי-חברתי". המבחן הכלכלי-חברתי מוצע כמבחן המקביל למבחן המעורב. בעוד שאת המבחן המעורב יש לייחד לבחינת סטטוס העובד של מבצעי עבודה הנחזים כעצמאיים/פריילנסרים, המבחן הכלכלי-חברתי ישלים את הדוקטרינה בכלל "המועסקים המיוחדים" ויחד עמו יצור מסגרת נורמטיבית כוללת לדוקטרינת מיהו עובד במשפט הישראלי.

התובנות המוצעות במאמר מעוגנות במחקר מקיף, נורמטיבי ואמפירי, של יישום מבחן המטרה בהקשר לתעסוקת אסירים בכלל ובהקשר לקטיגורית התעסוקה "שיקום פרטני" בפרט. מחקר זה מהווה את המצע למסגרת הנורמטיבית שמוצעת במאמר. מכאן גם עולה קביעה נוספת: ההלכה שגורסת כי לעולם אין להחיל על אסירים יחסי עובד-מעסיק היא שגויה. בכך מצמצם המאמר פער נוסף בספרות האקדמית אשר הזניחה את ההיבטים המשפטיים של תעסוקת אסירים.

מבוא. א. "אסירים אינם עובדים" – החרגה "קטגורית" מתחולת דיני העבודה. 1. ציר כטיב-שדות – ההחרגה שלא היתה? 2. פרשת נאיף – הנימוקים לשלילת יחסי עובד-מעסיק. 3. מבט חוזר על המבחן המעורב בראי פרשת נאיף. 4. מבחן המטרה – ניתוח ביקורתי של הדין הנוהג. **ב. דוקטרינת מיהו עובד: מ"מבחן המטרה" אל "המבחן הכלכלי-חברתי".** 1. המבחן המוצע: המבחן הכלכלי-חברתי. 2. המבחן הכלכלי-חברתי – בראי ההתנדבות. **ג. אסירים-עובדים ומבחן המשנה הראשון: ההיבט השוקי-כלכלי.** 1. "השוק החופשי": הקשר החזוי ושאלת הרצוניות כסממנים שוקיים-כלכליים. 2. מבחן ההתמקחות ומבחן התמורה כסממנים שוקיים-כלכליים. 3. מבחן התפוקה: בין "תפוקה מינימלית" ו"תפוקה מקסימלית". **ד. המבחן החברתי החלופי: האמנם שיקום?** 1. שיקום – כללי. 2. בין תעסוקתיות לטיפול ופרדוקס השיקום. **ה. סיכום.**

* מרצה בכירה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המאמר נכתב בסיוע הקרן הלאומית למדע, מענק מחקר מספר 1712/18. תודה לעוזרי/ות המחקר המעולים/ות שתרומו רבות למאמר: סער בן זאב, איתי רגב וליאל פלג. תודה לכלל חברות וחברי פורום המרצות והמרצים לדיני עבודה שהעירו על טיטוה ראשונית של המאמר. הטעויות והפגמים כולם שלי.

מבוא

חרב נאיף, נגר במקצועו, עבד במפעל פרטי קטן לייצור שטיחים ורהיטי עץ במשך שנה וחצי. את העבודה איתר על ידי חיפוש מודעות בעיתון ובמסגרתה הוא ייצר רהיטים ולעיתים גם נשלח להרכיבם בבתי הלקוחות. במסירות רבה וללא שהתקבלה תלונה אחת על אופן תפקודו ביצע מר נאיף את עבודתו. לימים נסגר המפעל בשל פשיטת רגל ונאיף פוטר מעבודתו מבלי שזכה לקבל פיצויי פיטורים ואת יתר הזכויות הסוציאליות שמגיעות לעובדים. בגין האמור החליט נאיף לתבוע בבית הדין לעבודה.¹

בית הדין האיזורי בתל אביב פסק לנאיף את מלוא זכויותיו על פי דיני העבודה אולם הגביל את תקופת הזכאות לזכויות אלו לשבעת החודשים האחרונים לעבודתו שם. לגבי תקופת ההעסקה שקדמה לכך קבעה השופטת שלא חלו יחסי עובד-מעסיק בין נאיף למפעל וזאת משום שבתקופה האמורה נאיף עבד במפעל בהיותו אסיר במסגרת שיקום פרטני.² במילים אחרות, נאיף אינו זכאי לקבל סטטוס "עובד" שכן הוא אינו מקיים מבחן "מקדמי" להענקת סטטוס כאמור – מבחן שכונה עד כה "מבחן המטרה" או "מבחן ההתקשרות" על פיו מטרת העבודה חייבת להיות כלכלית.³ מטרת עבודתו – כך נפסק – הינה שיקומית בעיקרה. המאמר יצביע על הכשלים שבתוצאה זו מתוך בחינה ביקורתית של ההלכה בסוגיית יחסי עובד-מעסיק במשפט הישראלי. במילים אחרות, הקביעה כי הדוקטרינה בשאלת התקיימותם של יחסי עבודה במסגרת מאסר היא שגויה תשמש נקודת מוצא נוחה לבחינה מחודשת של הדוקטרינה הכללית של יחסי עובד-מעסיק בישראל.

הנחת המוצא של המשפט הישראלי על פיה אין להחיל יחסי עובד-מעסיק על אסירים מעולם לא אותגרה בספרות המשפטית האקדמית בישראל.⁴ האמירה הגורפת כי "אסירים

1 עב (ת"א) 2126/00 נאיף נ' שטיח ועץ בע"מ (14.5.2002) (להלן: פרשת נאיף).

2 השיקום הפרטני הוא מסגרת תעסוקה שיקומית המאפשרת יציאה מחוץ לכתלי בית הסוהר לעבודה. במסגרת זו מתקשר האסיר ישירות עם מקומות תעסוקה מחוץ לכלא ועובד שם במהלך היום. להרחבה ראו להלן בפרק א, הטקסט ליד הערות שוליים 39-40.

3 מירוני הציע לכנות את המבחן המקדמי "מבחן ההתקשרות". ראו מרדכי מירוני "מיהו המעביד – הגדרת יחסי עובד-מעביד בתבניות העסקה מודולאריות" עיוני משפט ט 505, 538 (1983).

4 מנחם גולדברג "עובד" ו"מעביד" – תמונת מצב "עיוני משפט" יז (1) 19 (1992) (להלן: גולדברג "תמונת מצב"); מנחם גולדברג "מהותם של יחסי עובד - מעביד" הפרקליט לב 81, 88-87 (התשל"ט) (להלן: גולדברג "מהותם של יחסי עובד - מעביד"); יניב ואקי, רותי קמיני ויורם רבין "עונש המאסר - תכליות, מגמות והלכות" הפרקליט נג 1, 36 (2014); פאינה מילמן-סיון "עבודה אסורה: בין הפרטי לציבורי, בעקבות עשור לבג"ץ שדות" עיוני משפט לו 317 (2013) (להלן: מילמן-סיון "עבודה אסורה"); Guy Davidov, A PURPOSEFUL APPROACH TO LABOUR LAW 126 (2016). אולם – ראו רות בן-ישראל אשר מבחינה בין מעמדו של אסיר אשר עובד במפעל פרטי בתוכנית שיקומית מחוץ לבית הסוהר לבין עבודה במטבח בכותלי בית הסוהר, שני מקרים היפותטיים בהם היא דנה. בן ישראל קובעת כי בעוד שבמקרה האחרון, קרי העבודה במטבח, האסיר כנראה לא יחשב "עובד", הרי שהמצב המשפטי בתוכנית שיקומית שונה. בן ישראל תולה את ההבחנה בין המקרים בקיומה של התקשרות חוזית מתוך רצון חופשי במקרה האחרון וקובעת כי כאשר מדובר בעבודה במפעל פרטי, כאשר ההשתתפות בתוכנית לא נכפתה על האסיר וגם לא על בעל המפעל אשר העסיקו מרצונו החופשי, הרי שהעסקתו במפעל עומדת במבחן ההשתלבות. לפיכך, ניתן לומר כי מדובר במעמד של עובד (שכיר). רות בן ישראל דיני עבודה כרך ב 373, 518 (להלן: בן ישראל דיני עבודה). כן, ראו בפסיקה הערת אגב הנוגעת לאפשרות לקבוע יחסי עובד-מעסיק בין האסיר לבין שב"ס במקרים מסוימים של שיקום חוץ ע"א

אינם עובדים" נראית כה מובנית מאליה עד כי ההצדקות העומדות בבסיסה טרם זכו לבחינה מעמיקה. לראשונה, יבקש מאמר זה לבחון מחדש ולסתור הנחת מוצא זו. מסקנתנו היא כי הדוקטרינה הקיימת בנוגע לסטטוס העובד של אסירים היא שגויה. על בתי הדין לעבודה לבחון באופן פרטני את תחולת דיני העבודה על האסיר-עובד בהתאם לנסיבות עבודתו. יישום שגוי זה אינו מקרי והוא מאיר את הצורך בחשיבה מחודשת ורפורמה כללית באשר לשלב המקדמי של הדוקטרינה.

מטרת המאמר הנוכחי היא, אם כן, כפולה: לצקת תוכן עקבי לדוקטרינת "מיהו עובד" במשפט העבודה וכן לשכנע כי הדוקטרינה הקיימת בנוגע לסטטוס העובד של אסירים היא שגויה. התרומה הנורמטיבית של המאמר היא אם כן בהצעה לאמץ מבחן מקביל ואחיד למבחן המעורב, שייושם על כלל "המועסקים המיוחדים". קטיגוריות אלו מהן נשלל סטטוס העובד על ידי מבחן המטרה הינן קטגוריות מועסקים מגוונות ובכללן: עקרות ועקרי בית, אנשי קבע, מתנדבים, משתלמים ומתמחים העובדים במסגרת לימודיהם, אנשים עם מוגבלויות, נציגי ציבור, דירקטורים, מבצעי עבודה באגודות שיתופיות ובכללן קיבוצים, מועסקים במסגרת הסדר כפוי לתשלום דמי חסות, נשים וגברים בזנות ובסחר לצרכי שירותי מיין ועוד. המאמר יציע כי מבחן המטרה, שהומשג עד כה כמבחן "מקדמי" יפסיק אפוא להיחשב ככזה ויהפוך (בגרסתו כמבחן כלכלי-חברתי) למבחן מקביל למבחן המעורב במקרים בהם המבחן המעורב אינו מתאים ולא ישמש עוד כ"שער כניסה" אליו.⁵ הצעה זו תנבע מניתוח יישומו של מבחן המטרה בעיקר בהקשר לתעסוקת אסירים, ניתוח שיסייע בחשיפתן של ההצדקות העומדות בבסיסו ובבחינתן מחדש. נראה כי הצדקות אלו נובעות מתכליות יסוד של משפט העבודה, והאחרונות יתגשמו באופן קוהרנטי יותר במסגרת הנורמטיבית המוצעת. המבחן הכלכלי-חברתי משלים אפוא את המבחן המעורב בהקשרים בהם האחרון אינו מתאים ויחד עמו יוצר מסגרת נורמטיבית כוללת לדוקטרינת מיהו עובד. בתמצית, המאמר מצביע על האנומליה הקיימת כיום בפסיקה: בעוד שמניתוח השימוש שעושה הפסיקה במבחן המטרה עולה תבנית ברורה לפיה הפסיקה שואפת להבחין בין עבודה המתבצעת בספירה השוקית-כלכלית לבין כזו המתבצעת בספירות חברתיות אחרות – המבחן שמיושם בשתי הספירות הוא זהה (המבחן המעורב). המאמר יציע להתאים את

(ב"ש) 002562/02 אבו קרינאת נ' שירות בתי הסוהר (נבו 27.1.2003) ("הוראות החוק ותכליתן וההוראות השונות מעלות אפשרות של קיום יחסי עובד ומעביד בין אסיר לשב"ס, אך כאמור אין צורך בהכרעה בקיומם.") (להלן: פרשת קרינאת).

5 יתכן שיש מקום לשמר גרסה רזה ומינימלית מאוד של מה שדוידוב מציע לכנות "מבחני סף", מבחנים שישמשו כתנאי מקדים - הן למבחן המעורב והן למבחן הכלכלי-חברתי (גיא דוידוב "מבחני הסף" (טרם פורסם) (להלן: דוידוב "מבחני הסף")). כך, למשל, המבחן המוצע על ידו "עבודה עבור הזולת" הוא מבחן שניתן לאמצו כמבחן סף שיחול בשלב מקדמי - עוד בטרם הגענו למה שאכנה "צומת ההכרעה הראשוני". אין בידי לקבל את הפרשנות המרחיבה שיוצק דוידוב למבחן זה, על פיה יתכן שקיים מקבל עבודה אולם העבודה מבוצעת למען האדם המבצע אותה. עבודה למען הזולת הוא מבחן סף, בעיניי, ככל שמדובר בפרשנות המסורתית והצרה של מבחן זה (קיומו של מפעל). כאמור, לגישתי המבחן הכלכלי-חברתי מחליף ואינו קודם למבחן המעורב במבצעי עבודה לבר-שוקיים. אין בידי לקבל את שני המבחנים הנוספים שמציע דוידוב כמבחני סף כלליים. מכל מקום, אם יאומץ המבחן הכלכלי-חברתי, כדאי יהיה לדון אילו "מבחני הסף" יחולו בשלב שלפני "צומת ההכרעה הראשוני" והתבוננות שעולות ממאמרו של דוידוב בהקשר זה יהיו חשובות לדין זה, אותו אותיר להמשך. במובן זה אני מאמצת את המושג המוצע "מבחני סף" ולפחות בהקשר למבחן "עבודה למען הזולת" (בפרשנות המסורתית של קיומו של מפעל) אין סתירה בין המבחן הכלכלי-חברתי להצעתו של דוידוב.

הדוקטרינה לתבניות שעולות מהפסיקה – וליישם מבחן שונה בספירות השונות. בכל מקרה שבו העבודה מתבצעת בספירה חברתית שההיגיון המארגן שלה אינו שוקי-כלכלי יש ליישם את המבחן הכלכלי-חברתי לבדו, ואין לגשת למבחן המעורב. את השימוש במבחן המעורב יש לייחד אך ורק למצבים בהם ברור לחלוטין כי מדובר בעבודה במסגרת של ספירה שוקית-כלכלית והאתגר הוא בסווגה של העבודה בתוך ספירה זו (עובדת לעומת קבלנית/פריילנסרית). על כן, בבואנו להגדיר את מבצעת העבודה – יש להקדים ולהתעכב ב"צומת הכרעה מקדמי" שבו יבחנו טענות הצדדים ולפיהן יקבע המבחן שיוחל לבחינת "מיהו עובד". ב"צומת ההכרעה המקדמי" תחליט הפסיקה אילו מבין שני המבחנים יוחלו על פי ההגדרה החלופית שהצדדים טוענים שתקבל משלילת סטטוס העובד: באם הצדדים יטענו כי יש לשלול את סטטוס ה"עובד" בשל היות מבצעי העבודה פריילנס/קבלן – יש ליישם את המבחן המעורב. באם טענת הצדדים היא כי יש להגדיר את מבצעי העבודה כמסווגים לכל אחת משלל הקטיגוריות הלב-שוקיות/כלכליות המוזכרות לעיל - יש להחיל את המבחן הכלכלי-חברתי.

להצעה להחיל מבחנים שונים בספירות שוקיות ולבר שוקיות יתרונות משמעותיים. הבחנה מוצעת זו תקדם את יישומם האחד של מבחני "מיהו עובד" במשפט העבודה. בנוסף, הצעה זו מתיישבת עם ומשקפת את ההצדקות למבחן המטרה - הצדקות המעוגנות בהכרה בגבולות השוק ובהבחנה בין השוק לבין מערכות חברתיות או ספירות חברתיות אחרות, כפי שנראה מניתוח הפסיקה במאמר זה. יחוד דיני העבודה לספירה השוקית נועדה למנוע הן "תחולת יתר" והן "תחולת חסר" של דיני העבודה. מחד, דיני העבודה נועדו להגן על קבוצות מבצעי העבודה במקרים המתאימים (כאשר מטרות מיקסום הרווח של מקבלי העבודה מעלים חשש לניצול, למשל) ובהם בלבד, ומאידך אין להחילם בספירות חברתיות לב-שוקיות שהוזכרו לעיל אם החלה זו משמעותה כפיית הגיון שוקי כלכלי באופן פוגעני. הצעה זו עשויה לקדם דוקטרינה קוהרנטית יותר ולהשפיע בייחוד על "המועסקים מיוחדים".

ריבוי המקרים בהם שלל מבחן המטרה את סטטוס העובד מקטיגוריות "מיוחדות" של מבצעי עבודה מדגימים את חשיבותו של המאמר בשל השפעתו מרחיקת הלכת של מבחן זה. דלילות העיסוק בו בספרות המשפטית עד כה מפתיעה והמאמר מברך על העניין המחודש בו לאחרונה ומצטרף לדיון זה. אמנם הספרות האקדמית עסקה בעבר בשלב המקדמי ובמבחן המטרה באשר למקרים ספציפיים כגון משרתי הקבע, או נציגי הציבור ודירקטורים, אולם דיון מקיף וחוצה קטיגוריות של השלב המקדמי טרם נערך.⁶ יוצא דופן חשוב (המעיד על הכלל) הוא ההצעה במחקרו העדכני מאיר העיניים של דוידוב שטרם פורסם בעת כתיבת שורות אלו - שסוקר ומנתח לראשונה במיוחד מגוון קבוצות של מבצעי עבודה שהוחרגו בשלב זה ומציע בחינה מחודשת של השלב המקדמי - שהוא מכנה "מבחני הסף".⁷ השלב

⁶ ראו לדוגמה את מאמרה של ברק-ארו בנוגע למשרתי קבע: דפנה ברק ארו "חווה העבודה" של משרת הקבע בצה"ל" הפרקליט מ(א) 114 (1991); וכן רות בן ישראל "ה'נבחר, ר'בעל התפקיד על פי דין' – האמנם עובדים הם?" שנתון משפט עבודה 68, 85-90 (1991) (להלן: בן ישראל "האמנם עובדים?"); הדרה בר-מור "מעמד הדירקטור כ"עובד" שנתון משפט העבודה ד 50 (1994).

⁷ דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5. במאמרו המקיף והיסודי מתייחס דוידוב לקבוצות רבות המוחרגות מדיני העבודה בשלב המקדמי ומציג הצעה מקיפה שונה למבחנים מקדמיים אותם הוא מכנה "מבחני הסף". דוידוב

המקדמי ומבחן המטרה זכו לאחרונה לבחינה מחודשת גם בפסיקה – בפסק דין עקרוני ופורץ דרך - בהקשר למשתקמים המועסקים במפעל מוגן.⁸ המאמר יתרום לדיון מחודש זה בשלב המקדמי ודוקטרינתי מיהו עובד וינתח, בין היתר, את הפסיקה התקדימית בפרשת זר ואת הפער בין האופן שבו יושם מבחן המטרה בהקשר לעובדי המפעל המוגן מחד גיסא ולאסירים מאידך גיסא. חשיבותו של המאמר נעוצה גם בתרומה לפסיקה תקדימית זו שמצויה בעת הזו בהמתנה לביקורת בית המשפט העליון. ניתוח השוואתי (מבין משתקמים ואסירים) חושף את חוסר העקביות הקיים כיום בפסיקה באופן יישומו של מבחן המטרה והמבחן המעורב, והמאמר מציע, על כן, תיאוריה מאחדת בנושא.

אכן, מבט רחב על אופן יישום מבחן המטרה במגוון הקשרים מגלה כי הפסיקה מערבת פעמים רבות בין מבחן המטרה ורכיבים שונים של המבחן המעורב - שני מבחנים המשולבים בספורדיות, לעיתים ללא רציונל מארגן ובחוסר אחידות. מתוך שאיפה לאחידות תיאורטית ובהתבסס על מחקר אמפירי ונורמטיבי בהקשר לקבוצה רלוונטית אחת – היא האסירים העובדים – תוצע להלן מסגרת נורמטיבית מאחדת להמשגה חדשה של מבחן המטרה בזיהוי סטטוס העובד.

חשיבותו של המאמר נעוצה גם בעצם הפניית זרקור לנושא אשר הוזנח אנושות בספרות האקדמית המשפטית: תעסוקת אסירים. ניתן להסביר הזנחה זו בכך שהתחום נכלל במה שדגן כינה במאמרו - "דיני בית הסוהר" - הזוכה לעיסוק משפטי מועט ביותר מצד האקדמיה על אף חשיבותו הרבה לתחומי מחקר משפטיים רבים ובראשם המשפט הפלילי.⁹ כפי שציין בצדק המלומד Zatz: "Prisoners' labor is located outside the economy on conventional maps of social spheres drawn by lawyers, demographers, and economists."¹⁰ חוסר העניין המשפטי-אקדמי בנושא תעסוקת אסירים הוא מפליא בהתחשב בכך שזוהי הדרך בה חלק ניכר מהאסירים מבלים את רוב זמנם במהלך תקופת המאסר; כמו גם בהשפעה האפשרית של פרקטיקה זו על סוגיות כגון עוני, אי-שוויון חברתי

מציע מבחן עקבי יחיד לכלל המקרים בשלב המקדמי - מבחן המעוגן בשאלת "התרומה לזולת" "תמורה" ו"קשר אישי". זאת, מבלי להתייחס לשאלת ההבחנה בין הספירה השוקית-כלכלית לספירות אחרות, כפי שאציע כאן. תרומתו של דוידוב לדיון היא משמעותית ביותר שכן עד כה הספרות טרם הציעה חלופה למבחן המקדמי והתמקדה בעיקר בביקורת על המבחנים השונים (שם, בעמ' 5). אמנם ההצעה למבחן המקדמי שמעלה דוידוב שונה מהמסגרת הנורמטיבית שאציג להלן, אך ההכרח המיידית שבבחינה מחודשת של הדוקטרינות הקיימות מוסכמת על שנינו.

⁸ ע"ע (ארצי) 30279-05-19 זר - מת"ש - מרכזי תעסוקה שיקומיים בע"מ (נבו 10.10.2021) (להלן: פרשת חיים זר).

⁹ נתנאל דגן "הדבר החשוב באמת סמוי מן העין?" מעשי משפט ז 107 (2015). Justin Driver & Emma Kaufman, *The Incoherence of Prison Law*, 135 HARV. L. REV. 515, 516 (2021) ("In recent years, legal scholars have advanced powerful critiques of mass incarceration. Academics have indicted America's prison system for entrenching racism and exacerbating economic inequality. Scholars have said much less about the law that governs penal institutions. Yet prisons are filled with law, and prison doctrine is in a state of disarray.")

¹⁰ Noah D. Zatz, *Working at the Boundaries of Markets: Prison Labor and the Economic Dimension of Employment Relationships*, 61 VAND. L. REV. 857, 864 (2008). על ההזנחה של העיסוק האקדמי בישראל בתעסוקת אסירים עמדתי בעבר, ראו מילמן-סיון "עבודה אסורה", לעיל ה"ש 4.

ופשיעה, ובהשלכותיה הכלכליות המשמעותיות.¹¹ במאמר זה אקווה להראות, בין היתר, כי העיסוק בדיני בית הסוהר בכלל ובעבודת אסירים בפרט עשוי להיתרם מזווית הראיה של דיני העבודה ולתרום לו במקביל.¹²

המאמר יתקדם באופן הבא: **פרק א'** יבחנו מחדש הנחות היסוד שעמדו בבסיס מבחן המטרה והיחס בינו לבין המבחן המעורב על רקע פרשת נאיף עימה פתחנו. נבקר את האופן שבו הוחרגה עבודת אסירים בכללותה - על שלל מופעיה - מתחולת יחסי עבודה, ונחשוף עד כמה החרגה זו נתפסה עד כה "טבעית". נעמוד על הקשיים בתפיסה זו, קשיים הנובעים בחלקם מחסרונות מבחן המטרה. **פרק ב'** יציע מסגרת נורמטיבית חלופית למבחן המטרה - את המבחן הכלכלי-חברתי - ויבהיר את ההצדקות לאימוצו. מבחן דו-שלבי זה בוחן את קיומם של סממנים להיות העבודה שוקית-כלכלית; ובהתקיימם, עובר נטל ההוכחה אל מקבל העבודה, בשלב השני, להוכיח כי ניתן לזהות רציונל חלופי ברור לביצוע העבודה (ההיבט החברתי). הפרקים הבאים יוקדשו להבהרת מהותו של המבחן הכלכלי-חברתי על ידי יישומו בהקשר לתעסוקת אסירים בשיקום הפרטני. **פרק ג'** יוקדש למבחן המשנה הראשון של המבחן הכלכלי-חברתי על מכלול רכיביו ויראה כי אין יסוד לקביעה שמטרת העבודה בשיקום הפרטני אינה שוקית-כלכלית. **פרק ד'** יוקדש למבחן המשנה השני - מבחן הרציונל החלופי. יישום המבחן הכלכלי-חברתי בפרקים אלו יחדד את ההצדקה לאימוצו של מבחן זה בכלל ההקשרים במשפט העבודה. בסוף נסכם.

א. "אסירים אינם עובדים" - החרגה "קטגורית" מתחולת דיני העבודה

1. ציר כטיב-שדות - ההחרגה שלא היתה?

מסענו יתחיל אפוא בבחינה מחודשת של הנחת המוצא של הפסיקה והספרות בישראל כיום על פיה אין להחיל יחסי עובד-מעסיק על אסירים. בפתח הדברים אזכיר בקצרה את הנורמה המשפטית בסוגיית ההכרה בסטטוס של עובד בישראל. ככלל, המבחן הרווח להכרה במבצע עבודה כ"עובד" בדיני עבודה הוא המבחן

¹¹ Michael Gibson-Light, *The Prison as Market: How Penal Labor Systems Reproduce Inequality* 24 (2019) (Ph.D dissertation, University of Arizona) <https://www.proquest.com/dissertations-theses/prison-as-market-how-penal-labor-systems/docview/2212267563/se-2> ("Work programming represents a core component in the organization and management of prison life. This is how most able prisoners spend most of their time").

¹² תחום משפטי רלוונטי נוסף שטרם זכה להתייחסות נרחבת בהקשר לתעסוקת אסירים הוא *דיני המס*. כך, למשל, טוענת אפלמאן כי לנטיית בתי המשפט בארה"ב שלא לסווג אסירים כעובדים (employees) ישנן השלכות מיסוי משמעותיות למעסיק (פטור מחובות מיסוי שונות, בין היתר). Laura I. Appleman, *Bloody Lucre: Carceral Labor and Prison Profit*, 2022 WIS. L. REV. 619 (2022). ראו בהקשר הישראלי פאינה מילמן-סיון ויאיר שגיא "המודל ההיברידי" (טרם פורסם) (להלן: מילמן-סיון ושגיא "המודל ההיברידי").

המעורב (שבמרכזו מבחן ההשתלבות).¹³ מבחן זה התפתח בעיקר בהקשר של ההבחנה בין עצמאים ופריילנסרים לבין עובדים ולפיו יש לבחון כל מקרה של ביצוע עבודה על פי נסיבותיו. ככל שמבצעת העבודה השתלבה ב"מפעל" של מקבלת העבודה, והיא אינה בעלת עסק משלה וככל שהיא עונה על קריטריונים נוספים כגון תלות כלכלית במקבלת העבודה, כך תטה הפסיקה לסווגה כ"עובדת" ולא כ"עצמאית". בתמצית, דומה כי תתי המבחנים מהם מורכב המבחן המעורב מבקשים להבדיל בין צורות עבודה הנחזות על פניו כעבודת "שכירים" ובין עבודות עם מאפיינים של "עצמאיים".¹⁴

בנוסף, בהקשרים שונים, הוחל גם מבחן "מקדמי" לבחינה פרטנית זו – הוא מבחן המטרה. מבחן זה מציב דרישה מקדמית להכרה בסטטוס עובד: הדרישה שמטרתה המרכזית של העבודה תהיה כלכלית. דרישה זו התפרשה באופן מסורתי כקובעת שהעבודה אינה יכולה להיות מטרה נלווית להתקשרות, אלא מטרה מרכזית.¹⁵ דרישה זו המגולמת במבחן המטרה נתפסת כמשוכה ראשונית לקבלת סטטוס של עובד.¹⁶ ככלל, הנחת המוצא של המשפט הישראלי היתה ועודנה, כפי שאפרט כעת, כי אסירים אינם יכולים להיחשב "עובדים" שכן הם אינם עומדים בדרישה המקדמית – ביצוע עבודה שמטרתה העיקרית היא כלכלית. זאת, מאחר ועבודת אסירים נועדה למטרות שיקומיות.

מערך התעסוקה בשב"ס, הרשות לשיקום האסיר, כמו גם הפסיקה (והספרות) בישראל מציגים או מתייחסים לקביעה זו כהנחת יסוד שאין עליה עוררין; וכקביעה אותה נכנה "קטגורית" – כלומר ככזו שחלה על כלל האסירים המבצעים עבודה – ללא תלות באופי העבודה, אופי ספק התעסוקה או במיקום הגיאוגרפי שבו העבודה נעשית (מחוץ או בתוך הסווגים). תפיסה זו מעולם לא אותגרה. אכן, לאחר פרשת שדות ונאיף (שתי פסיקות מתחילת שנות האלפיים) לא הוגשו עוד עתירות אסיר המבקשות להכיר ביחסי עובד-מעסיק בעבודות חוץ או בכלל.

זאת, על אף שהתרגת אסירים מדיני העבודה בצורתה הקטגורית מעולם לא התקבלה מפורשות בפסיקת בית-המשפט העליון. אטען שאין הכרח בהשתרשות התפיסה הקטגורית והיא אפילו מפתיעה בשל צרימה כפולה: ראשית, החרגה ששוללת מראש כל בחינה פרטנית של סטטוס העובד היא מופע נדיר בנוף המשפטי של דיני העבודה בישראל.¹⁷ מרבית קבוצות

¹³ מבחן ההשתלבות בוחן, ראשית בפרן החיובי, האם העובד השתלב בעסק של המעסיק, וכן, שנית, בפרן השלילי, האם לעובד עסק עצמאי משלו. ראו למשל דב"ע (ארצי) לא/27-3 עיריית נתניה נ' בירגר, פד"ע ג(1) 177 (1971); בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628 (1996) (להלן: עניין מור).

¹⁴ לביקורת, שהיא ברובה מוצדקת, של אופן פעולה זה ראו גיא דוידוב "פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד" ספר סטיב אדלר 216 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים 2016).

¹⁵ גולדברג עצמו מצטט במאמרו בהסכמה את בג"צ כטיב אשר קבע בזמנו כי אסירים אינם עובדים ושלטונות הכלא אינם מעסיקים בדיוק מסיבות אלו: שלטונות הכלא מעסיקים את האסירים על פי חוק, באופן חלקי כחלק מהעונש, למען לימוד מקצוע וגם למען שמירת הסדר בבית הסוהר. גולדברג "מהותם של יחסי עובד – מעביד", לעיל ה"ש 4, בעמ' 87-88.

¹⁶ מבחן "המטרה" ידון בהרחבה להלן, בפרק ב'.

¹⁷ השוו עמ' טענתה של עמותת בזכות בפרשת חיים זר בהקשר לאנשים עם מוגבלויות. שם נטען כי למרות שההלכה בהקשר לאנשים עם מוגבלויות לא שללה את האפשרות העקרונית לבחון האם העבודה נעשית למטרה שיקומית או למטרה כלכלית, הרי שבפועל בית הדין האזורי שלל את קיומם של יחסי העבודה "מבלי להתייחס

מבצעי העבודה שהוחרגו - גם כאשר ההחרגה נובעת ממעמד-סטטוס - הוחרגו באופן שמאפשר לבחון את נסיבות העבודה באופן פרטני ולהחיל יחסי עובד-מעסיק במקרים המתאימים בלבד; למעשה, רק משרתי קבע הוחרגו באופן כה גורף בפסיקה.¹⁸ החרגה קטגורית כזו גם עומדת בניגוד למגמה העכשווית בפסיקה - כפי שהיא באה לידי ביטוי בפרשת זר - בהקשר לאנשים עם מוגבלויות. דומה כי המגמה שעולה מפרשה זר תטה להרחיב את תחולת יחסי עובד-מעסיק על קבוצות עובדים מוחלשים בכלל ומבצעי עבודה למטרה שיקומית בפרט. שנית, החרגת כלל האסירים סותרת מושכלות ראשונים בדיני עבודה שכן מדובר בעבודה שוקית-כלכלית, עובדה המתבהרת עם העמקת ההיכרות עם המסגרות הארגוניות השונות שבמסגרתן מתבצעת עבודת אסירים, ובכללן הפרקטיקות של השיקום הפרטני. השיקום הפרטני מהווה קטגוריה אחת, ייחודית, לביצוע עבודת אסירים.

כפי שנראה בהרחבה בהמשך, עבודת אסירים מתקיימת במסגרות מגוונות ושונות, ובכללן במסגרות עבודות החוץ (שיקום) בהן אסירים המגיעים לאגף השיקום עשויים להשתלב בשתי מסגרות שיקומיות המאפשרות עבודה במפעלים פרטיים מחוץ לשטח בית הסוהר. קטיגוריות עבודה אלו הן השיקום הקבוצתי (עבודה אותה מארגן השב"ס)¹⁹ והשיקום הפרטני - עבודה שלא במסגרת קבוצה, בה עבד נאיף. טענתי היא כי הדמיון הברור בין עבודות החוץ לבין תעסוקה "רגילה" כמו גם ההקשר השיקומי המודרני - המתנער מענישה כמטרה תעסוקתית - תומכים במסקנה כי החרגה קטגורית כאמור אינה לגיטימית עוד.²⁰

ולו באופן מינימאלי לנסיבות ההתקשרות ומאפייניה, לרבות תפוקת המערער ותרומתו למפעל, הצורך שלו בשיקום וההליכים השיקומיים שבוצעו או לא בוצעו לגביו ועוד. העמותה סבורה...כי אין לשלול יחסי עובד - מעסיק בין העובדים במפעל מוגן לבין המפעל (ודאי כאשר לא הוכחה יכולת עבודה פחותה מ 20%), ולכל הפחות אין לשלול באופן גורף אוטומטי כפי שעשה בית הדין האזורי, ללא בדיקה של נסיבות המקרה הונוקרטיות. הדברים נכונים מכוח קל וחומר בהתחשב בפערי הכוחות בין אנשים עם מוגבלות לבין מי שמעסיקם, וכן בינם לבין גורמי הטיפול והלווי ממשרדי הבריאות והרווחה, ובהיותה של האוכלוסייה מושא הדין אוכלוסייה מוחלשת במיוחד". (פרשת חיים זר, לעיל ה"ש 8, עמ' 18 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה) (ההדגשות אינן במקור).

בבג"ץ 1375/06 גדרה נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו 24.10.2006) (להלן: עניין גדרה), קובעת השופטת בייניש, בפס' 4: "מאז ועד היום בשורה ארוכה של פסקי דין שלטה בבית משפט זה התפיסה כי משרתי הקבע אינם "עובדים" מבחינת מערכת יחסיהם עם הצבא וכי על פי טיב היחסים מדובר ב"סטטוס" בהיות משרתי הקבע חלק מההיררכיה של השירות הצבאי על מאפייניה המיוחדים...". עם זאת, בתי המשפט מוכנים לדון בהחלה של חוקים פרטיקולריים על קבוצה זו, על פי מבחן התכלית. בבג"ץ 7000/08 לוי נ' שר הביטחון (נבו 7.6.2010) יישם בית המשפט את מבחן התכלית על פיטורי אישה בהיריון. כך קובע השופט הנדל בפס' 6: "במבט ראשון אוכלוסיית המשרות בצבא קבע אינן נהנות מהגנת חוק עבודת נשים ביחס לפיטוריהן". כלומר, ביהמ"ש יוצא מנקודת הנחה שאין תחולה לדיני העבודה על משרתי הקבע. בהמשך דבריו מציין השופט הנדל כי הדינים הצבאיים הרלוונטיים אותם הוא סוקר המיועדים להשיג חלופה לגיטימית להסדרים הנוגעים לפיטורי אישה בהיריון הם מספקים. הנשים משרות הקבע, אם כן, מקבלות הגנה נאותה. מבלי לעסוק ברציות פתורנו, שמבוסס על מנגנון של בחינה פנימית של תלונות המבוססות על סטנדרטים של הפליה פסולה או חוק עבודת נשים, השופט הנדל מתרצה מן המנגנון ואף מוכן להכפיפו לביקורת בג"צית. מובן מאליו כי הפער בין המאפיינים של שתי קבוצות אלו הוא חד וברור, פער המנביע צורך מוגבר להגנה על אסירים-עובדים.

ראו הרחבה בהמשך הפרק, בטקסט ליד ה"ש 40.
ודוק, מאמר זה אינו מתיימר להקיף את מלוא שיקולי המדיניות הנדרשים לאסדרה בחוק של יחסי עובד מעסיק לגבי כל קטיגוריה של תעסוקת אסירים בנפרד - ניתוח כאמור חורג ממסגרת המאמר.

18

19

20

קושי כפול זה מדגיש את חשיבות הטענה אותה מקדם המאמר לפיה על הפסיקה להכיר בקיומם של יחסי עובד-מעסיק בעבודות החוץ - ולמצער בשיקום הפרטני - כבר כעת, ביחוד כשחקיקה בנושא מתעכבת מזה יותר משני עשורים. קבלת הטענה – אף בגרסתה הצרה ביותר, קרי ביחס למסגרת השיקום הפרטני לבדה – תסיר את המחסום הגורף להחלת סטטוס "עובד" על אסירים ותוביל בהכרח לבחינתם מחדש של כלל קטגוריות התעסוקה במאסר באופן פרטני. ביסוסה של טענה זו תעוגן בבחינה מחדשת של פרשת נאיף ובהתודעות אל מאפייניה הייחודיים של עבודת החוץ, אולם, ראשית נפנה לבחון את שורשיה של התפיסה הקטגורית.

מהיכן, אם כן, נובעת תפיסה מחריגה-גורפת זו? ההנחה שאסירים אינם עובדים תפסה אחיזה במשפטנו החל מבג"צ כטיב, משנת 1963.²¹ לו שאלנו היכן מעוגנת קביעה זו בדין הפוזיטיבי, הרי שבשני העשורים האחרונים התשובה הרווחת תהיה כי קביעה זו מעוגנת בבירור בבג"ץ שדות.

בג"ץ שדות, אשר נדון בשנת 2001 בבית המשפט העליון, עסק בעתירה של שלושה אסירים אשר בתקופות הרלוונטיות עבדו במהלך מאסרם בקטגוריות תעסוקה שונות.²² עופר שדות ביצע עבודות שירותים ותחזוקה בבית המעצר אבו כביר - שבו ריצה מאסר במשך תקופה של שישה חודשים וחצי - ושני האסירים האחרים עבדו במפעלים בבעלות פרטית (לייצור תכשיטים ונגרייה), כלומר, מפעלי יזם שהוקמו בתחום בית הסוהר.²³ המשותף לשלושתם הייתה הטענה לפיה הם זכאים לשכר גבוה יותר תמורת עבודתם, בין היתר, עקב הוראות חוק שכר מינימום (להלן: החוק). כאשר דחה שירות בתי הסוהר את בקשתם הגישו השלושה עתירות נפרדות, אשר אוחדו לבסוף לעתירה אחת. העתירה עוררה שאלה משפטית מרכזית עקרונית שנוסחה כך: האם יש לראות באסירים אלו "עובדים" במובנו של המונח במשפט העבודה והאם הם זכאים לשכר מינימום לפי החוק?²⁴

ודוק, בית המשפט בשדות מעולם לא בחן את סטטוס העובד של שלושת האסירים שעמדו בפניו על פי המבחן המעורב. בית המשפט החל את מסעו הפרשני בלשון חוק שכר מינימום החל על עובדים בלבד.²⁵ מאחר שהחוק אינו מגדיר מיהו עובד, פונה בית המשפט תחילה למבחן "המעורב" וקובע את הדברים הבאים:²⁶

בית-המשפט, ובכלל זה בית-הדין לעבודה, דן בפסקי-דין רבים בשאלה מיהו עובד. המבחן העיקרי העולה מפסקי-הדין הוא מבחן מעורב, שבמרכזו מבחן ההשתלבות [...] לכאורה, לפי מבחן זה, אסיר המבצע עבודה בבית סוהר,

²¹ ראו בג"ץ 147/63 כטיב נ' שירות שתי הסוהר, פ"ד י"ז 2412 (1963) (להלן: בג"ץ כטיב). ראו גם גולדברג "מהותם של יחסי עובד - מעביד", לעיל ה"ש 4, בעמ' 87 ("אסיר אינו עובד ושלטונות בית הסוהר אינם מעבידיו").

²² בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, פס' 1 לפסק דינו של השופט זמיר (2001) (להלן: בג"ץ שדות).

²³ האחד עבד במפעל פרטי לייצור תכשיטים שהוקם בתחום בית הסוהר מעשיהו, והשני עבד בנגרייה פרטית שהוקמה בתחום בית הסוהר איילון. שם, בפס' 2.

²⁴ שם, בפס' 1.

²⁵ ס' 2(א) לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987.

²⁶ בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 22, בפס' 17.

במסגרת מערך התעסוקה, הוא עובד, אם של שירות בתי הסוהר (כלומר, של**המדינה) ואם של יזם פרטי [...]**

מדברים אלה עולה כי המבחן המעורב, לו היה מיושם כאן, היה מצביע על כך שאסירים אלו הם עובדים. למרות דברים אלו, פונה בית המשפט לפסיקה הישנה בעניין **כטיב**,²⁷ אשר קבע כי אסירים לא יחשבו כעובדים ולא יחולו עליהם יחסי עובד-מעסיק, זאת כארבעים שנה לפני פסק דין שדות:²⁸

בבג"ץ 147/63 כטיב נ' מנהל בית-הסוהר המרכזי, רמלה (להלן – משפט כטיב [2]) [...] התעוררה השאלה בהקשר של חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951. [...] האם אסיר המבצע עבודה בבית הסוהר נחשב עובד הזכאי, לפי חוק זה, לחופשה מן העבודה בתוך בית הסוהר? השופט זילברג השיב בשלילה, וכך אמר: "האסיר אינו 'עובד' ושלטונות בתי-הסוהר אינם 'המעבידים' שלו בתוקף החוק הנ"ל [...]. המינימום הצריך להתקיים לשם הפעלתו של החוק הוא, כי יהיו קיימים יחסים של עובד ומעביד. המדינה מעבידה את האסירים מכוח החוק – מקצתו כחלק מן העונש, מקצתו לשם לימוד מקצוע שיעסוק בו לכשישתחרר, ומקצתו מפני שבטלה עשויה להביא להפרת סדרי בית-הסוהר – והאסירים עומדים בעבודתם תחת פיקוחם של שלטונות בית-הסוהר, לא מכוח ההתחייבויות שקיבלו על עצמם כלפי מעבידיהם, אלא שוב מכוח החוק, והחוק בלבד". בית המשפט בשדות מאמץ למעשה את הפסיקה בעניין **כטיב**, וזאת למרות שחלק מהתפיסות העומדות ביסוד פרשת **כטיב** אינן הולמות עוד את המציאות העובדתית והמשפטית. פסק דין **כטיב** נשען על התפיסה כי העבודה היא חלק מהעונש (!) תפיסה שאבד עליה הכלח בימינו.²⁹ כיום, מזהים בתי המשפט בישראל בשיקום את המטרה המרכזית של תעסוקת אסירים. החקיקה קובעת במפורש כי השיקום עומד ביסוד המאסר בכלל, ותעסוקת אסירים בפרט.³⁰ בית המשפט העליון קבע אף הוא שהשיקום הוא אינטרס של האסירים עצמם - כדי שלא ישובו ויבצעו עבירות וייענשו על כך - אך לא פחות מכך הוא גם אינטרס ציבורי; לפיכך ראוי כי שב"ס ייערך להענקת טיפול שיקומי ומקצועי לאסירים הזקוקים לכך עוד בעת ריצוי העונש.³¹ עצם ביצוע עבודה במאסר, לפחות ברמה ההצהרתית, אינו יכול להיחשב רכיב עונשי.

עם זאת, השופט זמיר אינו מתעכב על מטרת המאסר ועומד על השתנות העיתים בהקשר אחר – ההקשר הדוקטרינרי-חוזי. הוא מציין את ביטול הגישה שהוצגה בכטיב לפיה חוזה הוא תנאי הכרחי להתקיימותם של יחסי עובד-מעסיק, ביטול שהתרחש בעניין סרוסי.³² מפרשת סרוסי נגזרות, לטעמו, שתי מסקנות:³³

מכאן נובעת מסקנה כפולה גם במקרה הנדון. המסקנה היא, ראשית, שאסיר עשוי להיחשב עובד אף שהוא עובד מכוח חוק, וגם אם נאמר כי הוא עובד ללא חוזה עבודה, ושנית, שהוא עשוי להיחשב עובד לצורך חוק מסוים

²⁷ בבג"ץ **כטיב**, לעיל ה"ש 21.

²⁸ בבג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 22, בפס' 17.

²⁹ פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 42), התשע"ב-2012, ס"ח 377.

³⁰ תק' 15 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978, ק"ת 1958.

³¹ ע"פ 11750/04, **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פס' 15-18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 30.7.2008).

³² דנג"ץ 4601/95 **סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, נב(4) 817 (1998) (להלן: עניין סרוסי).

³³ בבג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 22, בפס' 19.

בהתחשב בתכלית של אותו חוק, ולא להיחשב עובד לצורך חוק אחר. כך, לדוגמה, גם אם אסיר לא ייחשב עובד לצורך חוק חופשה שנתית, עדיין אפשר שהוא ייחשב עובד לצורך פקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], תש"ל-1970. לכן אף שבמשפט כטיב [2] (לעיל פסקה 17) נפסק כי אסיר אינו נחשב עובד לצורך חוק חופשה שנתית, עדיין שאלה היא אם אין הוא נחשב עובד לצורך חוק שכר מינימום. מה התשובה?

(ההדגשה אינה במקור)

לגישת השופט זמיר, הקביעות העולות מסרוסי הן שתיים: 1. היעדרו של החוזה הפורמלי והיותו של האסיר "עובד מכוח חוק" אינם מונעים כשלעצמם מאסירים את סטטוס העובד; 2. ניתן "לשבור את האוניברסליות" בכל הקשור לתעסוקת אסירים ולקבוע שהם עובדים רק לצורך דברי חוק מסוימים ולא לצורך דברי חוק אחרים. ודוק, למרות ששתי הקביעות הנ"ל מוצגות במפורש, פסק הדין מתעלם למעשה מקביעה (1) ועובר כמעט ישירות לשאלת תכלית חקיקתו של שכר מינימום, קרי ליישום קביעה (2). מהו, אם כן, מקור הקביעה שאין להחיל כאן את סטטוס העובד?

מקורה הארכימדי של ההחרגה מצוי, אם כן, ב"שלב המקדמי" של דוקטרינת מיהו עובד. ההחרגה מתמקדת במבחן המטרה, קרי, נובעת מהמטרה השיקומית של עבודת אסירים. משאומצה הנחת המוצא (שמקורה בכטיב) לפיה מטרתה המרכזית של עבודת אסירים אינה כלכלית והיא מטרה נלווית לעבודה, נשללה לכאורה האפשרות כי מדובר ביחסי עבודה – זאת, למרות הסרת הדרישה ל"קשר חוזי", כרכיב מחייב להחלת יחסי עבודה.³⁴ המעבר המהיר ליישום קביעה (2) לעיל, כלומר ההתמקדות בחוק שכר מינימום, באו על חשבון בחינה מחודשת של הדוקטרינה שמחריגה אסירים באופן גורף מתחולת יחסי עבודה וזאת למרות האפשרות לעשות כן לאור בג"צ סרוסי. כך, פוספה גם ההזדמנות לבחינה פרטנית של הנסיבות ואופי העבודה בשלושת המקרים שבהן דן פסק הדין. במקום זאת, המסקנה שקנתה אחיזה בפסיקה ובספרות היא שכל אסיר, מעצם מעמדו ככזה, אינו יכול לקבל מעמד "עובד".³⁵

עמדה גורפת זו משתקפת הן בפסיקה, הן בדיוני הצעות החוק שנועדו לאסדר את התחום וכמובן באופן שבו שב"ס תופס את המצב המשפטי. היא מהדהדת בכל פסקי הדין בנושא

³⁴ ולמרות זאת ניתן לומר כי הדיה של הלכה זו עדיין נוכחים במידה מסוימת בפסיקה ראו: עב"ל (ארצי) 59047-10-13 מדלסי - המוסד לביטוח לאומי, פס' 18-19 לפסק דינה של השופטת רות (נבו) 20.1.2015 (ביסודם של יחסי עובד-מעביד מונחת התקשרות חוזית, עת המטרה העיקרית של ההתקשרות היא ביצוע עבודה. ביצוע העבודה צריך שיהא מטרה בפני עצמה, ולא תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת...").

³⁵ יש לשים לב להיבטים הפרוצדורליים המשחקים כאן תפקיד מכריע: מאחר שהשתרשה ההנחה "אסירים אינם עובדים" - עתירות האסירים בהקשר לתעסוקת אסירים לא הוגשו לרוב לבתי הדין לעבודה, אלא לבתי המשפט המחוזיים או לבג"ץ, במסגרת עתירות אסירים, ראו פרק ח' לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971. בית הדין לעבודה לא קיבל הזדמנות לבחון את סוגיית המעמד המשפטי של אסירים בעבודות חוץ כעובדים (מלבד בפרשת נאוף, בו עסק בית הדין האזורי בלבד). יש להניח שמעגל שוטה זה תרם אף הוא להחרגה "בפועל" של אסירים העובדים בעבודות חוץ. באם תתקבל גישתי - נדרשת התערבות חקיקתית לשינוי הפורום המתאים לדון בסוגיות אלו (בתי הדין לעבודה).

עבודת אסירים שניתנו מאז בג"ץ שדות³⁶ ושירות בתי הסוהר, בכיריו ויועציו המשפטיים מפרשים כך באופן עקבי את פסק הדין.³⁷ עמדה זו משתקפת גם בהצעת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר בעניין תעסוקת אסירים (להלן: "הצעת החוק") שהוגשה ב-2011 כהצעת חוק ממשלתית.³⁸

הצעת החוק ביקשה להסדיר את תעסוקת האסירים בשירות בתי הסוהר והיא התוצר המתקדם ביותר של החשיבה שנערכה עד כה מצד המחוקק בהקשר לעבודת אסירים. לכן, על אף שההצעה לא הבשילה לידי חקיקה ראוי לסקור את הנאמר בה. הצעת החוק עורכת סווג ייחודי של קטגוריות ההעסקה ומבחינה בין שלושה סוגים של עבודות במאסר:³⁹

1. **ש"מ** – שירותים, תחזוקה ומטבח. במסגרת עבודות אלו אסירים מבצעים עבודות בתוך חומות בית הסוהר ומאפשרים למעשה את התקיימותו של מוסד הכליאה מבחינה כלכלית שכן התגמול בגינן מזערי.

2. **עבודות ייצור** – עבודה במפעלי השב"ס, עבודה במפעלי יום (קווי יצור פרטיים שפועלים בתוך החומות) וכן עבודה בשיקום קבוצתי במפעלים מחוץ לשטח בית הסוהר.⁴⁰

³⁶ כך, למשל, ברע"ב 8726/13 **טסלר נגד שירות בתי הסוהר** (נבו 13.2.2014) - שעסק בעתירת אסיר שעבד במפעלי יום ודרש שכר שעות - האפשרות שבין האסיר למפעל חלים יחסי עובד מעסיק לא עלתה כלל על הפרק. האסיר גם תואר כעובד המועסק במפעל פרטי "וזאת בהתאם לחובת העבודה המוטלת על אסירים במסגרתו של סעיף 48 (א) לחוק העונשין..." (שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט שהם). ראו גם עת"א (מרכז) 12-05-29813 **סיטו נ' שרות בתי הסוהר** (נבו 26.6.2012); עת"א (מרכז) 50720-01-13 **מגאדבה נ' שירות בתי הסוהר** (נבו 30.12.2013) (עתירה כנגד תנאי העסקה במפעל יום בה סוגיית התקיימותם של יחסי עובד-מעסיק כלל לא עולה על הפרק ולא נדונה). בעת"א (מרכז) 4051-01-19 **קריב (אסיר) נ' שירות בתי הסוהר**, פס' 84 לפסק דינו של השופט טרסי (נבו 10.5.2020) (להלן: עניין **קריב**) ביהמ"ש קובע מפורשות שלא קיימת הצדקה לדון במעמד האסירים ושאינן לידן מחדש בהלכת **שדות** - "הוראות הדין מחייבות את בית המשפט הנן בראש ובראשונה אלה של המחוקק הישראלי. המחוקק הורה בלשון בלתי משתמעת לשתי פנים כי אסיר מחויב בעבודה, כאמור בסעיף 48(א) לחוק העונשין, ואת החריג לכך ראוי לפרש אפוא בצמצום כפי שנקבע בהלכת **שדות**"; בעת"א (מינהליים חי') 19831-02-14 **לוי (אסיר) נ' משטרת ישראל**, פסק דינו של השופט שפירא (נבו 11.3.2014) מציין בית המשפט כי הפער בין שכר האסירים לבין שכר המינימום הוא אינו ראוי, אך קובע שאינו יכול לתת צו המורה להשוות את שכר העותר לשכר מינימום בהיעדר תשתית עובדתית מספיקה. לכן, הוא פוסק בהתאם להלכה לפיה עבודת אסירים היא עבודה הנעשית במסגרת שיקומית ולא לצרכי שכר.

³⁷ כך, למשל, במאמר שפורסם בשנת 2013 על ידי היועץ המשפטי לשירות בתי הסוהר דאז, התייחס האחרון לפסק דין שדות כאל "קו פרשת המים" ביחס לתעסוקת אסירים וטען כי שם נקבע כי אסירים אינם עובדים ושירות בתי הסוהר אינו המעסיק שלהם. נוח לירן "עבודות פרך או שיקום חברתי: תעסוקת אסירים בראי החוק" **צוהר לבית הסוהר** 15 (2013). דברים דומים אף עלו ממאמרם של מנכ"ל תעשיות השב"ס, רע"ן משאבי אנוש והכשרה מקצועית בתעשיות השב"ס והיועץ המשפטי של שירות בתי הסוהר, משנת 2015. ניסים קשי, אורה קפלנסקי ונוח לירן "תעשיות השב"ס: תעשייה חברתית שיקומית בהווה ובמבט לעתיד" **צוהר לבית הסוהר** 17 (2015).

³⁸ הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 41) (תעסוקת אסירים), התשע"ב-2011, ה"ח 621 (להלן: תיקון תעסוקת אסירים). נוסח ההצעה גם דומה לתזכיר חוק שהגיש המשרד לביטחון פנים - תזכיר חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס'...) (תעסוקת אסירים), התשע"ו-2016 (להלן: תזכיר חוק תעסוקת אסירים), ולכן לא נתייחס אליו בנפרד מהצעת החוק.

³⁹ שם, בדברי ההסבר בעמ' 26.

⁴⁰ בהקשרים רבים מקובלת יותר חלוקה אחרת של מדרגי התעסוקה: 1. ש"מ; 2. עבודות ייצור - במפעלי יום ובמפעלי שב"ס; 3. עבודות שיקום (חוץ) - שיקום קבוצתי ושיקום פרטני.

3. שיקום פרטני – עבודה במפעלי פרטיים מחוץ לשטח בית הסוהר שלא במסגרת קבוצה.

בכל הקשור ליחסי עובד-מעסיק קובעת ההצעה כי סטטוס זה יוענק לאסירים העובדים בשיקום פרטני בלבד.⁴¹ הנחת המוצא של המחוקק – כפי שנקבע במפורש בדברי ההסבר – היא שככלל לא מתקיימים יחסי עובד-מעסיק בין האסירים לבין שירות בתי הסוהר או מקבלי העבודה.⁴² הלך המחשבה שמייחד את סטטוס העובד למסגרת השיקום הפרטני מתבהר לאור מאפייניה של מסגרת תעסוקה זו, אליה נפנה כעת.

מסגרות השיקום (עבודות חוץ) מיועדות לאסירים תושבי ישראל המסווגים כפליליים,⁴³ והן מחולקות לשניים: פרטני וקבוצתי.⁴⁴ מסגרת השיקום הפרטני – המסגרת המתקדמת ביותר מבחינה שיקומית – הוגדרה בתזכיר הצעת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר כתעסוקה המאופיינת ברכיבים הבאים: (1) היא נעשית מחוץ לכותלי בית הסוהר; (2) היא נעשית על פי התקשרות אישית בין האסיר לבין מפעיל מקום התעסוקה; (3) היא נעשית בפיקוח של שב"ס, אך בלא ליווי והשגחה צמודים מטעמו.⁴⁵ היעדר פיקוח צמוד מטעם השב"ס במסגרת השיקום הפרטני מעורר חשש לבריחה ממאסר ומחייב שהאסיר המבקש להשתלב בה יעמוד בתנאי סף נוקשים יחסית. ככלל, אסיר יועבר לשיקום הפרטני רק לאחר שהשתלב בעבר בשיקום קבוצתי.⁴⁶ תנאי סף נוסף להשתלבות בשיקום הפרטני הוא עמידה בתוכנית השיקום

⁴¹ תיקון תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38, בס' 27. ניתן אמנם לטעון כי הצעת החוק מבקשת לעגן בחקיקה את המצב הקיים, קרי כי הנחת המוצא צריכה להיות שגם כיום חלים יחסי עובד מעסיק בין המפעל לבין האסיר העובד בשיקום פרטני. אולם, טענה זו אינה מתיישבת עם הפרשנות הקיימת הן של שירות בתי הסוהר, והן של בית הדין לעבודה, כפי שנראה בפרשת נאיף להלן.

⁴² מוצע לצמצם את הפער בין אסירים עובדים לבין עובדים, מבלי להחיל עליהם את משפט העבודה. הבסיס למהלך זה היא השמירה על כבוד האסיר והגשמת תכלית השיקום. ראו שם, בעמ' 31 לדברי ההסבר.

⁴³ פקנ"צ 04.54.02 "מרכזי שיקום והוצאת אסירים לעבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר" (20.10.2004, עודכן ב-14.10.2021) (להלן: "עבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר"). בתזכיר חוק תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38, מוצע כי הוראות לעניין תעסוקת אסירים לא יחולו על עצורים, אסירים אזרחיים ואסירים הנושאים עונש מאסר לפי הוראות סעיף 160 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (עבירה שעניינה "הפרעות ביחסי עבודה" ומתייחסת בעיקר להשתתפות בשביתה).

⁴⁴ "עבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר", לעיל ה"ש 43, המפנה לסעיף 111' לפקודת בתי הסוהר ותקנות 52-60 לתקנות בתי הסוהר; וכן גלעד נתן **שיקום תעסוקתי לאסירים ולאסירים משוחררים** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2010).

⁴⁵ תנאים אלה מופיעים גם ב"עבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר", לעיל ה"ש 43. ההשתלבות בשיקום הפרטני כרוכה בעמידה בתנאים שונים הכוללים כי מקום העבודה מוכן לקלוט את האסיר והאסיר מוכן להיקלט במקום שאליו הופנה, כי מקום העבודה מתאים מבחינה ביטחונית וביטחונית לעבודת אסיר, כי בעבודה המוצעת יש משום תרומה לשיקום האסיר בהתנסות במקצוע, ברכישת הרגלי עבודה, בהקניית ידע ובהפנמת ערכים וכי היא כרוכה בניהול כספים או כניסה לבתים פרטיים. כן נדרש כי מקום העבודה אינו בניהול ואינו בבעלות של קרוב משפחה של האסיר. ראו נתן, לעיל ה"ש 44.

⁴⁶ "עבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר", לעיל ה"ש 43. כך מוצע בתזכיר הצעת החוק, כי "הנציב רשאי להפנות אסיר הנמצא בשלב מתקדם בתכנית השיקום שהוכנה לו, לשיקום קבוצתי, ולקראת שחרורו של האסיר מבית הסוהר - לשיקום פרטני, הכל בהתאם לתנאים ולהוראות שיקבע לעניין זה השר, או שייקבעו בפקודות נציבות בתי הסוהר" - תיקון תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38, בס' 27(ב). כיום אין מניעה כי קבוצת אסירים, כולה או חלקה, לאחר שעבדה או למדה במסגרת שיקום בקבוצה ונמצאה מתאימה מבחינת הכללים ליציאה לעבודת

שנקבעה עבורו והיות האסיר בסוף תקופת מאסרו.⁴⁷ יתרת המאסר הנדרשת היא 18 חודשים (בשיקום קבוצתי יתרת המאסר הנדרשת היא 60-42 חודשים).⁴⁸ קריטריונים נוספים לשלוב אסיר בעבודות חוץ כוללים את הסיכון הנשקף ממנו ואת הקטגוריה שאליה הוא מסווג בהתאם לעבירה בה הורשע.⁴⁹ תנאי סף מחמירים אלו עשויים להסביר חלקית את המספר הזעום יחסית של אסירים המועסקים במסגרת זו.⁵⁰ עם זאת, התמריץ לעמוד בתנאי סף אלו הוא גדול, בין היתר, בשל כך שאסירים שהצליחו להשתלב בשיקום הפרטני עשויים להמשיך ולעבוד באותו מקום עבודה לאחר השחרור – כפי שקרה בפרשת נאיף. מקרה זה - בו המשיך האסיר לעבוד באותו מקום עבודה גם לאחר שחרורו - מדגים את הזהות הכמעט מוחלטת בין אופי העבודה בשיקום הפרטני ו"בשוק החופשי". זהות זו עמדה כנראה ביסוד הצעת החוק ואולם בהיעדר חקיקה מפורשת בנושא חזרה הפסיקה על הקביעה כי משפט העבודה אינו חל על אסירים: כך נקבע בפעם היחידה בה התאפשר לבית הדין לעבודה לבחון סוגיה זו בשיקום הפרטני - בפרשת נאיף - אליה נפנה כעת.

2. פרשת נאיף – הנימוקים לשלילת יחסי עובד-מעסיק

פסק דין נאיף, פסיקה אזורית משנת 2002 הוא, כאמור, הפעם הראשונה והאחרונה שבה נדונה תחולת סטטוס עובד במסגרת שיקום פרטני. בחלק זה נעמוד בהרחבה על הנימוקים

שיקום פרטני, תמשיך באותו מקום עבודה במסגרת תנאי עבודת שיקום פרטני. נוהל חטיבת תקון, שירות בתי הסוהר 03-0002 "הפעלת מסגרות שיקום לאסירים בבתי הסוהר" (22.7.2010).

דברי ההסבר תיקון תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38.

"עבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר", לעיל ה"ש 43, בעמ' 3.

ראו שם, בס' 5 ו-8.

נכון לשנת 2010, מתוך סך תקני כליאה של 173 אסירים באגפי השיקום שולבו כ-150 אסירים באגפי השיקום, מהם 120 בשיקום קבוצתי וכ-30 בשיקום פרטני. שלי מזרחי ואורי טל **תוכניות לשיקום אסירים – רקע וסקירה משווה** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2010). נכון לשנת 2017 הועסקו 8 אסירות בשיקום קבוצתי ושתיים בשיקום פרטני, ראו נורית יכימוביץ-כהן **היבטים בכליאת נשים בישראל** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2017). באותה שנה השתתפו 134 אסירים בלבד בכלל התוכניות השיקום בישראל, ראו Ety Elisha et al., For Prisoners, "Work Works": *Qualitative Findings from an Israeli Program*, 97 PRISON J. (2017) 342. (להלן: אלישע). ניסים קאשי, לשעבר ראש מערך התעסוקה בשב"ס, מסביר כי הסיכון לבריחה של אסירים מהשיקום הפרטני מסביר את הפער בין השיקום הפרטני לשיקום הקבוצתי: "במדינת ישראל אסיר שבורח מהכלא, לא משנה אם הוא היה בשיקום קבוצתי או פרטני, הוא אסיר שברח. אני יכול להגיד לך שהאנשים שמגיעים לתהליך הזה הם אנשים שנבדקים בכל הפרמטרים... החלום שלי הוא שתהיה לי אפשרות להוציא יותר אנשים לשיקום הקבוצתי, כי אני מאוד מאמין בו והוא גם בפקוח וגם הרבה פחות מסוכן לשב"ס משום שאנחנו באים לאזור העבודה ומפקחים..." (פרוטוקול ישיבה 455). הסבר אפשרי אחר מוצג על ידי לירן, הכנסת ה-18, 26 (23.11.2011) (להלן: פרוטוקול ישיבה 455). הסבר אפשרי אחר מוצג על ידי נוח לירן, יועמ"ש מערך תעסוקה בשירות בתי-הסוהר, אשר גורס כי הסיבה לכך שיותר אסירים מועסקים בשיקום הקבוצתי עשויה להיות, בין היתר, הצלחה בשיבוץ של השיקום הקבוצתי: "האחוזים של השיקום הפרטני הם לא אחוזים גבוהים בכלל. האחוזים של השיקום הקבוצתי הם קצת יותר גבוהים. יש לנו חלוקה, לדוגמה, של אסירים שלא מעוניינים בכלל לצאת... כי התעסוקה שהפנינו אותם אליה אצל היזם החיצוני היא כל-כך טובה שהיא קורצת להם להישאר והם פשוט מסרבים, לא רוצים לעזוב אותה, כי בחוץ מחכה להם עבודה. כלומר, ברגע שהם משתחררים מהכלא, מיד הם מתחילים לעבוד אצל קבלני משנה של אותו יזם כך שהם אפילו לא רוצים". פרוטוקול ישיבה 568 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18, 8 (13.6.2012) (להלן: פרוטוקול ישיבה 568).

47

48

49

50

שבגינם קבע בית הדין כי עבודה זו אינה מנביעה יחסי עובד-מעסיק: 1. תכלית ההעסקה היא שיקומית ולא כלכלית בעיקרה; 2. אופן ההתקשרות בין אסירים למקבל העבודה אינו חוזי ולא נעשה בהסכמה שכן מקורה הנורמטיבי של העבודה הוא בחוק הכופה על האסיר את התעסוקה; 3. נאיף ממילא אינו עונה על הגדרת העובד לפי מבחני המבחן המעורב. נימוקים אלו מבטאים שיקולים מרכזיים לשלילת סטטוס העובד מאסירים, וכפי שנראה בהמשך גם מקבוצות מבצעי עבודה אחרות שמוחרגות כיום בשלב המקדמי. לכן, תשמש פרשת נאיף נקודת מוצא נוחה לבחינת דוקטרינת "מיהו עובד"; ושלושת הנימוקים ישמשו בעדנו מפת דרכים לדיון עד הגיענו ליעד: המבחן הכלכלי-חברתי. נעמוד כעת על שלושת הנימוקים שהציג פסק הדין כסדרם.

ראשית, נידון **מבחן המטרה**. בית הדין מפנה לתנאי מקדמי לתחולתם של יחסי עובד מעסיק, כפי שפורש עד כה, שההתקשרות בין הצדדים תהיה לשם ביצוע העבודה כמטרה מרכזית.⁵¹ פסק דין נאיף קובע כי בענייננו לא נרקמה מערכת יחסי עובד-מעסיק מאחר ש"מטרת ההתקשרות בין הצדדים לא היתה לצורך ביצוע העבודה כמטרה בפני עצמה."⁵² העבודה נעשתה מלכתחילה במסגרת שיקומית ועל כן היא "תוצאה נלווית" למטרה העיקרית שעמדה ביסוד ההתקשרות - שיקומו של האסיר.⁵³ פסק הדין ממשיך וקובע כי עמדה זו מתחזקת לאור המגבלות שהוטלו על המעסיק בשל היותו של נאיף במעמד אסיר. לאור מגבלות אלו, ניתן לראות בהעסקתו של נאיף - העסקה הנובעת גם "משיקולים ציבוריים."⁵⁴ במילים אחרות, הפגיעה בפריזון ובתפוקה שאמורה להתקבל מהעסקתו של האסיר ממחישה את שוליות השיקול הכלכלי שבהעסקה זו.⁵⁵

שנית, נידונו **אופי ומקור ההתקשרות בין הצדדים** ובפרט **סוגיית ההסכמה**. נקבע כי בהיעדר חוזה יש לראות בחקיקה את המקור שמקים את חובת האסיר לעבוד. משתמע מכך שלא התקיים כאן יסוד ההסכמה שככלל חיוני לקיומם של יחסי עובד-מעסיק. פסק הדין מזכיר שעצם קיומו של חוזה אינו הכרחי על פי הלכת סרוסי, ועם זאת הוא נותן משקל לכך ש"הוראות החוק מטילות על כל אסיר את החובה לעבוד וקובעות עונש על הפרת חובה זו,"⁵⁶ כך על פי סעיף 48 (א) לחוק סדר הדין הפלילי.⁵⁷ בית הדין מציין גם את תקנה 55 לתקנות בתי הסוהר הקובעת כדלקמן:⁵⁸

⁵¹ פרשת **נאיף**, לעיל ה"ש 1, בפס' 7. השופטת קובעת כי על אף שניתן להכיר במועסק כעובד בהתאם לתכליות ספציפיות בדין עפ"י עניין **סרוסי**, לעיל ה"ש 32, הדרישה המקדמית היא "התקשרות לביצוע עבודה. ביצוע העבודה צריך שיהא מטרה בפני עצמה, ולא תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת".

⁵² פרשת **נאיף**, לעיל ה"ש 1, בפס' 8 לפסק הדין. ביהמ"ש מתבסס על תק' 15 לתקנות בתי הסוהר, ומחיל גם על המודל של עבודה פרטנית את תכליותיה (שיקום, שמירה על הסדר הטוב וענישה).

⁵³ על כך, גורס פסק הדין, ניתן ללמוד מתק' 15 לתקנות בתי הסוהר הקובעת שעבודתו של האסיר תכוון ככל האפשר לשיקומו.

⁵⁴ פרשת **נאיף**, לעיל ה"ש 1, בפס' 9. ביהמ"ש מוצא כי הנתבעת העסיקה את האסיר מתוך "שליחות ציבורית להעסיק אסיר בשיקום".

⁵⁵ שם, בפס' 11.

⁵⁶ שם, בפס' 8.

⁵⁷ חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

⁵⁸ תק' 55(א) לתקנות בתי הסוהר.

אסיר היוצא לעבודה שיקום או עבודת שיקום בהשגחה יראוהו, בעת עבודתו, בדרך לעבודה ובחזרה ממנה, כנתון במשמורתו החוקית של מנהל בית הסוהר ודינו לכל דבר כאסיר אותו בית סוהר.

דומה כי פסק הדין מייחס משקל רב למעמדו של העובד-אסיר כאסיר במשמורת חוקית ומסיק ממנה רכיב משמעותי של כפייה במערכת היחסים בין הצדדים – כפייה שעצם קיומה סותרת את ההכרה ביחסי עובד-מעסיק. זאת, ללא קשר הכרחי לשאלה האם נכרת חוזה בין הצדדים. שלישית, פונה בית הדין לבחינת רכיבי המבחן המעורב, שרכיביו ידונו להלן. פניה זו למבחן המעורב אינה מקרית או יוצאת דופן אלא מייצגת את הבלבול הקיים כיום בפסיקה לגבי השימוש בו בשלב המקדמי. פסקי דין רבים, כפי שנראה בהקשרים שונים בהמשך, מחילים את המבחן המעורב, באופן חלקי או מלא, יחד עם מבחן המטרה במין מבחן כלאיים שטרם הוגדר. משפט העבודה חסר כיום הנחיה ברורה מתי יש ליישם את המבחן המעורב בהקשרים לבר שוקיים ומתי יש לפנות בלעדית למבחן המטרה. בהיעדר הנחיה כזו, אין פלא כי פסקי דין רבים מיישמים מבחנים אילו לסירוגין, ובחוסר עקביות בין הקטגוריות השונות.⁵⁹ גם בענייננו, בחינה זו נעשית בצורה לקונית מאוד, ללא התייחסות לכלל או אפילו לרוב הרכיבים של מבחן זה. בית הדין מציין שאמנם נאיף איתר את העבודה בעצמו והתקשר באופן עצמאי עם המעסיק, אך מונה מספר היבטים שיחדיו מצדיקים לשלול ממנו את סטטוס העובד. בראיית בית הדין, הצורך באישורו של שב"ס במסגרת ובשעות העבודה של נאיף כמו גם איסורים שונים שהושתו על האסיר כגון האיסור לנהוג ולהצטרף לוועדי עובדים מעידים על חריגה מיחסי עבודה "רגילים" שכן שב"ס פיקח והתערב באופן ובתנאי עבודתו.⁶⁰ התערבות כאמור מתווספת על יתר הסיבות לאי התקיימותו של המבחן המעורב:

שעות עבודתו של התובע נקבעו על ידי שירות בתי הסוהר, ואם רצתה הנתבעת כי יעבוד שעות נוספות, היה עליה לקבל את אישור שירות בתי הסוהר. על התובע חל איסור גמור לנהוג ברכב, נאסר עליו לבחור ולהיבחר לוועד העובדים, ואף נאסר עליו להשתתף בשביתות. אם חפצה הנתבעת כי התובע יצא לעבודה מחוץ לחצריה, היה עליה לקבל מראש את אישורו של שירות בתי הסוהר, לא לפני שמסרה את יעד הגעתו של התובע, שמות האנשים עמם אמור לנסוע, ומשך הנסיעה. התובע החזיק בידו "היתר יציאה לעבודת שיקום" (מוצג נ/1 שניתן לו על ידי נציב בתי הסוהר). והיה כפוף להוראות כתובות של מסמך המכונה "חובות אסיר היוצא לעבודת שיקום" אשר הוגש על ידו לבית הדין. התובע אף חתם בחתימת ידו על התחייבות לקיים את הוראות המסמך.⁶¹

יש לשער כי בית הדין מסתפק בניתוח המבחן המעורב באופן כה תמציתי משום שהמסקנה הנגזרת ממנו אינה עומדת בפני עצמה אלא מקבלת תימוכין משני הטיעונים הקודמים שהוזכרו לעיל. המבחן המעורב משמש כאן מעין "פיגום" למבחן המטרה כאשר זה האחרון אינו החלטי דיו. לגישתי, כפי שנראה בהמשך, זהו שימוש שגוי במבחן המעורב – אותו אין

⁵⁹ על הקשיים שביישום לא קוהרנטי של המבחן המעורב ומבחן המטרה ראו להלן בפרק ב' וכן, באופן כללי, דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5.

⁶⁰ פרשת נאיף, לעיל ה"ש 1, בפס' 13.

⁶¹ שם, בפס' 11-12.

ליישם כלל בהקשר לקטגוריות לבר-שוקיות. בהיעדר טענה כי מבצע העבודה הינו עצמאי/פריילנס הרי שכבר בצומת ההכרעה המקדמי יש לקבוע כי המבחן המעורב לא יוכל לסייע בידנו. בצדק קבע השופט זמיר בפרשת שדות כי אין טעם ליישמו שם. אציג את ההצדקות לטענתי להלן תוך הדגמתן על עובדות פרשת נאיף. הצדקות אלו יכינו את הקרקע להצגת השינוי המוצע לשלב המקדמי, שיתואר בהמשך.

3. מבט חוזר על המבחן המעורב בראי פרשת נאיף

זניחת המבחן המעורב בעת בחינת הקשרים לבר-שוקיים בקיומם של יחסי עובד-מעסיק הוא הצעד הראשון לקראת אימוץ מבחן קוהרנטי לדוקטרינת מיהו עובד. המבחן המעורב נוצר והשתכלל בפסיקה במהלך השנים בעיקר כמענה לצורך להבחין בין עובד לקבלן עצמאי ובהמשך גם בין עובדים לפריילנסרים/עצמאיים.⁶² חרף ההבדלים בין עבודה המבוצעת במסגרת עסק עצמאי לעומת עבודה המבוצעת כאשר מדובר בשכירה – בשני המצבים נותרת העבודה במסגרת שוקית-כלכלית.⁶³ מכאן שהתפוקה או הפלט שהמבחן המעורב נועד

⁶² על הקושי בשימוש במבחן סטנדרטי לקביעת יחסי עובד מעסיק בהקשר להבחנה בין עובד לבין מנהל ראו סע"ש (אזורי ת"א) 42407-04-14 זלאיש - ג'רוסלם השקעות בטכנולוגיות (גי.טי.אי) בע"מ, פס' 36 לפסק הדין (נבו 21.5.2019), שם נקבע כי "בהתאם לנפסק בעניין לאורווי (סעיף 8 לפסק הדין), "מבחן ההשתלבות" הנוהג בפסיקה אינו רלוונטי לצורך בחינת קיומם של יחסי עובד - מעביד בין מנהל לחברה שבבעלותו. מבחן זה בא להבחין בין עובד לקבלן עצמאי בתחום היחסים שבין נותן שירות למקבל שירות (המוכר בדיעבד כעובד)".

⁶³ אציין כבר כאן כי ברי שהגבולות בין ספירה שוקית-כלכלית לספירות חברתיות אחרות הם מטושטשים ומכל מקום אינם חדים. קיימת ספרות נרחבת בתחומי הסוציולוגיה והפילוסופיה הפוליטית באשר להגדרתן משמעותן ותפקידן של ספירות חיים (spheres of life). הוויכוח ניטש, בין היתר, הן באשר לשאלה אילו ספירות קיימות והן על האופן בו יש להבין את תפקידן בחברה. החשוב לענייננו הוא לזהות את קיומן של פרקטיקות ומוסדות בעלי הגיון פנימי מובחן כאשר המשתתפים בהן מסכימים על תכליתן ועל אופן פעולתן. ראו, MICHAEL WALTZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (1983). בעוד שקיימת הסכמה רחבה לגבי ההבחנה בין ספירות כגון כלכלה, פוליטיקה ודת, קיימים ויכוחים עזים לגבי מערכות אחרות. בהקשר זה אני מאמצת לצרכי מאמר זה את המובן הרחב ביותר האפשרי של מערכות חברתיות - אשר יכולות לכלול, לדוגמא, גם משפחה, אינטימיות, חברות, עבודה, פנאי והשכלה. השוו לעבודתה החשובה של Zeilizer המראה כיצד המשפט מנסה להפריד בין יחסים אינטימיים לבין יחסים כלכליים וההתייחסות שם לצורך להפריד בין הספירה הכלכלית לזו האינטימית: Viviana A. Zelizer, The Purchase of Intimacy, 25 Law & Soc. Inquiry 817 (2000); Viviana A. Zelizer, THE PURCHASE OF INTIMACY (2005). ראו גם את מאמרו של זק, לעיל ה"ש 10; והשוו למאמרה של טומסטי, הלן ה"ש 112. במידה רבה טשטוש גבולות זה מהווה מסד לניתוח המוצע במאמר, ראו, גם את הטקסט הנלווה לה"ש 112-113. לכן השימוש במונח מסגרת/ספירה שוקית כלכלית (או חברתית) תכוון לציון מסגרת/ספירה שוקית-כלכלית בעיקרה.

אציין עוד שתי הבהרות בנוגע לשימוש במונח "ספירה" ו"חברתי". כאמור, המונח "ספירה" משמש כאן באופן כללי לתיאור תחומים מובחנים של פעילות אנושית בחברה המודרנית. לצרכי מאמר זה איני רואה הכרח להתייחס באופן מובחן לפרקטיקות חברתיות, המאופיינות בנורמות התנהגות הנשלטות על ידי הסדרים פחות פורמליים ומעוגנות בתפיסות הסובייקטיביות של המשתתפים לגבי נורמות ההתנהגות הראויות (למשל, אלטרואיזם, אינטימיות, חברות). לעומת מוסדות, המאופיינים ברגולציה והסדרה פורמליים יותר, ובכללם הסדרים ונורמות משפטיות (למשל, צבא). ההגדרה שאני מאמצת היא אם כן, רחבה יחסית, הגדרה שעשויה

"לייצר" באופן מסורתי הוא מסוג מסוים בלבד: עובד או עצמאי. ואולם, הסוג הנדרש בהקשרים לבר שוקיים אינו תואם מטרה זו. סוג התפוקה/הפלט שהמבחן המעורב נועד מטיבו לייצר אינו הולם את ההקשר של תעסוקת אסירים שכן על פי תכליתו המקורית הוא אינו מיועד להבחין בין מבצעי עבודה בשיקום לבין שכירים. למעשה, המבחן המעורב אינו מתאים כאן כלל,⁶⁴ מכיוון שתכלית מבחן המטרה (כפי שהיא עולה מהפסיקה) היא להבחין

לכלול הן פרקטיקות והן מוסדות חברתיים. להערפת הגדרה רחבה כזו, בהקשר דומה, ראו לדוגמה, Sangiovanni, Andrea, "How Practices Matter" 24 Journal of Political Philosophy (2016) 3-23, p.3. בנוסף, גם את המונח "חברתי" במבחן המוצע (המבחן הכלכלי-חברתי) יש להבין במובן הרחב ביותר האפשרי של מערכות חברתיות בהן אנו פועלים בחברה המודרנית. מטרתו באימוץ המונח "חברתי" במבחן הכלכלי-חברתי היא להבחין בין הספירה הכלכלית, לשלל המקרים המגוונים המכונים "מועסקים המיוחדים" שבהם ההצדקה לשלילת סטטוס העובד נובעת מכך שהעבודה מתבצעת במסגרת פרקטיקות ומוסדות בעלי הגיון פנימי מובחן, שהינו לבר-כלכלי. המאמר מצביע על המשותף למקרים אלו, אך אין הכוונה לסווג את כולם כ"חברתיים" במובן הצר של המושג. במילים אחרות, מכיוון שהמהלך הוא אינדוקטיבי ברי שישנם הבדלים משמעותיים בסוגי הפרקטיקות והמוסדות שבהן מתבצעת העבודה אותה מחייג הדין הנוהג. מגוון ההגיונות הפנימיים העומדים ביסוד המערכות החברתיות שמנביעות את "המועסקים המיוחדים" כולל הן הגיונות שניתן לכנות בקלות כ"חברתיים" במובן הצר (התנדבות) והן כאלו החורגים מהגדרה צרה זו (משרתי הקבע). את המונח "חברתי" יש להבין, אם כן, במובנו הרחב ביותר.

למרות שאין קביעה גורפת כזו, בית הדין הארצי עומד מדי פעם על אי ההתאמה של המבחן המעורב בהקשרים ספציפיים בהם עולה המבחן המקדמי. ראו למשל דוגמה מהעת האחרונה בהקשר ליחסי עובד-מעסיק כאשר הועלתה טענה של סחיטת דמי חסות: "לטעמנו, טענה לתשלום דמי חסות צריכה להיבחן במסגרת המבחן המקדמי לקיומם של יחסי עובד-מעסיק, ולא במסגרת יישום המבחן המעורב או מבחן ההשתלבות. במסגרת המבחן המקדמי נבחנת, דרך כלל, השאלה אם מדובר בהתקשרות שמטרתה העיקרית של ההתקשרות היא ביצוע עבודה, וזאת כ"מטרה בפני עצמה, ולא תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת", כגון מיזם עסקי משותף או הליך שיקום או הליך התלמדות (ראו: ע"ע (ארצי) 62173-01-19 **משה לבר - החברה העירונית לתרבות נוער ספורט ונופש באשקלון בע"מ** [פורסם בנבו] (11.12.21) וכן ע"ע (ארצי) 28419-11-13 **ד"ר שרון אילון נ' הסתדרות מדיציניית הדסה (חל"צ)** [פורסם בנבו] (14.11.17)). בהתאמה, לטעמנו גם את השאלה אם מדובר בהתקשרות רצונית לקבלת עבודה או מדובר בהתקשרות שבמהותה היא סחיטת דמי חסות בשל החשש פן ייפגע העסק אם תידחה הדרישה יש לבחון במסגרת המבחן המקדמי, ולא במסגרת יישום מבחן ההשתלבות, על כפל פניו" (ע"ע (ארצי) 16060-11-20 **גברועה - א.ס.ע. ד תשתיות בע"מ**, פס" 6 לפסק הדין (נבו 15.3.2022)).

בית הדין קובע ובצדק כי אין לבחון את הסוגייה בראי המבחן המעורב. עם זאת, עצם הצורך לציין את הדברים מעיד על הבלבול הקיים והיעדר האחידות ביישום המבחן המעורב בפסקי הדין השונים. בתי הדין לעבודה, מחילים את מבחן המטרה בהקשרים שוקיים-כלכליים שלא לצורך, לגישתי. לדוגמה עכשווית בה מיישם בית הדין הן את המבחן המעורב והן את השלב המקדמי בהקשר שוקי-כלכלי ראו ע"ע (ארצי) 62173-01-19 **לבר - החברה העירונית לתרבות נוער ספורט ונופש באשקלון בע"מ**, פס" 7 לפסק הדין (נבו 11.12.21): "ממכלול הראיות עלה כי המערער היה בעל עסק עצמאי של מיזמים שונים בתחום המוזיקה, אשר חבר למשיבה ביצירת מיזם משותף שאיחד את הקונסרבטוריון שבבעלותו עם הקונסרבטוריון העירוני. ההסכם בבסיסו הוא הסכם מסחרי, תוך שבין הצדדים נקבעו התשומות והתמורות של כל צד, לרבות חלוקת הרווחים. בכך שלא התגבשו רווחים בפועל אין כדי לרוקן מתוכן את המהות הכלכלית-עסקית של ההתקשרות. לכך נוסף כי מעבר למבחנים הרגילים לקיומם של יחסי עובד-מעסיק אותם יישם בית הדין האזורי בהתאם לנסיבות המקרה, יש לבחון גם את המבחן המקדמי במסגרתו נשאלת השאלה אם מטרתה העיקרית של ההתקשרות הייתה ביצוע עבודה, וזאת כ"מטרה בפני עצמה, ולא תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת" (דב"ע (ארצי) 3-60/לד' **עזבון בלה ורי - לאורווי בע"מ**, פד"ע ו' 10 (1974) [פורסם בנבו]).

בין עבודות המבוצעות במסגרת שוקית-כלכלית לעבודות המבוצעות בהקשרים לבר-כלכליים-שוקיים. המבחן הכלכלי-חברתי, אותו אציע כחלופה ליישום בכלל מקרים אחרונים אלו (מבצעי העבודה המיוחדים), לא יחשב עוד, על פי ההצעה כמבחן מקדמי, אלא יחליף את המבחן המעורב. את אי-הרלוונטיות של המבחן המעורב להקשר זה נדגים להלן באמצעות פרשת נאיף. בתוך כך תוצג גם תמונה עובדתית מקיפה יותר בנוגע לאופי העבודה בשיקום הפרטני.

נפנה תחילה אל הנדבך המרכזי במבחן המעורב - מבחן ההשתלבות.⁶⁵ הפן השלילי במבחן ההשתלבות נועד לקבוע אם מבצע העבודה ניהל עסק עצמאי אם לאו. חוסר הרלוונטיות של שאלה זו בולט מיד בהקשר לאסירים שהרי אלו אינם יכולים להיות בעלי עסק או להיחשב עצמאים. גם הפן החיובי במבחן זה - המתחקה אחר מידת ההשתלבות של העובדים במפעל - אינו רלוונטי שכן מרבית תתי-מבחנים שבהקשר שוקי-כלכלי היו מתפרשים כשיקול תומך בסוג מבצע העבודה כעובד - אינם מנביעים את אותה המשמעות בהקשר לאסירים וקבוצות אחרות שהוחרגו על פי מבחן המטרה. כך, למשל, אין חולק שניאף - שעבד בנגרייה כנגר - מקיים את מבחן "חיוניות התפקיד/תפקיד ליבה".⁶⁶ נאיף אינו ייחודי בהקשר זה: אסירים העובדים מחוץ לחומות הכלא, בין אם בשיקום קבוצתי ובין אם בשיקום פרטני, עובדים ככלל בעבודות יצרניות שונות: נגרות, מסגרות, דפוס, הרכבה, ועוד.⁶⁷ ניתן להניח כי מרבית המפעלים ממוקדים בעבודות יצרניות שלגביהן האסירים עוברים סדנאות הכשרה מיוחדות,⁶⁸ ותפקידם נמצא פעמים רבות בליבת המפעל. עם זאת, למרות שיישום המבחן בהקשר להבחנה בין עובד לפרילנס/קבלן היא בעלת משקל ניכר - שכן קל יותר להניח שעבודות שאינן נמצאות בליבת העסק יבוצעו על ידי פרילנס/קבלן - בענייננו, מבחן

למעשה מיזם עסקי משותף, כהמשך לפעילות דומה קודמת של המערער במסגרת עסקו העצמאי. בנסיבות המקרה המיוחדות, עבודתו של המערער בניהול הקונסרבטוריון המאוחד לא הייתה לפיכך התקשרות נפרדת העומדת בפני עצמה."

במקרה זה, כפי שיובהר בפרק ב' וג' להלן, ההקשר הוא שוקי-כלכלי ועל כן הפן השלילי של מבחן ההשתלבות יעניק מענה מספק לסוגית "מיהו עובד" ויבהיר כי מדובר בהתקשרות עסקית. חשיפת ההצדקות למבחן הכלכלי-חברתי תבהיר כי כאן, למשל, אין צורך ליישם מבחן המטרה כלל (ולא את המבחן הכלכלי-חברתי), כפי שנראה בהמשך. החלת המבחן מעורב תספיק. מבחן המטרה והמבחן הכלכלי-חברתי אינו אמור לשמש כמבחן מקדמי. בגרסתו המורחבת של מבחן המטרה - המבחן הכלכלי-חברתי - עומד מבחן זה בפני עצמו ואין לערבו בכל מקרה "קשה" שבו יש לדון במבחן המעורב.

⁶⁵ עניין סרוסי, לעיל ה"ש 32; ע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא נ' מדינת ישראל, גלי צה"ל, פד"ע לו 625, 4-643 (2001) (להלן: פרשת צדקא) ("ככלל, נקבע מיהו "עובד" על פי המבחן המעורב, שיקרו מבחן ההשתלבות"); עניין מור, לעיל ה"ש 13. מבחן ההשתלבות מורכב משני מישורים: חיובי - השתלבות של העובד במסגרת העסק של המעסיק, ושלילי - הדרישה שלמועסק אין עסק עצמאי משלו. מאחר שלאסירים אין עסק עצמאי רלוונטי, הרי ששאלת ההשתלבות במפעל תעמוד במרכז הדיון.

⁶⁶ עניין מור, לעיל ה"ש 13, בעמ' 651: "ככלל, יש מקום להנחה כי מבצעה של מלאכה המהווה חלק אינטגרלי מן הפעילות החיונית והמרכזית של המפעל, הינם עובדים של אותו עסק. הטעם לכך נעוץ בהנחה הכלכלית-מסחרית כי עסק נועד לקיים פעילות עסקית שוטפת. מכאן הצורך של בעל העסק להבטיח "גרעין קבע" של כוח עבודה לצורך הגשמת סדירותו של העסק."

⁶⁷ שירות בתי הסוהר דו"ח השב"ס לשנת 2014 188 (2014) (להלן: דו"ח השב"ס לשנת 2014). רשימת המפעלים שבמסגרתם האסירים עובדים נתונה לאישור מראש ע"י השב"ס ראו אלישע, לעיל ה"ש 50, בעמ' 346.

⁶⁸ דו"ח השב"ס לשנת 2014, לעיל ה"ש 67, בעמ' 192.

עזר זה אינו מסייע כלל. במילים אחרות, אין זה ראוי להסתמך על העובדה שנאיף עבד בתפקיד ליבה כרכיב שמסייע להגיע למסקנה כי הוא עובד. שימוש ברכיבי המבחן המעורב כאן אינם תורמים, אלא מבלבלים ומסיטים את הדיון למקום שאינו רלוונטי. בדומה, ענייננו של מבחן "הזיקה האישית" הוא שהמועסק אינו רשאי לשלוח אדם אחר לבצע את העבודה במקומו.⁶⁹ אי-התקיימות המבחן בהקשרו "הרגיל" מעיד על התקשרות מול קבלן עצמאי שכן הלה עשוי לשלוח את עובדיו לספק את השירות הנדרש. בפרשת נאיף מבחן זה מתקיים שכן כאמור במסגרת השיקום פרטני, האסירים אחראים לאתר את מקומות התעסוקה בעצמם והם גם מנהלים באופן עצמאי את ההתקשרות מול מקבל העבודה.⁷⁰ ועם זאת, אין בכך להעיד על היותם עובדים בניגוד למבצעי עבודה במסגרת שיקום. ממילא גם במסגרת שיקומית נדרש כי האדם עצמו יבצע את העבודה ולכן אין רבותא בהתקיימותו כאן. מבחן זה מדגים גם הוא את חוסר התוחלת שביישום המבחן המעורב בהקשר זה. דוגמה נוספת ניתן למצוא בסוגיית אופן חישוב ותשלום השכר, תת מבחן נוסף של המבחן המעורב. מבחן זה מסייע בידנו להבחין בין עובד לקבלן/פריילנס שכן סביר יותר שהאחרונים יעבדו לפי תפוקה לעומת שכירים שסביר שיעבדו בשכר שעות. לכאורה, מבחן זה מסייע בידנו לסווג אסירים בעבודות חוץ כעובדים, שכן התגמול בשיקום הפרטני נקבע לפי סיכום בין האסיר למעסיק (באישור גורמי שב"ס) ויש להניח שהוא יקבע על בסיס שעות.⁷¹ עם זאת, גם אם ישלם המפעל לאסיר שכר לפי תפוקה - לא יהיה בכך כדי לתמוך במסקנה שאסיר זה אינו עובד שכן מבחן משנה זה אינו יכול לקרבו למעמד של קבלן/פריילנס. אף שהפרקטיקה שמתגמלת אסירים לפי תפוקה הפכה נפוצה יותר בעשורים האחרונים בישראל ברי שהיא

⁶⁹ ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק נ' תה"ל – תכנון המים לישראל בע"מ, פד"ע לו 817 (2002): "ביצוע עבודה באופן אישי יניו סממן מובהק של היות מבצע העבודה בגדר "עובד" ... על ההבדל בין עבודה אישית לבין מתן שירותים ניתן לעמוד באמצעות השוואת המקרה שבפנינו למקרה שנדון בפסק דין טריינין. עורך דין טריינין שימש משך שנים רבות יועצה המשפטי של מפלגת העבודה. את שירותיו המשפטיים למפלגה סיפק טריינין באמצעות משרדו הפרטי, שהעסיק בו עורכי דין שכירים, ואשר שירת במקביל לקוחות נוספים, ששכר הטרחה שקיבל מהם היה עיקר פרנסתו. בניגוד לפרשת טריינין, במקרה דנן אייזיק ביצע את עבודת הצלילה בעצמו (פרט לתקופה שבנו החליפו), הוא לא ניהל עסק משלו, וכמעט כל זמנו הוקדש לעבודה עבור תה"ל. לפיכך באתי לכלל מסקנה כי עבודתו של אייזיק נופלת בגדר עבודה אישית של 27 שנים". ראו גם זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב 113, 133-136 (1993); גולדברג "מהותם של יחסי עובד – מעביד", לעיל ה"ש 4, בעמ' 93-95. לעמדה אחרת, הגורסת כי מבחן הקשר האישי הוא מבחן סף, ודין מקיף יותר בהקשר זה ראו דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5. לגישתי, מלבד הדרישה לקיומו של מקבל עבודה, כפי שציינתי בה"ש 5 לעיל, אין לדרוש דרישות נוספות מעבר לאלו שאציג במסגרת המבחן הכלכלי-חברתי.

⁷⁰ עם זאת, הדברים עשויים להיות שונים בהקשר לשיקום הקבוצתי, כפי שמעיד ניסים קשי, לשעבר ראש מערך התעסוקה בשב"ס. האסירים העובדים בשיקום קבוצתי עובדים במקומות עבודה יצרניים שונים עמם השב"ס כורת חוזה, ולרוב עובדים בקבוצות של שלשות. המעסיקים בשיקום הקבוצתי אינם יכולים לבחור את עובדיהם אם כי לרוב העובדים עוברים הכשרות שעשויות במבחן המציאות להטות את הכף גם כאן להתקיימות מבחן הזיקה האישית במקרים מסוימים. ניסים קשי "תעשיות שירות בתי הסוהר - איכות כתנאי קיומי לארגון" צוהר לבית הסוהר 9, 108-109 (2005).

⁷¹ באשר לשיקום הקבוצתי ראו מענה לבקשת חופש מידע של הכותבת, 24.1.2018: "תגמולי אסירים בשיקום קבוצתי מחושבים על בסיס שעות (מינימום 13.70 נח לשעת עבודה. תקרת תגמול חודשי מקסימלית בסך של 3,600 נח)" (להלן: מענה לבקשת חופש מידע 2018). הסכום המצויין כאן היה נכון בזמנו ועודכן מאז. אין לפסול אפשרות לפיה המעסיק והאסיר יסכמו על תשלום מבוסס תפוקה ובמקרים אלו ישנו שיקול דעת לקצין השיקום לפסול או לאשר צורת תשלום כזו. אין בידי נתונים כיצד יושמה סמכות זו בעבר אם עלו מקרים כאלו.

אינה מעידה על מעמדם כקבלנים עצמאיים.⁷² באופן דומה, תתי מבחנים אחרים שמתקיימים לגבי אסירים – כגון מבחני "הבלעדיות והגמישות" (ברי שהאסירים אינם גמישים לגבי שעות ומקום העבודה וכי אינם עובדים בעבודה אחרת) ומבחן "אספקת כלי העבודה" (שכמובן מסופקים על ידי מקבל העבודה) – אינם יכולים לתמוך בסווגם כעובדים.

יישום מבחני המשנה של המבחן המעורב בהקשרים לבר שוקיים וכחלק או תוספת למבחן המטרה אינו רק מיותר ולא מועיל – אלא אף עלול להטעות, כפי שניתן לראות בנוגע ליישום מבחן הפיקוח והשליטה בפרשת נאיף. רכיב הפיקוח והשליטה, שנבחן במסגרת רכיב הכפיפות והמרות, הוא רכיב מרכזי במסגרת ההבחנה בין עובד לפריילנס/עצמאי שם שליטתו של המעסיק על אופן ביצוע העבודה והפיקוח על היבטיה הטכניים (כגון שעת הגעה לעבודה, מספר שעות העבודה וכדומה) מעידים על כך שמבצעת העבודה היא שכירה. מבחן עזר זה פותח מתוך ההנחה כי הקבלן/פריילנס אינו כבול במגבלות אלו ומכאן התועלת שבו להבחין בינו לבין העובד השכיר.

בהתאם, הנגרייה קיימה פיקוח ושליטה על עבודתו של נאיף ואולם בניגוד למסגרת עבודה "רגילה" – התקיימה שם גם "שכבת פיקוח נוספת" על ידי שב"ס במספר היבטים. כזכור, נאיף לא הורשה לנוע בחופשיות מחוצה למפעל⁷³ ונזקק לאישור שב"ס לצורך יציאה ללקוחות וכן על מנת לעבוד בשעות נוספות.⁷⁴ מפקחים מטעם השב"ס גם הגיעו לביקורות תקופתיות קצרות במפעל לוודא שהעובד מועסק על פי הנהלים. למרות האמור, המפעל עצמו נותר הגורם המרכזי שקבע ופיקח על העבודה שכן המפעל קבע את צרכי העבודה ובכללן את שעות העבודה ואת הצורך בשעות הנוספות או בנסיעה ללקוחות. לפי הרציונל המקורי של מבחן עזר זה – "שכבת הפיקוח" הנוספת מחזקת את סווג האסיר כעובד וודאי שאינה גורעת ממנה.⁷⁵ ועם זאת, כאן יושם המבחן באופן הפוך שמסייע להחריג אסירים מיחסי עובד-מעסיק.⁷⁶

⁷² מעבר לנדרש כאן אציין כי מגמה זו פוגעת בגובה התגמול שמקבלים אסירים בעבודה יצרנית ואף מפלה אסירים מבוגרים או בעלי מוגבלויות. להרחבה על התשלום על פי תפוקה כפרקטיקה פוגענית, ראו מילמן-סיון ושגיא "המודל ההיברידי", לעיל ה"ש 12.

⁷³ פרשת נאיף, לעיל ה"ש 1, בפס' 11-12 לפסק הדין. בשיקום קבוצתי הם נוסעים בהסעות המאורגנות ע"י המעסיקים וזוכים לפיקוח צמוד על אופן ביצוע עבודתם מצד המעסיקים. אלישע, לעיל ה"ש 50, בעמ' 346.

⁷⁴ פרשת נאיף, לעיל ה"ש 1, בפס' 11-12 לפסק הדין.

⁷⁵ למותר לציין כי מקומות עבודה רבים כפופים בהקשרים שונים ל"שכבות פיקוח" נוספות, רגולטוריות ואחרות. לחשיבות מבחן הפיקוח בהקשרים של עבודת אסירים השוו לפסק הדין: Cox v. Ministry of

Justice [2016] UKSC 10.

פסק הדין של בית המשפט העליון של הממלכה המאוחדת עסק בסוגיית האחריות השילוחית בנוזיקין במקרים בהם אין יחסי עובד-מעסיק עם המזיק, במקרה זה אסיר בבית סוהר ציבורי. במקרה זה נגרם נזק גופני לסוהרת, עובדת בית הסוהר, שניהלה את המטבח שם ובכלל זה כ-20 אסירים שעסקו בהכנת והגשת המזון. אחד מאותם אסירים, התרשל והתעלם מהוראותיה לעצור את העבודה כאשר אורז התפור במטבח. בניגוד להנחיות, הוא ניסה להמשיך ולהעביר את שק האורז אותו סחב על גבו, אולם מעד ונפל. הנפילה גרמה להפלת שק אורז כבד על גבה של הסוהרת, מעשה שגרם לה נזק גופני. הסוהרת תבעה את בית הסוהר וטענה כי מדובר באחריות שילוחית בגין מעשיו של האסיר, על אף שהאסיר אינו נחשב כ"עובד" של בית הסוהר. נקבע כי מערכת היחסים בין האסיר הרשלן לבין שירות בית הסוהר היה "דמוי יחסי עובד-מעסיק" (akin to employment) ולכן ניתן להחיל בכל מקרה אחריות שילוחית. קביעה זו ניזונה, בין היתר, על כך שהאסיר השתלב בעשייה של בית

שימוש כאמור במבחן עזר זה הוא בעייתי. הרציונל המקורי ביקש להבחין בין פיקוח ושליטה של המעסיק לבין מצב בו אין פיקוח – שהוא מסממני ההיכר של עצמאים. במקרה שלפנינו החריגה מ"הפיקוח הרגיל" אינה מעידה על היותו של מבצע העבודה עצמאי. יש כאן פיקוח מוגבר שאף אם אינו נעשה כולו על ידי המעסיק – אינו פוגם ביכולת ההגדרה שלו כעובד (שכן אין כאן סממנים לעצמאות). אולם, כאשר עסקינן במבחן המעורב, עלולה כל חריגה מתמונת ה"עובד" השוקי להתפרש כמחזקת את המסקנה כי לא מדובר בעובד – רק משום שהעובד במבחן המעורב מומשג כתמונת ראי לעצמאי.

כיצד אפוא יש להתייחס לסוגיית הפיקוח? ניתן להתייחס לשכבת פיקוח זו במספר דרכים אחרות. ככל שנהלים אלו מכבידים על יכולתו של האסיר לתרום כלכלית למעסיק – יש לבחון את הנהלים במסגרת רכיב התפוקה, כפי שנראה בפרק הבא. הקשר אפשרי אחר הוא שאלת "מיהו המעסיק".⁷⁷ בהנחה שנאיף יוכר כעובד, יתכן שהפיקוח הנוסף של שב"ס יוביל למסקנה כי שב"ס יחשב כ"מעסיק במשותף" של נאיף, יחד עם המפעל.⁷⁸ מכל מקום, היישום המוטעה כאן מדגים שוב כי אין מקום למבחן המעורב כאשר ההבחנה הנדרשת אינה בין עצמאי לעובד, שכן המבחן עלול להוביל לתוצאות שאינן רצויות (כאן – החלשת מעמדו של האסיר כעובד, במקום חיזוק).

מסקנה דומה עולה גם בנוגע למרכיבי המבחן המעורב החורגים ממבחן ההשתלבות. מבחן התלות הכלכלית, למשל, פורש מסורתית בפסיקה כמבחן שנועד לקבוע אם למבצע העבודה ישנו מקור הכנסה נוסף; כלומר, האם ההכנסה מהמעסיק שבחסותו העובד מבקש

הסוהר וכי לבית הסוהר היתה שליטה ופיקוח על מעשיו. זאת ועוד, בהחלטה לאפשר ערעור על פסק הדין בערכאה הנמוכה, קובעים השופטים כי העובדה שהעבודה נערכה בכפייה ולא בהתקשרות חוזית הופכים את מערכת היחסים בין האסיר-עובד לבית הסוהר למערכת יחסים הדוקה יותר, ככל שיש לכך השפעה "The prisoners had been bound to the MoJ, not by contract, but by their sentences of imprisonment and, while the prisoners had been paid, the wages had been nominal. Those differences from the normal employment relationship rendered the relationship between the prisoners and the MoJ in the conduct of their activity, if anything, closer than that of an employer and its employees." (Cox. V. Ministry of Justice [2014] EWCA Civ 132).

77 ההבחנה שעורך המשפט הישראלי בין הסוגיות של מיהו עובד ומיהו מעסיק אינה נקייה ממחלוקת בקרב משפטני העבודה בעולם. עצם סוגיית תחולת יחסי עובד מעסיק המכונה "personal scope" מעוררת לאחורונה ביקורת על עמדה זו, הקוראת לבחון את מערכת היחסים במלואה, כלומר לבחון את סוגיית מיהו עובד רק בהקשר מסוים - ההקשר של מערכת היחסים בינה לבין מעסיקה. ראו, למשל, Alan Bogg, *Labour, Love and Futility: Philosophical Perspectives on Labour Law*, 33 INT. J. COMP. LABOUR LAW IND. RELAT. 7 (2017). איני מביעה עמדה במחלוקת זו במאמר הנוכחי, אך אציין כי בהקשר הנוכחי קיימת חוסר בהירות לגבי "מיהו מעסיק". לצורך המאמר נניח לצורך המאמר כי המעסיק הוא מקבל העבודה בעבודות החוץ, אם כי מעמדו של שב"ס כמעסיק משותף אפשרי טרם הוברר.

78 משפט העבודה מאפשר עקרונית לזהות גם את שירותו בתי הסוהר כמעסיק משותף - כפי שכבר נאמר בהערת אגב בפסק דין אזורי אחר: ראו פרשת **קרינא**, לעיל ה"ש 4. לאחרונה, בפסק דין ע"ע 47271-06-18 **התאמה השמה ומידע (1995) בע"מ** – סמי הפרטה (נבו 5.7.2020) הציג בית הדין התפתחות מעניינת של דוקטרינת המעסיק במשותף על פיה אפשרית העסקה משותפת בהקשר לחובה אחת בלבד. יתכן שדוקטרינה זו עשויה להיות רלוונטית במקרה של עבודת אסירים, אולם דיון מעמיק בסוגיה זו חורג מגדרי המאמר.

להיות מוכר כשכיר הייתה הכנסתו היחידה.⁷⁹ הרציונל למבחן זה יסודו בכך שעסקים/פריילנסרים פועלים לרוב אל מול מספר לקוחות ואינם תלויים כלכלית בלקוח אחד. תלות כלכלית בלקוח אחד עשויה אפוא להחליש את סווג הפעילות כעסק/פריילנס. עם זאת, רציונל זה אינו מתקיים במסגרת השלב המקדמי. לו יישמנו מבחן זה כפשוטו - הוא היה עשוי להוביל בקלות לחיזוק סווגו של האסיר, שכמובן נעדר מקור פרנסה אחר, כעובד. מובן מאליו שאין לקבל מסקנה זו, ומנגד, גם אין לקבל את המסקנה ההפוכה כי מבחן זה מסייע לשלול מאסירים את סטטוס העובד.⁸⁰ מכאן - וזהו לב הטיעון - שהכשל המתואר אינו נובע מטעות מקרית של הפסיקה או יישום שגוי של שופטת כזו אחרת במקרה נקודתי. מדובר בתת מבחן (אחד מני רבים) שאינו מתאים כלל להקשר של תעסוקת אסירים. חוסר התאמה זה מדגים שוב את נחיצותו של המבחן החדש המוצע במאמר.

זאת ועוד, אחת הטענות העיקריות המבססות את התנגדות שב"ס להכיר באסירים כעובדים/זכאים לשכר מינימום, היא שהשב"ס דואג לכל מחסורם.⁸¹ האם ראוי לאמץ פרשנות רחבה למבחן זה, לפיה סיפוק צרכי האסיר בעת המאסר שוללים את תלותו הכלכלית בעבודתו?⁸² ישנן סיבות רבות לדחיית הטענה גם לו הסכנו עם האמירה שיש ליישם את המבחן המעורב בהקשר זה. העובדים בשיקום הפרטני נמצאים זמן קצר לפני שחרורם, אז יצטרכו לדאוג לעצמם כלכלית. בהינתן שרובם יתקשו למצוא עבודה עם שחרורם,⁸³ הם עשויים להיות תלויים בשכר שהצליחו לחסוך טרם שחרורם. האם אין אנו יכולים להכיר

⁷⁹ תת מבחן זה, שהפסיקה הוסיפה למבחני ההשתלבות, קובע כי ככל שגדלה התלות הכלכלית במעסיק כך יחשב המועסק לעובד, ראו עניין מור, לעיל ה"ש 13, בעמ' 649; ע"ע (ארצי) 568/06 שושן נ' קל שירותי נופש ותיירות בע"מ (נבו 3.1.2008). לביקורת על מבחן זה ועל הרלוונטיות שלו לתקופתנו, ראו זמיר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 161-164.

⁸⁰ במילים אחרות, יישומו של המבחן, שבהקשר המקורי בו נוצר מסייע רבות להבחנה בין עצמאי לעובד, אינו מסייע להבחנה בין עובד לבין אסיר שעובד למטרות שיקום. זאת משום שאין כל היתכנות להתקיימותו של מצב הדברים אותו נועד המבחן למנוע, לפיו ההתקשרות החוזית משקפת מצג שווא של "עצמאי", מצג שקל לזהותו כשלאותו "עצמאי" יש לקוח אחד בלבד, בו הוא תלוי כלכלית.

⁸¹ כאמור, סוגיית ההכרה באסיר כעובד ותחולתו של שכר מינימום נדונו במאוחד בפרשת שדות, לעיל ה"ש 22. בנוסף ראו מענה לבקשת חופש מידע של הכותבת, 27.11.2017: "... לנושא גובה התגמול בגין פעילות יצרנית ובהתחשב בעובדה שכל צורכי האסיר, מכל סוג, מסופקים ע"י שב"ס ומתקציב המדינה עפ"י חוק. כל מחסורו של האסיר מושת על שב"ס והוא אינו משתתף בעלות אחזקתו" (להלן: מענה לבקשת חופש מידע 2017).

⁸² ראו מענה לבקשת חופש מידע 2017, לעיל ה"ש 81: "... לנושא גובה התגמול בגין פעילות יצרנית ובהתחשב בעובדה שכל צורכי האסיר, מכל סוג, מסופקים ע"י שב"ס ומתקציב המדינה עפ"י חוק. כל מחסורו של האסיר מושת על שב"ס והוא אינו משתתף בעלות אחזקתו". יש סיבות להרהר אחר טענה זו: אסירים נאלצים גם לשלם עבור קניות בקנטינה, וישנם אסירים החבים בחובות/תשלום דמי מזונות. ראו עניין קריב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 7. ראו גם לאחרונה את ההחלטה בעת"א 17260-08-21 אטיאס (אסיר) נ' שרות בתי הסוהר (נבו 28.7.2022) המתייחסת לזכות האסיר להתקיים בכבוד. ההחלטה קובעת כי יש להותיר בחשבון הקנטינה של אסירים סכום בגובה הקצבה ל"אסיר נזקק" - סכום שיהיה מוגן מפני עיקול - בשל הצורך של אסירים לספק את צרכיהם הבסיסיים על ידי צריכה של מוצרי יסוד הנחוצים לו לטעמו. בשולי הדברים אוסיף כי ככל שהסוגייה היא שסיפוק צרכי האסירים ממומן על ידי המדינה דווקא - הרי שניתן לבחון סוגיה זו במסגרת שיקולי מדיניות לגבי התווית אופי המאסר ולשקול מדיניות המטילה את הוצאות אחזקתם עליהם ואיני מביעה עמדה בהקשר לכך. ראו, למשל, עידו דוידסקו ודרור ולק תעסוקת אסירים ככלי שיקומי, 4, 13-14, 17 (סקירת ספרות, יחידת המחקר בשירות בתי הסוהר 2011).

בתלות כלכלית הצופה פני עתיד (קרוב) ⁸⁴ בנוסף, לאסירים רבים הוצאות ניכרות מעבר למה שהשב"ס מספק. לחלקם הוצאות הכרוכות במשפחתם או בחובות אחרים. ⁸⁵ גם ההוצאות הכרוכות ביציאה לעבודה בשיקום פרטני, לפחות באופן חלקי, עוברות אל האסיר וזאת - במסגרת הצפייה הכוללת מהם לעבור באופן מלא להתנהלות שוקית. ⁸⁶

חשוב מכך, פרשנות רחבה כאמור חורגת מהפרשנות המקובלת ועשויה להוביל לעיוותים בהקשרים אחרים (שוקיים-כלכליים) בהם תיישם הפסיקה את המבחן המעורב. כך, למשל, בסוגיית סווגה של מבצעת עבודה כפריילנס/עובדת העובדה שמבצעת העבודה היא צעירה שגרה בבית הוריה ושאלו האחרונים מספקים לה "את כל צרכיה" לא תוכל להיחשב כשיקול לגיטימי. כך, גם מבחן זה, במנותק מתכליתו המקורית, אינו יכול לקדם את שאלת סטטוס העובד ויישומו אף עשוי להטעות.

לסיכום חלק זה, הדגמנו את חסרונות השימוש במבחן המעורב בדוקטרינת מיהו עובד ביחס למציאות שנתגלתה בפרשת נאף. נעבור כעת לניתוח ביקורתי של מבחן המטרה, שידגים את הצורך בהבניית מסגרת נורמטיבית חלופית לדוקטרינת מיהו עובד. בהמשך, בפרק ב' להלן, נפתח חלופה למבחן המעורב ולמבחן המטרה כאחד.

4. מבחן המטרה – ניתוח ביקורתי של הדין הנוהג

התנאי שנחשב עד כה כתנאי מקדמי להתקיימותם של יחסי עובד-מעסיק לפיו על הקשר החוזי בין הצדדים להתאפיין במטרה כלכלית עודכן לאחרונה בעניין חיים זר ⁸⁷ וכך תואר המצב המשפטי טרם השינוי:

"ביסודם של יחסי עובד-מעביד מונחת התקשרות חוזית, עת המטרה העיקרית של ההתקשרות היא ביצוע עבודה. ביצוע העבודה צריך שיהא מטרה בפני

⁸⁴ דיון מעמיק בשאלה זו חורג ממסגרת המאמר. על חלק מהקשיים שבהם לוקה הטיעון כי אין לשלם שכר מינימום לאסירים בשל כך שהשב"ס מספק להם את כל מחסורם עמדתו במקום אחר: "טיעון זה מתעלם מתכלית נוספת של שכר המינימום, המתקיימת אף לעניין אסירים, והיא השמירה על כבוד האדם. נוסף על כך, ההנחה כי האסיר גוזר "טובות" אחרות מהעבודה, כגון מניעת בטלה ומימוש עצמי, אין בה, כשלעצמה, כדי להחריגו מקבלת שכר ראוי בעבור עבודתו. גם עובדים שאינם אסירים זוכים בערך מוסף מעבודתם, המגולם, למשל, בתחושה של מימוש עצמי, אולם ברי כי אין די בתחושה זו לאיין את הצורך בתשלום "נוסף", המגולם בשכר-מינימום. מילמן-סיון "עבודה אסורה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 325.

⁸⁵ "אין לומר כי התכלית הכלכלית נעדרת כליל מהמשוואה, משום שלחלק מהאסירים יש משפחות, שאליהן ניתן להעביר חלק משכר עבודתו של האסיר, ואף אסירים ללא משפחה עשויים ליהנות מהעדר קשיים כלכליים עם שחרורם, אם יוכלו לחסוך מהשכר." שם, בעמ' 325. ראו גם, למשל, לאחרונה דיון בהקשר לקושי להתקיים בכלא ללא כסף בעת"א 11-21-11-61772 (חי) דמקינר נ' משטרת ישראל - שירות בתי הסוהר ואח' (נבו 3.2.2002). עובדה זו נזכרה, למשל, בבג"ץ שדות לצורך ההבחנה בין עבודות בתוך ומחוץ לחומות, במסגרת הדיון על פרשנות סעיף 48 (ג) לחוק הפלילי. כך מתאר בג"ץ שדות את שלב שיקום החוץ: "עבודת שיקום היא, כזכור, השלב הגבוה ביותר במערך התעסוקה של שירות בית הסוהר: היא מתבצעת לקראת השחרור מבית הסוהר מחוץ לשטח בית הסוהר. ראו לעיל. הדעת נותנת כי השכר המשתלם בעד עבודת שיקום יהיה, אם לא גבוה יותר, לא נמוך מן השכר המשתלם בעד עבודה רגילה בשטח בית הסוהר. והנה, תקנה לתקנות בתי הסוהר קובעת כי "ההוצאות שהוצאו למען אסיר בשל יציאתו לעבודת שיקום כגון: הוצאות נסיעה, כלכלה ולבוש, ייחשבו כחוב שחייב האסיר לבית הסוהר" וכי מנהל בית הסוהר רשאי לנכות את סכום ההוצאות משכרו של האסיר."

בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 22, בעמ' 841.
פרשת חיים זר, לעיל ה"ש 8, פסקה 59.

עצמה, ולא תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת (דב"ע (ארצי) לד/60-3 עזבון בלה ורי - לאורווי בע"מ, [פורסם בנבון] פד"ע ו' 10 (1974)). יש לבחון לפיכך אם מדובר במערכת יחסים שעניינה ביצוע "עבודה" (גם אם לא בהכרח במסגרת קשר חוזי: עניין שדות), שתוארה - בלשונו של בית דין זה בתחילת דרכו - כ"עשייה שהיא בבחינת פעילות כלכלית, או המיועדת לסיפוק צרכים של הזולת - בין הפרט ובין הציבור" (דב"ע (ארצי) לב/43-3 יגאל הלפרין - הסתדרות מדיציניית הדסה, [פורסם בנבון] פד"ע ד' 281 (1973); להלן: עניין הלפרין).

(ההדגשות אינן במקור).

אכן, לא כל ביצוע של עבודה במובנה המילולי מקימה יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים.⁸⁸ בהנחה שמדובר בעבודה המבוצעת למען אחר,⁸⁹ ניתן לגישתי לזהות דפוס חוזר המשותף לקבוצות שהוחרגו בשלב המקדמי - והוא שמערכת היחסים העומדת בבסיס הקשר בין מבצע העבודה ומקבלה נתפס על ידי בית הדין כקשר שאינו כלכלי-שוקי. כך למשל, ישנן מערכות יחסים שבהן העבודה המבוצעת ע"י אחד הצדדים נובעת מרצון טוב לעזור, יחסי ידידות,⁹⁰ התנדבות פורמאלית,⁹¹ עזרה הדדית בין קרובים⁹² וכדומה. לפי הפסיקה, במקרים הללו מבצעת העבודה באה לעבודה מרצונה מבלי להיות נתונה למרות המעסיק: ללא תמורה כספית, ללא התחייבות לתקופה מסוימת, מבלי להיות צד לחוזה עבודה והיא רשאית להפסיק את ההתנדבות/עזרה בכל עת.⁹³ משכך, נקבע במקרים אלו שמבחן המטרה אינו מתקיים.⁹⁴ הפסיקה מספקת דוגמאות נוספות רבות לקבוצות מבצעי עבודה שהוחרגו בשלב המקדמי ובהן קבוצת המתמחים והמשתלמים – אחת הקבוצות שמעוררת מחלוקת עיקשת בבתי הדין לעבודה. בעוד מתמחים במקצועות חופשיים כגון משפטים וראיית חשבון הוכרו כעובדים, בתי הדין בחנו באופן פרטני את סוגיית המשתלמים והגיעו למסקנות מגוונות בתחומי עיסוק

להרחבה על הנושא ראו למשל: גולדברג "תמונת מצב", לעיל ה"ש 4; דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5. סוג העבודה הנפוץ ביותר שמוחרג כך הוא עבודות הבית - עבודות המבוצעות במסגרת משפחתית שלא למען אחרים. סוגיית ההחרגה של סוג עבודות אלו היא מורכבת וחורגת מגדרי מאמר זה. להרחבה ראו – דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5; מיכל אגמון-גונן "עוני מבוסס מגדר: נשים בעוני ודירור ציבורי כמקרה מבחן" ספר **יעקב וינרוט** 311, 320-323 (גרשון גונטובניק, אבי וינרוט וחיים זיכרמן עורכים, 2021); תומר לוי ואירנה נוטנקו "ביטוח נכות לעקרת הבית – דיון ביקורתי במצב המשפטי הקיים וכיווני מחשבה לעתיד" **עבודה חברה ומשפט** יג 293 (2012); *Reva B. Siegel, Home as Work: The First Woman's Right Claims*; 103 YALE L. J. 1073 (1994); Philomila Tsoukala, *Gary Becker, Legal Feminism, and the Costs of Moralizing Care*, 16 COLUM. J. GENDER & L. 357 (2007); Katharine Silbaugh, *Turning Labor into Love: Housework and the Law*, 91 NW. U. L. REV. 1 (1997).

דב"ע (ארצי) לט/2-30 גוטפריד נ' עזבון המנוחה גרטרוד קראוס ז"ל פד"ע יא(1) 214 (1980).

ע"ע (ארצי) 1270/00 פרידמן - הוז פד"ע לח 39 (2002) (להלן: עניין פרידמן).

דב"ע (ארצי) לג/0-108 המוסד לביטוח לאומי נ' כץ פ"ד ה(1) 31 (1973).

עניין פרידמן, לעיל ה"ש 91, בפס' 6.

לסקירה נוספת ראו דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5.

88

89

90

91

92

93

94

שונים ובהקשרים שונים – מסקנות שאינן בהכרח עקביות.⁹⁵ מקרה נוסף שבו הפסיקה קבעה שעקרונית לא חלים יחסי עובד-מעסיק הוא כשהצד שמבצע את העבודה הוא בעל תפקיד על

⁹⁵ ע"ע (ארצי) 712/07 שמשון-גלנצר (13.5.2009); ס"ק (ת"א) 1148/02 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (נבו 15.3.2005) (להלן: פרשת אל על). בית הדין אינו מחיל את המבחן המעורב על מתמחה/מתלמד ופונה ליישום של מבחן ההתקשרות. פס' 33: "במסגרת הכשרה מקצועית לא מתקיימת אחת מהנחות היסוד של המבחן המעורב, היא ביצוע עבודה. החניך בהכשרה אינו מבצע עבודה, אלא לומד. אף אם כוללת ההכשרה עבודה מעשית מסוימת, היא לרוב שולית לתכלית ההכשרה ואופייה ומהווה חלק ממנה. יישום המבחן המעורב ללא התייחסות למאפיינים המיוחדים של יחסי החניכות עלולים להביא לתוצאות בלתי רצויות." פס' 36: "ההכרה בחניך בתקופת הכשרה כ"עובד" צריכה אפוא לשקף את האיוון שבין החובה להעניק לכל עובד, שכר מינימום, הדרוש לקיום צרכיו הבסיסיים. ובין אי החלת חוק שכר המינימום על מי שאינו "עובד", אלא עוסק ברכישת ידע או כישורים מקצועיים, לרווחתו ולצרכיו האישיים, שלא במסגרת יחסי עבודה. איוון זה בא לדי ביטוי לדעתנו במבחן המוצע להלן- על חמשת מבחני המשנה שבו: 1. האם מטרת ההתקשרות בין הצדדים וההכשרה הנה יצירת יחסי עובד ומעביד? ... לפיכך, מטרת המעסיק לשכור את חניך כעובד ולצורך כך להכשירו, ומטרת החניך להיות עובדו של המעסיק, הן תנאי ראשון ליצירת יחסי עובד ומעביד ביניהם. 2. האם אופייה של ההכשרה הנו כשל הכשרה המועברת במוסד הכשרה לימודי או הכשרה במסגרת יחסי עובד מעביד? 3. מהו משך ההכשרה, היקף השעות והאם מתאפשר לחניכים לעבוד במקביל להכשרה? 4. האם מפיק המעסיק רווח מההכשרה? 5. כוונת הצדדים. יש לציין כי לכל אחד ממבחנים אלה קובע ביה"ד מבחני משנה ואינדיקציות. בענייננו התשובות לכלל השאלות מצביעה על היותם של החניכים בקורס ההכשרה לדיילות באל על כעובדים; בדומה פוסק ביה"ד בדיון (ארצי) 43-3-לב הלפרין - הסתדרות מדיצינית "הרסה", פד"ע ד(1) 281, 288 (1973) שמתמחה ברפואה הוא "עובד" תוך שהוא מציין שהדין אינו מבחין בין "עובד" לבין "חניך" ולכן החשיבות היא בבחינת מטרת הקשר; ראו גם ד"מ (ת"א) 03-2154-ירדן - ליהי אקוקה פרסומאים בע"מ (נבו 12.10.2003) ביחס למתמחים בגרפיקה; נראה שבפסיקה מאוחרת יותר שיקול זה הוביל דווקא לשלילת יחסי עובד-מעסיק עקב התמורה העומדת לנגד מטרת ההתקשרות. בס"ע (אזורי) 10-34958-03 אבינועם - הטכניון, פס' 28 לפסק דינה של השופטת דיבנר (נבו 28.2.2016) פסק ביה"ד כי מילגאי לתואר מחקרי בטכניון לא ייחשב כ"עובד", על אף שביצע עבודה שניתן לבצע במסגרת העסקה, עקב מטרת ההתקשרות אותה איבחן ביה"ד כקבלת תואר אקדמי; המשקל הרב שניתן בפסיקה לשיקול מטרת ההתקשרות מקבל ביטוי סביב סוגיית החניכים בהכשרה המעשית של מקצועות הנדסאים האלקטרוניים במכשור רפואי שם מאזן ביה"ד בין שתי מטרות הקיימות בהתקשרות - הכשרה מעשית נדרשת להשלמת הלימודים ואינטרס המעסיק בעבודתו של העובד. כאשר ביה"ד מצא כי למעסיק אין צורך והוא אינו מסתמך על החניך, הוא לא הכיר בו כ"עובד". ראו: ס"ע (חיפה) 11-07-1738 גרייב - מכבי שירוחי בריאות (נבו 14.4.2013) (להלן: עניין גרייב). אולם, כאשר נמצא שהמעסיק הסתמך על החניך, התנהג אליו והעסיק אותו במשימות כמו יתר עובדיו ביה"ד הכיר בו כ"עובד". ראו: ע"ב (חיפה) 02/3244 הלן - מדינת ישראל משרד הבריאות (נבו 29.1.2006). כלומר, על אף שביה"ד נמנע מהבחנה קטגוראלית גורפת ביחס למעמדם של חניכים בלימודי הנדסאים, הוא העביר באופן לא מודע את הנטל להוכחת תחולתו של משפט העבודה ועל אכיפתו במקום העבודה על המועסק, שבמקרים אלו היו סטודנטיות שנאלצו לעבוד במספר עבודות כדי להשלים את לימודיהן. כך, בעניין גרייב, מצא ביה"מ"ש כי המעסיקה (מכבי) לא ניהלה רישום סדיר של שעות העבודה של גרייב ואפשרה לה לעבוד בערבים במקום עבודה נוסף ולכן שלל את מעמדה כ"עובדת". אין בדיון זה כדי למצות את כלל פסקי הדין בנושא (לסקירה מקיפה יחסית ראו למשל, את ת"צ (ת"א) 12-04-2000 שגב - מדינת ישראל (נבו, 8.10.2015) (להלן: פרשת טל שגב). החשוב לענייננו הוא ראשית כי הפסיקה כיום אינה עקבית והיא תוכל להרוויח מהבהרת "מבחן המטרה", ושנית כי העקרון המאחד בסוגיה זו היא המעבר בין הספירה הכלכלית-שוקית לבין הספירה של "הכשרה ולמידה". ככל שנבין יותר לעומק את מאפייני הלמידה, ההתמחות וההכשרה כך נוכל לסווג טוב יותר ובצורה עקבית יותר את העובדים/מתלמדים. ליבת העניין הוא התייחסות לספירה הרלוונטית (לימוד/הכשרה) ופריטת המאפיינים הרלוונטיים לה, כפי שהחל לעשות בית הדין בפרשת

פי דין, נבחר ציבור או נבחר על ידי ארגון עובדים.⁹⁶ זאת, משום שהעבודה מבוצעת מכוח מעמד/סטטוס ומשכך משפט העבודה לא חל. גם בנוגע לדירקטורים נקבע לא אחת כי כהונה כדירקטור אינה מקימה יחסי עובד-מעסיק בינה לבין החברה בה היא מכהנת.⁹⁷ על פי הפסיקה, קביעה זו נשענת בין היתר על כך שדירקטורית היא אורגן של החברה, ומשכך קיים קושי בהחלת יחסי עובד-מעסיק בינה לבין החברה,⁹⁸ וכן משום שהמטרה שביסוד ההתקשרות כאן אינה "ביצוע עבודה" אלא כהונה או ניהול.⁹⁹

משרתי-הקבע הם קבוצה נוספת שהנמנים עליה אינם מוכרים כעובדים.¹⁰⁰ שירותם של משרתי הקבע אינו מוסדר במפורש בחקיקה ראשית,¹⁰¹ אלא במסמכים פנימיים, פקודות הצבא, שם נקבע כי לא חלים יחסי עובד מעסיק בין משרת הקבע לצה"ל.¹⁰² בדומה לשב"ס, גם הצבא מצהיר באופן מפורש שכוונתו היא שמשרתי הקבע לא ייחשבו לעובדים¹⁰³ ובית המשפט העליון קיבל עמדה זו בהלכת עובד.¹⁰⁴ המשפט הישראלי מסווג את משרתי הקבע כקבוצה שמקבלת על עצמה באופן רצוני את הסטטוס של חייל בשירות קבע, סטטוס המעוגן

אל על, המוזכרת לעיל, ואולי להוסיף להם מבחנים נוספים מתוך הבנת ספירת החינוך/הכשרה. כך, למשל, ההבנה כי מדובר בספירה לימודית והתהייה מהם מאפייני ההכשרה עשויה למקד את הדיון במקרים של מקצועות פרופסיונאליים במידת המעורבות של הרגולטור והדרגים הפרופסיונאליים בהכשרה כפי שנעשה בפרשת טל שגב לעיל, בפס' 20-22. מכיוון שהרגולציה הפרופסיונאלית היא חלק בלתי נפרד מהספירה הלימודית/הכשרתית יש לשקול בחיוב להוסיף את מידת מעורבות הרגולטור והדרגים הפרופסיונאליים כמבחן עזר נוסף בספירה זו. לעמדה שונה הגורסת כי יש לצמצם את מבחני העזר בהקשר זה ראו דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5.

ראו למשל: דב"ע (ארצי) לה/19-3 אלבינגר - מדינת ישראל, פד"ע ו(1) 415 (1975) (להלן: עניין אלבינגר); ע"ע (ארצי) 525-08 מסיקה - משרד הפנים (נבו 17.11.2010); דב"ע (ארצי) מח/3-58 בן-גיגי - ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל פד"ע יט(1) 541 (1988) (להלן: עניין בן-גיגי). וראו גם לעניין זה: בן-ישראל "האמנם עובדים?", לעיל ה"ש 6. כן ראו לעניין זה גם את בג"ץ 1898/06 משרד הפנים נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו 24.3.2008), שם נדונה שאלה בעניין הערכאה המתאימה לביורר תביעה לשכר של אדם שעבד כסגן ראש עיר, וכן את עניין סרוסי, לעיל ה"ש 32, שם נקבע כי ניתן להכיר בנבחר ציבור כ"עובד" לצורך חוקים מסוימים.

יוסף גרוס דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי 88-89 (מהדורה חמישית, 2018); בר-מור, לעיל ה"ש 6; גולדברג "תמונת מצב", לעיל ה"ש 4; ע"א 536/65 כץ נ' חברת "קציף" בע"מ פ"ד כ(3) 533 (1966) (להלן: עניין קציף); דב"ע (ארצי) לד/3-60 עובד בלה ורי המנוח - "לאורווי" בע"מ פד"ע ו(1) 10 (1974) (להלן: עניין "לאורווי").

עניין קציף, לעיל ה"ש 97.

עניין "לאורווי", לעניין ה"ש 97.

ברק ארז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 115; עניין אלבינגר, לעיל ה"ש 96.

ברק ארז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 114. זאת, בניגוד לשירות החובה והמילואים מאחר ששירות הקבע הוא התנדבותי במהותו, לעומת שירות החובה ושירות המילואים בהם יש אלמנט של כפייה.

ס' 9 להפ"ע 3.0501 "תנאי שירות - שירות קבע בצה"ל" (15.7.1956) (להלן: "תנאי שירות") קובע: "היחסים שבין צה"ל לבין חייל בשירות קבע אינם יחסי עובד ומעביד. המשרת בשירות קבע הוא חייל בשירות, והיחסים בינו לבין צה"ל מושתתים על הוראות החוק הצבאי, על פקודות הצבא ועל פקודות אחרות שניתנות לו כדין". ראו גם: בג"ץ 6840/01 פלצמן נ' ראש המטה הכללי, צבא ההגנה לישראל, פ"ד ס(3) 121 (2005); בג"ץ 6651/05 שפירא נ' ראש אגף כח אדם במטה הכללי של צה"ל (נבו 26.1.2006).

ס' 9 ל"תנאי שירות", לעיל ה"ש 102.

בג"ץ 279/72 עובד נ' שר הבטחון, פ"ד כז(1) 169 (1972). במקרה זה עתר משרת הקבע כנגד שחרורו משירות ביוזמת הצבא. ראו גם דב"ע (ארצי) לו/8-2 חיימוביץ נ' מדינת ישראל, פד"ע ח(1) 472 (1977).

במשפט הציבורי. על אף קבלתו של הסטטוס בהסכמה, משרתי הקבע אינם מסווגים כצד לחוזה עם הצבא וחלים עליהם דיני המשפט המנהלי.¹⁰⁵ סקירה קצרה זו אינה מתימרת למצות את כלל המקרים בהם הוחרגו מבצעי עבודה מהגדרת עובד בשלב המקדמי אלא להפנות זרקור לחשיבות הסוגייה. על אף מספרם הרב של מבצעי עבודה שמוחרגים בשלב זה - הדיון האקדמי בנושא לוקה בחסר. כך, למשל, הקושי שביישום מבחנים לא עקביים בהקשרים שונים ובכללם גרסאות שונות של המבחן המעורב על ידי הפסיקה טרם זכה לבחינה מעמיקה. בחינה כזו תוביל לטעמי ליתור מוחלט על המינוח "מבחן המטרה" והכרה בחסרונותיו של המבחן - כפי שהוא מיושם כיום. לחסרונות אלו נפנה כעת.

"מבחן המטרה", או בניסוחו הרווח מבחן "המטרה העיקרית", הוא מינוח מעורפל ומבלבל גם משום שהוא רחב דיו כדי לשאת פירושים מגוונים וסותרים של המבחן. כך, המונח "מטרה" מרמז על האפשרות לייחסה כשאיפה סובייקטיבית לאחד או יותר מהצדדים. אפשרות אחרת היא לראות במטרה "תכלית אובייקטיבית" אבסולוטית שאינה תלויה בכוונותיו הסובייקטיביות של צד כזה אחר. טרם נערך דיון משמעותי לגבי האופן המתאים להתייחס ל"מטרה" ודומה כי הפסיקה מאמצת את שתי האפשרויות לסירוגן וללא קו מנחה. פרשנות ה"מטרה" כנובעת מהשאיפות של הצדדים הקונקרטיים בהתקשרות הוא בעייתי - ראשית, משום שזיהוי המטרה כשאיפה הסובייקטיבית של הצדדים אינו מתיישב עם תכליות מרכזיות של משפט העבודה, שככלל אינן מייחסות משקל רב ל"כוונת הצדדים" במישור קביעת הסטטוס של עובד.¹⁰⁶ נזכיר שבמסגרת המבחן המעורב נקבע שיש לייחס לרכיב כוונת הצדדים משמעות פחותה יחסית למבחני העזר האחרים,¹⁰⁷ לאור אי השוויון המובנה בין עובדים ומעסיקים המחייב את צמצומו של חופש החוזים ביניהם. הלכה זו היא בבחינת מושכלות ראשונים בדיני עבודה.¹⁰⁸ יש לזכור עוד ש"כוונות" מובנות במידה רבה על ידי ההקשר המשפטי בה הן מתעצבות וקביעה נורמטיבית כי יחסי עובד-מעסיק עשויים להתקיים - היא כשלעצמה תעצב את צפיות וכוונות הצדדים.¹⁰⁹ שנית, פרשנות כזו מייצרת חוסר

¹⁰⁵ ביקורת על עמדה זו נמתחה על ידי פרופ' ברק ארוז, לעיל ה"ש 6. לטעמה, ניתן להחיל את דיני החוזים בהקשר זה. ראו גם הספקות שהועלו בפסיקה בעניין גדרה, לעיל ה"ש 18.

¹⁰⁶ ע"ע (ארצי) 15868-04-18 **כותה נ' עיריית רעננה**, פס' 10-3 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה (נבו) (7.4.2021).

¹⁰⁷ פרשת **סרוסי**, לעיל ה"ש 32.

¹⁰⁸ הלכה זו רלוונטית במיוחד בהקשר לעבודת אסירים בשל פערי הכוחות הקיצוניים במאסר. היקף האוטונומיה שיש לייחס לאסיר-עובד הוא מוגבל בגין טיבו של המאסר. למרות שכל האסירים העובדים מחוץ לחומות חייבים לעבוד "בהסכמה" כפי שנראה בהמשך - הרי שהיכולת להסכים הסכמה מלאה מצומצמת ממילא בבית הסוהר, ובפרט כאשר האסירים אינם מוגנים על ידי חקיקת המגן. ראו הדיון: Faina Milman-Sivan & Yair Sagy, *On the International Labour Organization and Prison Labour: An Invitation to Recalibrate*, 159 INT. LABOUR REV. 505 (2020).

¹⁰⁹ מעניין להזכיר בהקשר זה את פרשת סרוגי. אחד הרציונאלים של העסקתם של אסירים מחוץ לחומות הוא שימשיכו לעבוד במקומות העבודה בהם התחילו לעבוד בהיותם אסירים, כפי שהיה גם במקרה של סרוגי, שם ניכר בבירור שכוונת המעסיק (הביטוח הלאומי) הייתה שהמועסקת תתחיל את עבודתה בתור מתנדבת ובשלב מאוחר יותר תהפוך כנראה לעובדת. למרות זאת, הכיר בה בית הדין כעובדת לכל אורך תקופת ההעסקה. ייתכן שגם כאן, כשכוונת השב"ס/המעסיקים הפרטיים שיהפכו לעובדים בהמשך העסקתם עשויה להשליך על

הבהירות לגבי מטרתו של מי מהצדדים היא הקובעת, חוסר בהירות שמתגברת ביחסי עבודה מורכבים. כיצד נזהה את המטרה הרלוונטית במקרים בהם מתקיימת מערכת יחסים משולשת בין הצדדים?¹¹⁰ מהו הדין במידה וקיימים פערים בין המטרות השונות של הצדדים? האם ניתן להיעזר במבחן "אובייקטיבי" לצורך זיהוי המטרה? ייחוס המטרה למי מהצדדים היא בעייתית גם בשל רמות ההפשטה השונות בהן ניתן להמשיג את המטרה. כך, הניסוח "מטרה כלכלית" הוא המשגה ברמת הפשטה גבוהה. ככל שרמת ההפשטה יורדת והמטרה מוגדרת באופן קונקרטי ומפורט יותר - כך גובר הסיכוי להתנגשויות בין הכוונות השונות של הצדדים ליחסי העבודה.

נדגים. בהקשר לשיקום פרטני נקבע כי המטרה היא שיקומית. עם זאת, נשאלת השאלה – מטרתו של מי? ככל שמדובר במטרה סובייקטיבית של הצדדים הרי שברי שיתכנו פערים בין מטרותיהם של השב"ס והמפעל החיצוני.¹¹¹ בנוסף, לא ברור האם יש לבחון את מטרתו של האסיר; ואם כן, האם יש ליישם מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי לצורך כך?¹¹² זאת ועוד – באיזו רמת הפשטה יש לקבוע את ה"מטרה"? ברמת הפשטה נמוכה יחסית ניתן לגרוס שעל המטרה לכלול את התנאים בהם תתבצע העבודה כחלק מהכוונות/מטרות של ההתקשרות. במקרה כזה סביר להניח שמטרתו של האסיר-עובד, למשל, תהיה לעבוד ככל הניתן בתנאי השוק (בניגוד למטרתם של בעלי המפעל בעבודות חוץ). זאת, למרות שניתן לומר כי היו לאסיר ולמפעל "מטרה כלכלית" בשיקום הפרטני.¹¹³ המבחן הכלכלי-חברתי שולל את ייחוסה של התכלית לכוונת הצדדים בהתקשרות. הוא מבהיר כי אין לאתר מטרה קונקרטית של מי מהצדדים ובמקום זאת יש להבחין בין ספירה

מעמדם כעובדים מתחילת ההעסקה. ע"ע (ארצי) 1403/01 סרוגי נ' המוסד לביטוח לאומי פר"ע לט(2004) 686 (להלן: עניין סרוגי).

¹¹⁰ כך, למשל, בשיקום הפרטני מתקיימת מערכת יחסים כזו בין השב"ס, המפעל החיצוני והאסירים. לצורך הדיון אתייחס את שב"ס כאל גורם אחד ואחיד, למרות שניתן לשער כי לגורמים שונים במערך הכליאה עשויים להיות אינטרסים שונים ומטרות שונות בהקשרים מסוימים.

¹¹¹ ברי כי לשב"ס אין כל כוונה להכיר בהם כעובדים. עם זאת, לא ברור כלל כיצד יש לפרש את כוונתם של המפעלים המעסיקים את האסירים. לכאורה, ניתן לשער כי לפחות לגבי חלקם התשלום הנמוך יותר לאסיר הוא תמריץ להעסקתו. מנגד, גם כאן יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו. בראיון עם בעלים של חברה גדולה שמעסיקה אסירים באופן רציף מזה כעשור התברר כי היחס שלהם לאסירים הוא כעובדים לכל דבר ועניין. למעשה, הן הבעלים והן מנהלת משאבי האנוש שנכחו בראיון לא היו מודעים כלל לכך שמשפטית אין יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים. מבחינתם האסירים הם עובדים מסורים עם פריון גבוה והיחס אליהם הוא כאל עובדים אחרים לכל דבר ועניין. ראו, ראיון בזום של המחברים עם מר יוסי חרש וגב' נורית הלר, הבעלים ומנהלת משאבי האנוש של חברת חרש, מיום 09.06.22, עמ' 2 בתמלול.

¹¹² ברמה הסובייקטיבית ברי שחלק מהאסירים מעוניינים להמשיך בעבודה הפרטנית גם לאחר שחרורם, אך לגבי חלקם מדובר בצורך כלכלי גרידא, או באמצעי להישאר באגף השיקום עד לשחרורם. בחינת "המטרה" כמבחן אובייקטיבי מעלה את השאלה האם עלינו להניח מטרה אחידה לכלל האסירים, בהתעלם מסוג העבודה הרלוונטית וממצבם הכלכלי. עד כמה להתייחס לנתונים של כל אסיר? מובן ששאלות אלו עולות גם לגבי מקבלי העבודה, שכן יש להניח כי למעסיקים שונים מטרות ומוטיבציות מגוונות. האם יש להניח מטרה אלטרואיסטית או כלכלית אחידה לכולם?

¹¹³ השוו לתובנות דומות לגבי התנגשות אפשרית בין המטרות של מקבל ומבצע העבודה בהקשר לקביעת היקף יחסי עבודה בהקשרים של השכלה ושיקום בארה"ב Julia Tomassetti, *Who is a Worker? Partisanship, the National Labor Relations Board, and the Social Content of Employment*, 37 LAW & SOC. INQUIRY 815, 818 (2012).

שוקית-כלכלית לספירות פעולה אחרות ובכך יתרונו. אימוצו ימנע גם פרשנויות סותרות נוספות שאומצו בפסיקה, כדוגמת מה שניתן לכנות "הפרשנות הכמותית" שיושמה בנוגע לדירקטורים.

בהקשר לדירקטורים פורש מבחן המטרה לעיתים כמבחן בעל אופי כמותי; קרי, מבחן שנועד לכמת את היקף העבודה ואת הזמן שהשקיע מבצע העבודה בכובעו כ"עובד" מחד גיסא ואת היקף העבודה והזמן שהושקעו בכובעו כדירקטור מאידך גיסא. על פי פרשנות זו משמעו של המונח "עיקרית" הוא שסיווג מבצע העבודה נערך בהתאם לפעילויות בהן הושקע רוב העבודה/זמן של העובד/דירקטור. פרשנות זו היא שגויה שכן היא אינה מתיישבת עם האופן בו פורש המבחן בהקשרים אחרים (הבחנה מהותית ולא כמותית) וגם משום שפרשנות כזו מאמצת באופן מלא את נקודת המבט הפרטיקולרית של הצדדים הקונקרטיים. לשיטתי, כפי שנראה בהמשך, יש להבין את המונח "עיקרית" – כנוגעת לשאלה האם עזבנו את הספירה השוקית-כלכלית "לטובת" ספירה חברתית אחרת, אם לאו.

שימוש מוטעה נוסף במבחן "המטרה העיקרית" הוא צמצומו לשאלת התרומה לזולת (המעסיק הפוטנציאלי) לעומת התרומה למבצעי העבודה. גם כאן המונח "עיקרית" משמש בהקשר כמותי. לפי פרשנות זו למבחן - הסווג יעשה על ידי כימות והשוואת התרומה שיקבל מעניק העבודה לעומת התרומה שיקבלו מבצעי העבודה; על ידי מענה לשאלה – למי בעיקר תורמת העבודה. פרשנות זו היא צרה מדי. היא נובעת ככל הנראה מהמינוח המטעה של המבחן ואינה מתיישבת עם הצדקות העומק שעומדות בבסיסו. עצם העובדה שמבצעת העבודה נתרמת מביצועה לא מצדיקה לשלול ממנה את סטטוס העובד. במילים אחרות, אין לפרש את "המטרה העיקרית" כמאזן רווח או תועלת מהעבודה למבצע העבודה מחד גיסא ולמקבל העבודה מאידך גיסא מתוך ניסיון להתחקות מי "בעיקר" מרוויח.¹¹⁴ הרווח לעובדים אינו מגיע על חשבון התרומה למעסיק, ותפיסה זו אינה מעוגנת במידה מספקת בהצדקות להחרגת מבצעי עבודה ממשפט העבודה. כפי שהראנו, סוגיית התרומה הכלכלית של מבצע העבודה למעסיק היא רלוונטית, אולם היא נוגעת לתפוקת מבצע העבודה והרווח הכלכלי שמפיק מקבל העבודה. יש להתייחס אליה במסגרת מבחן המשנה הראשון - כאחד מחמשת רכיבי המשנה הבוחנים את התקיימותה של מסגרת שוקית-כלכלית, שידונו בהמשך.

בעוד הפסיקה מיישמת מבחנים לא עקביים בהקשרים שונים ובכללם גרסאות שונות של המבחן המעורב - שאלות רבות כגון עצם ההצדקה להחרגת קבוצות כה רבות מתחולת דיני העבודה טרם זכו לדיון מעמיק. קצרה היריעה מלספק מענה מקיף לכלל השאלות שהשלב המקדמי מזמן ולצורך פיתוח הצעה חלופית אתמקד בעיקר בניתוח ההצדקות לקיומו של שלב זה. בפרק הבא אציע מסגרת מארגנת אחת לכלל ההחרגות במה שעד כה נחשב ל"שלב המקדמי", מסגרת אותה אכנה – **המבחן הכלכלי-חברתי**. מבחן מוצע זה פותח אמנם מתוך ההצדקות להחרגת אסירים ממשפט העבודה אך כפי שנראה הוא נועד ליישום באופן כללי על כלל מבצעי העבודה המיוחדים (הפועלים מחוץ או בשולי הספירה השוקית-כלכלית). אדגים טענה זו על קבוצת המתנדבים לאחר שנעמוד על מהות שני חלקיו של מבחן זה.

¹¹⁴ לדוגמה אחת מני רבות כיצד לעיתים מזוהה "תכלית תעסוקתית" כמערכת יחסים ממנה "נתרם" המעסיק, ראו פרשת חיים זר, לעיל ה"ש 8, בפס' 64. ראו גם דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5, הבוחן שאלה זו (למי בעיקר תורמת העבודה) במסגרת פרשנות מרחיבה למבחן סף "עבודה עבור הזולת".

ב. דוקטרינת מיהו עובד: מ"מבחן המטרה" אל "המבחן הכלכלי-חברתי"

1. המבחן המוצע: המבחן הכלכלי-חברתי

גישת המבחן הכלכלי-חברתי מזהה שתי הצדקות מרכזיות למבחן המטרה - שיגולמו בשני מבחני משנה (מצטברים) של המבחן: (1) העבודה היא בעלת הקשר כלכלי-שוקי (2) היעדר מערכת נורמות לבר-שוקית נוגדת. החרגתם של מבצעי עבודה תתאפשר לפי גישה זו רק כאשר שני חלקיו של המבחן, במצטבר, אינם מתקיימים. במילים אחרות, מבצע עבודה יסווג כעובד אם הפעילות מתקיימת במסגרת ספירה שהיא שוקית-כלכלית בעיקרה, וכן בתנאי שלא ניתן לזהות באופן ברור מערכת נורמות אחרת, לבר שוקית-כלכלית, נוגדת. המבחן הוא דו-שלבי. זיהוי של הקשר כלכלי-שוקי ברמה מסוימת במבחן המשנה הראשון יעביר את הנטל למקבל העבודה במסגרת מבחן המשנה השני. במבחן זה, מבחן הרציונל החלופי, יושת הנטל על מקבל העבודה להראות כי קיימת מערכת נורמות חלופית (ולא שוקית בעיקרה) על פיה התנהלה העבודה בפועל. על פי מבחן זה, בשיקום הפרטני למשל, יצטרך שב"ס להראות כי העבודה שנעשתה התנהלה בפועל ברובה על פי נורמות שיקומיות.

העקרון המארגן של המבחן הכלכלי-חברתי הוא שדיני עבודה פועלים בהקשרים שוקיים-כלכליים בעיקרם; ומטרתו של המבחן תהיה לזהות ולהחריג מבצעי עבודה שפועלים בעיקר על פי רציונל חלופי אחר. נקודת המוצא של גישה זו היא כי מהות פעולתה של הפסיקה - בהעניקה סטטוס של עובד במקרים מסוימים בלבד - היא פעולה של זיהוי מערכות היחסים הרלוונטיות, סווגן כמערכת שוקית-כלכלית או מערכת חברתית אחרת, תוך הכרה בהגיון הפנימי שמכונן כל מערכת. כמוכן, שבו זמנית, הפסיקה גם מכוננת את המערכת החברתית הרלוונטית, ולא רק "מזהה" אותה. לגישתי, מכאן נובעת המסקנה כי אין מדובר במבחן מקדמי. יש לראות במבחן הכלכלי-חברתי מבחן שמקביל למבחן המעורב, אך כזה שנועד לחול במערכות חברתיות שונות. את המבחן המעורב יש להחיל אך במקרים בהם טענת הצדדים בבית הדין היא שמדובר בעצמאית/פריילנס, קרי שהעבודה מתבצעת באופן מובהק במסגרת שוקית-כלכלית. מי שנטען לגביה כי היא מבצעת את עבודתה בהתאם לרציונל לבר-שוקי/כלכלי (שיקום, למשל) - תיבחן על פי המבחן הכלכלי-חברתי. במסגרת המבחן הכלכלי-חברתי, אם ימצא כי אכן מדובר במועסקת לגביה ההיבט השוקי-כלכלי אינו משמעותי, ושהרציונל החלופי ניתן לזיהוי באופן פוזיטיבי - הרי שיש הגיון בהחרגתה ממשפט העבודה.

במילים אחרות, את "מבחן המטרה" יחליף קודם כל צומת הכרעה ראשוני - בו תזהה הפסיקה את המבחן הרלוונטי - המבחן המעורב או המבחן הכלכלי-חברתי - על פי טענות הצדדים. בכל מקרה בו יטענו הצדדים כי יש לשלול את סטטוס העובדת בשל היותה עצמאית/פריילנס, יש ליישם את המבחן המעורב. ואולם, כאשר הטענה היא שיש לסווג את מבצעת העבודה באחת הקטיגוריות של המועסקים המיוחדים, יחליף המבחן הכלכלי-חברתי את המבחן המעורב.

הצעה זו תוביל ליתר אחידות בפסיקה שכן אימוצו של המבחן הכלכלי-חברתי יקדם את ביטולו למעשה של השלב המקדמי. שלב זה יתייתר כמעט לחלוטין ובמקומו תעוגן צומת ההכרעה המקדמי, שלב כמעט פורמלי בו תנתב הפסיקה את החלת המבחן המתאים לנסיבות

המקרה בצורה אחידה. המבחן הכלכלי-חברתי יקדם את האחידות גם בשל הבהירות שתושג על ידי הבחנה ברורה ועקבית בין שני רכיביו, בשל היותו מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון יבחנו היבטיה הכלכליים של העבודה ובשני, ההיבט החברתי, קרי התקיימות הרציונל החלופי לביצוע העבודה. כך יתאפשר לפסיקה ליישם מחד מבחן זהה לכלל ההקשרים בהיבט הראשון, הכלכלי, ומאידך גיסא לעסוק בהקשר הייחודי של כל מקרה במסגרת ההיבט השני, החברתי. נפנה ראשית אל השלב הראשון במבחן זה, ההיבט השוקי-כלכלי.

(א) המבחן הראשון – ההיבט השוקי-כלכלי

המבחן הכלכלי-חברתי מעוגן אפוא בהצדקות למבחן המטרה. מהי מטרתו של מבחן המטרה? טרם נקבעו מסמרות לתכליות של מבחן המטרה בפסיקה ועל כן יש לחלצן מתוך התבוננות באופן בו יושם המבחן עד כה. ברמת ההפשטה הגבוהה ביותר אטען כי ניתן לזהות את ההצדקות למבחן המטרה בהכרה בגבולות השוק (בהגדרתו הרחבה ביותר) ובהבחנה בין השוק/מערכות כלכליות לבין מערכות חברתיות או ספירות חברתיות אחרות.¹¹⁵ הצדקה זו, יש לשער, היא כפולה.

ראשית, בהקשרים לבר-שוקיים/כלכליים יש לשאוף לכך שמערכות יחסים חברתיות ישמרו על העקרונות המארגנים שלהם, מבלי שעקרונות השוק – ועקרון הקומודיפיקציה כראש וראשון לכולם – ישתלטו על כלל המסגרות החברתיות. בהקשר שלנו, מטרות חלופיות שכיחות הן ביצוע עבודה לצורך התנדבות, במסגרת תחביב, במסגרת לימודית, בתוך מערכת יחסים משפחתית, במסגרת צבאית, או כחלק ממערכת הענישה. החלת היגיון שוקי על מערכות יחסים אלו יפגע במהותן ובהגיון הפנימי המארגן שלהן. כך, בכל מקרה בו ההיגיון השוקי נוגד את ההיגיון המארגן של מערכת היחסים החברתית אין להחיל על ספירות מובחנות אלו את הסד השוקי/כלכלי. במקרים אלו, ראוי לזהות את הספירות החברתיות הלב-שוקיות על ידי מבחן נפרד מהמבחן המעורב, מבחן אשר לפחות בחלקו בוחן באופן ישיר ומדויק את המסגרת הנורמטיבית החברתית הרלוונטית.

שנית, בנוסף לרצון שלא להשית הגיון שוקי על ספירות לבר-שוקיות/כלכליות, שלילת תחולת יחסי עובד-מעסיק במצב בו ההיבט שוקי-כלכלי נעדר מהעבודה נובע גם מכך שבהיעדרו של היבט כזה אין עוד "צורך" בהחלת דיני המגן. החלת דיני העבודה נועדה בין היתר למנוע מצב של "חברת שוק" (market society) כאמרתו המפורסמת של פולני Polanyi, חברה בה החברה משוקעת בשוק, במקום שהשוק יהיה משוקע בחברה.¹¹⁶ משפט העבודה - למצער היבטיו המגנים - נועדו לסייע לשיקוע מחדש של השוק (embeddedness) במקום להיכנע לכך שהכלכלה והשוק יהיו כפופים לאינטרסים הצרים של בעלי ההון. בתפקידו המגן פועל משפט העבודה על מנת לרסן את השוק, לייצר את "התנועה הכפולה" אותה מזהה פולני, בין היתר על ידי הגבלת מיסחורה של העבודה. אכן, העבודה אינה מצרך ועלינו להחיל עליה עקרונות חברתיים בנוסף לשוקיים-כלכליים. בהעדרם של האחרונים, מתייתר הצורך ברגולציה מגנה.

¹¹⁵ ראו לעיל ה"ש 63.

KARL POLANYI, THE GREAT TRANSFORMATION: THE POLITICAL AND ECONOMIC ORIGINS OF OUR TIME 60 (2nd ed. 2001).

¹¹⁶

כך, למשל, בהקשר לאסירים, נקבע בפרשת שדות כי תכליות חוק שחר מינימום, כגון מניעת ניצול, מלחמה בעוני ושמירה על כבוד האדם אינם רלוונטיות שכן התכלית המרכזית שמניעה את שירות בית הסוהר אינה כלכלית.¹¹⁷ בהינתן תכלית שיקומית בעיקרה¹¹⁸ - אין עוד צורך למנוע ניצול על ידי הצבת רף תחתון לערך העבודה. במילים אחרות, אין עוד חשש ממשי לניצול¹¹⁹ ועל כן "מטריית ההגנה" של דיני העבודה, שבהקשרים רבים משמשים לצורך וויסות המתח בין האינטרסים הכלכליים של המעסיק והעובדים, אינה הכרחית עוד.¹²⁰ היעדר החשש לניצול נובע מקיומה של מסגרת נורמטיבית חלופית שבמסגרתה מתקיימת העבודה. ודוק, וידוא התקיימותה של מערכת נורמטיבית זו בפועל היא חיונית והיא נבחנת במבחן המשנה השני של המבחן הכלכלי-חברתי, אליו נפנה בהמשך.

מבחן המשנה הראשון - המבחן הכלכלי-שוקי - נועד לאתר את האינטרסים הכלכליים של המעסיק ולהחיל את משפט העבודה כאשר העבודה מתקיימת במסגרת שוקית/כלכלית. רכיבים שוקיים-כלכליים במערכת היחסים בין הצדדים מצביעים על הצורך להחיל עליה נורמות כלכליות באופיין. פרשנות זו מעוגנת במידה רבה בפסיקה הענפה בנוגע למבחן המטרה. יש לפרש את מאמצי הפסיקה לאתר "מטרה עיקרית" שאינה כלכלית כחיפוש אחר סממנים שמראים שהעבודה מתבצעת על פי הגיון מארגן שאינו הגיון שוקי-כלכלי. ודוק, איני טוענת כי הפסיקה פירשה כך את מבחן המטרה בכל מקרה ומקרה. טענתי היא כי מתוך

¹¹⁷ בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 22, בפס' 22. כזכור מהרגע שנקבע כי שאלת תחולת דיני העבודה כמכלול אינה עומדת עוד על הפרק, נבדקה בפרשת שדות השאלה הצרה האם יש לראות באסיר "עובד" לעניין חוק שחר מינימום, ולעניין חוק זה בלבד. לכן, פונה השופט זמיר לתכלית חוק שחר מינימום.

¹¹⁸ השוו עם *Gilbreath v. Cutter Biological, Inc.*, 931 F.2d 1320, 1326 (9th Cir. 1991) שם מחריג בית המשפט את האסיר מתחולת חקיקת המגן (וקובע כי אינו יכול להיכלל בהגדרת *employee* לצורך ה-FLSA) בשל כך שמטרת העבודה אינה לצרכי רווח, אלא לצרכי קניית הרגלי וכישורי עבודה וכחלק מהעונש.

¹¹⁹ "...עבודת אסירים נבדלת מעבודה רגילה, ולכן תכלית החוק אינה הולמת עבודת אסירים. ראשית, עבודה רגילה מתבססת בעיקר על אינטרסים כלכליים של המעביד, מצד אחד, ושל העובד, מצד אחר. חוק שחר מינימום נועד לשמש מכשיר לוויסות המתח בין האינטרסים הכלכליים של שני הצדדים, לכן הוא אינו הולם מצב שבו אין מתח כזה, משום שהאינטרס הכלכלי אינו מניע עיקרי לעבודה, ואין חשש ממשי שהמעביד ינצל את כוחו יתר על המידה כדי לקדם את האינטרס הכלכלי שלו על חשבון האינטרס הכלכלי של העובד. דוגמאות לעבודה כזאת הן עבודה במסגרת לימודים, עבודה במסגרת של התנדבות ועבודה במסגרת של שירות חובה בצבא. אשר-על-כן נראה כי מי שמבצע עבודה כזאת אינו נחשב עובד לפי חוק שחר מינימום. השוו: דב"ע מה/0-51 המוסד לביטוח לאומי - שרון [11]; בג"ץ 279/72 עובד נ' שר הבטחון [4]. עבודת אסירים מתבססת בעיקר לא על אינטרסים כלכליים, אלא על אינטרסים אחרים. תקנה 15 לתקנות בתי הסוהר קובעת כי "עבודת אסיר תכוון ככל האפשר לשיקומו". עבודת אסיר מכוונת למטרות נוספות, כגון השמירה על הסדר הטוב בבית הסוהר. ראו על המטרות של עבודת אסירים לעיל פסקה 11. האינטרסים הכלכליים הכרוכים בעבודת אסירים אף שהם קיימים, אינם אלא שוליים. רק כך אפשר להסביר את הוראות החוק המטילות על כל אסיר חובה לעבוד וקובעות עונש על הפרת החובה. ראו לעיל פסקאות 5, 6." (ההדגשה אינה במקור) בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 22, בפסקה 22.

¹²⁰ קיומם של רציונליים חלופיים לרווח כלכלי (במקרה זה שיקום) מניח מסגרת מטיבה לעבודה, מסגרת בה ההגנות על מבצע העבודה שונות. במקרה של שיקום הנחת המוצא היא כי מסגרת משקמת היא מסגרת שנועדה על פי הגדרתה לקדם את העובדים ולהיטיב עימם. קיומה של ספירה שיקומית (או בלשון הפסיקה התקיימות מטרה עיקרית אחרת) שהעיקרון המארגן בה לכאורה הוא עקרון שמיטיב עם העובדים מחזק את ההצדקה להחרגת האסירים מדיני העבודה. קיומו של הגיון שיקומי יעמוד אפוא במרכזו של השלב השני במבחן הכלכלי-חברתי.

ניתוח הפסיקה בהקשר לעבודת אסירים, וגם בהתחשב באופן בו חריגה הפסיקה קבוצות נוספות, ניתן לחלץ תבנית שיושמה באופן דומה פעמים רבות - הגיון מארגן "שוקי-כלכלי". חמישה מאפיינים מרכזיים מצביעים על קיומה של ספירה שוקית-כלכלית ואותם יש לבחון במסגרת מבחן המשנה הראשון, מבחן ההיבט השוקי-כלכלי:¹²¹ (1) קיומו של חוזה בין הצדדים (לפני ביטולו בסרוסי)¹²²; (2) הדרישה למערכת יחסים רצונית, וולנטריות המאפיינת יחסים חוזיים במסגרת שוקית-כלכלית. היבטים אחרים של שוק כוללים (3) דרישה לתמורה ובחינה האם ההסכם נעשה במסגרת (4) מו"מ והתמקחות (arms-length). מבחן אפשרי נוסף שיכול להעיד על התקיימותו של ההיבט השוקי-כלכלי הוא (5) מבחן התפוקה, או הפרודוקטיביות של מבצע העבודה. ככל שתפוקה זו דומה יותר לתפוקה כלכלית – כך גובר הסיכוי להכרה ביחסי עובד מעסיק. חמשת המבחנים אינם ממצים ויתכן שהפסיקה תוסיף עליהם בהמשך. ככל שהפסיקה תבחר לעשות כן – יש להיצמד לרציונל המארגן של מבחן ההיבט השוקי, קרי, איתור גבולותיה של הספירה השוקית-כלכלית.

כך, למשל, ראוי להקים חזקה הקובעת כי מבצעי עבודה בהקשר תעשייתי שהוא שוקי-כלכלי יסווגו כעובדים אלא אם מקבלי העבודה ירימו את נטל ההוכחה כי הללו אינם עובדים. במילים אחרות, במסגרת מפעלית המתנהלת כולה או בעיקרה במסגרת שוקית-כלכלית, תקום "חזקת ההקשר השוקי-כלכלי". במקרים אלו מבצעי העבודה והמעסיקים גם יחד מתנהלים על פי כללי המסחר הרגילים של מפעלים למטרות רווח ובכלל זה על פי משפט העבודה. על כן, מבצעי העבודה לבדם מתנהלים במעין מסגרת נורמטיבית-דואלית¹²³: מחד, הם בעלי מאפיינים ייחודיים ומאידך, הפרקטיקה היום-יומית של התנהלותם במפעל נקבעת על ידי מקבל העבודה ובהתאם לכללי המפעל השוקיים הרגילים במרבית ההיבטים – כללים שנומרות משפט העבודה מכוננים במידה רבה. כך, חלה עליהם החובה להכפיף עצמם לזכות היתר-הניהולית של המעסיק ולמעסיק יש זכות לצפות כי עובדיו יתנהלו בצורה ממושמת, יגיעו בזמן, יבצעו את המשימות שלהם בקצב עבודה סביר וכו'. שלילת הסטטוס של "עובד" במקרים אלו מתבטאת בעיקר בשלילת הזכויות הנובעות מחוקי המגן שמגינות על ה"עובדים" אך לא על הקבוצה הרלוונטית (מתנדבים, אסירים, בעלי מוגבלויות בהקשרים שונים ועוד). לכן הדואליות כאן היא מהלך א-סימטרי, שכן תחולתם של מרבית חוקי המגן מתבטלים - בו בזמן שהצפייה היא שרוב החובות של מבצע העבודה כלפי מקבל העבודה יישארו על כנם. היעדר יחסי עובד-מעסיק אינה מאיינת חלק ניכר מזכויותיו המשפטיות – הן עלי ספר והן בפועל - של מקבל העבודה. מצב זה, אותו ניתן לכנות "דואליות פוגענית" משקף תחולה של דיני עבודה מסוג מחורר, פוגעני, כזה המעקר את ההיבט המגן של דיני

¹²¹ להרחבה על חשיבותם של רכיבים אלו דווקא ראו בהמשך המאמר, ובעיקר בהמשך פרק זה ובפרק ג' להלן בהקשר לדיון על אסירים ומתנדבים ועל רכיבים דומים המשמשים בשיטות משפט אחרות.

¹²² על חשיבותו של רכיב החוזה ניתן ללמוד כבר מעמדתו של מירוני הגורסת כי יש לכנות את המבחן המקדמי "מבחן ההתקשרות". ר' מירוני, לעיל ה"ש 2.

¹²³ המונח "דואליות נורמטיבית" מופיע בהקשר דומה במאמרה של דפנה ברק ארוז, לעיל ה"ש 6. עם זאת, משרתי הקבע נהנים מדואליות נורמטיבית אותה ניתן לכנות "מיטיבה" שכן רשויות הצבא קיבלו על עצמם להעניק את המקבילה של "זכויות סוציאליות" למשרתי הקבע, והם זוכים להגנה שעל פי דעתה של ברק-ארוז אף אמורה להתעדכן עם העדכון של זכויות העובדים בדיני העבודה.

עבודה ואותו בלבד.¹²⁴ מצבים אלו מצדיקים את הקמתה של חזקת ההקשר השוקי-כלכלי, אותה יכול מקבל העבודה לסתור על ידי הרמת נטל ההוכחה שיושת עליו. הפסיקה תוכל, כאמור, גם להוסיף מבחני עזר נוספים במידת הצורך למבחן משנה זה.

ניתן להדגים מצב זה בהקשר לעבודות החוץ שאסירים מבצעים. המפעלים פרטיים מחוץ לחומות בהם מתבצעים עבודות החוץ מתנהלים ביחס לכלל העובדים שם על פי נורמות ההתנהגות הרגילות (נורמות מסחריות וכאלו הנובעות ממשפט העבודה). האסירים לבדם מתנהלים במעין מסגרת נורמטיבית-דואלית - כפופים למערכת הנורמות של השב"ס במקביל לפרקטיקה היום-יומית של התנהלותם במפעל הנקבעת על ידי כללי המפעל השוקיים. מערכת הצפיות השוקית נותרת על כנה וחלה גם ביחס לאסיר העובד במקום. ככלל, סביר להניח (אלא אם תיסתר חזקה זו) שבפועל, בשיקום הפרטני, האסיר מתנהל באופן דומה מאוד למתכונת העסקה של עובדים "חופשיים". הדואליות באה לידי ביטוי למשל, בחששם של האסירים מ"פיטורין" (הפסקת עבודתם) ועל כן ניתן לומר שרכיב ה"כפופות" המאפיין את חוץ העבודה אף פועל כאן באופן מוגבר. היעדר יחסי עובד-מעסיק אכן מאיינת חלק ניכר מזכויותיו המשפטיות של האסיר, אך לא של מעסיקו ובכך היא מהווה "דואליות פוגענית". דואליות פוגענית זו תתאיין עם אימוצו של המבחן הכלכלי-חברתי.

יתרון נוסף של המבחן הכלכלי-חברתי הוא כי מבחן ההיבט השוקי המוצע כאן, על חמשת רכיביו, מתכתב הן עם הפסיקה בישראל והן עם המשפט המשווה. מבחן זה מבטא עמדת ביניים בין שתי תפיסות קצה לתעסוקת אסירים כפי שהן עלולות ממשפט העבודה האמריקאי. הפסיקה בארצות הברית יוצאת מנקודת מוצא לפיה יש לבחון את סטטוס העובד של כל אסיר באופן פרטני ועל פי נסיבותיו, בהתאם למבחן המציאות הכלכלית.¹²⁵ במאמר מכוון בתחום מדגים Zatz כי ניתן לזהות בארצות הברית שתי גישות עקרוניות לסוגיית תחולת דיני עבודה על אסירים.¹²⁶ גישה אפשרית אחת - "גישת השוק האבסולוטי" (exclusive market approach) - מעניקה סטטוס עובד לאסירים רק כאשר ניתן לזהות את התקיימותה של ספירה שוקית - על כלל רכיביה, ובמציאות רכיבים אלו כוללים למשל את ארבעת הרכיבים הראשוניים של מבחן ההיבט השוקי ודי בהיעדר רכיב אחד בלבד על מנת לשלול את סטטוס העובד מאסירים. אין תימה שאימוץ גישה מחמירה זו גרמה לדחיית מרבית

¹²⁴ יש להבחין בין חריגה ממתכונת העסקה המאיינת את העובדים מזכויות יסוד בעבודה - לעומת מתכונת העסקה חריגה המאפשרת למתנדבים, למשל, להגיע בכל זמן שהוא לעבודה. הראשונה מצמצמת אך ורק את זכויות העובדים - אך האחרונה מצמצמת את זכות היתר הניהולית.

¹²⁵ Goldberg v. Whitaker House Coop., Inc., 366 U.S. 28, 33 (1961); Carter v. Dutchess Comm. College, 735 F.2d 8, 11 (2d Cir. 1984).

¹²⁶ זן, לעיל ה"ש 10. על הבלבול באופן בו יושם מבחן המציאות הכלכלית בארה"ב בהקשר לאסירים העובדים בתוך חומות בית הסוהר ראו גם Matthew J. Lang, *The Search for a Workable Standard for When Fair Labor Standards Act Coverage Should be Extended to Prisoner Workers*, 5 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 191, 197-204 (2002). בחינה מעמיקה של הפסיקה בארה"ב חורגת מגדרי מאמר זה. ככלל, רוב בתי המשפט בארה"ב מגיעים למסקנה כי האסירים שלפניהם אינם מסווגים כעובדים לצורך מכלול החקיקה המגנה שמעוגנת ב FLSA. הסיבות להוצאת רוב האסירים שמוצאים דרכם לבית המשפט מגדרי המונח "עובד" מגוונות ומוצגות בתמצית בפסקאות הבאות. בין היתר בתי המשפט מפנים לתכלית החקיקה ולשיקולים דומים לאלו שהוצגו בשדות, לפיהם אין להניח שהמחוקק ביקש להחיל את החוק על מי שמקבלים את כל מחסורם ואת כל מינימום צרכי המחיה שלהם מבית הסוהר עצמו.

התביעות שנדונו לפיה וזכתה לביקורת בשל היותה צרה מדי. גישה חלופית ומקלה היא הגישה אותה מכנה Zatz "גישת הפרודוקטיביות" (productive work). על פי גישה זו - שהובילה לקבלת מרבית התביעות שנדונו לפיה - די בכך שהאסיר עבד בעבודה שיש בה היבט יצרני (תפוקה) כלשהו על מנת להכיר בו כעובד. Zatz מבקר גישה זו בשל היותה רחבה מדי וכוללת גם מקרים בהם, למשל, אין מקבל עבודה עבורו היא נערכת. המבחן הכלכלי-חברתי מציע גישת ביניים. הוא רחב יותר מגישת השוק האבסולוטי שכן חמשת רכיבי המבחן יבחנו כמכלול ובניגוד לגישה זו היעדר סממן שוקי אחד כשלעצמו לא יכריע את הכף ולא ישלול את סטטוס העובד. כך יתקבלו תוצאות מאוזנות יותר מגישת השוק האבסולוטי הנוקשה. עם זאת, רכיב התפוקה לא ישמש כמבחן עצמאי אלא יבחן במסגרת מבחן המשנה של ההיבט השוקי. לא כל תרומה כלכלית של מבצע עבודה במקום עבודתו תחשב כמספקת לצורך קיום המבחן הראשון. במונח זה המבחן הכלכלי-חברתי צר יותר מגישת הפרודוקטיביות. גישת ביניים זו תנביע מצבים בהם נזוה רציונאל שוקי-כלכלי גם בהקשרים שאינם שוקיים באופן מובהק. במצבים כאלו נכיר בסטטוס עובד ורק אם ההיבט השוקי-כלכלי הוא זניח ניתן לשקול את שלילת סטטוס העובד. הפסיקה המכוננת בפרשת זר מציעה גישה דומה:

לעיתים יש למערכת היחסים יותר ממטרה אחת - לענייננו מטרה כפולה תעסוקתית ושיקומית - כאשר די במטרה התעסוקתית כדי להקים יחסי עובד-מעסיק. רק כאשר עולה מהתשתית הראייתית כי תרומת המועסק במקרה נתון שולית באופן ההופך את רכיב "העבודה" לטפל זניח לעומת רכיב השיקום - ניתן יהיה לקבוע כי אין מדובר ב"עובד".¹²⁷

פסיקה זו קובעת לראשונה כי די בכך שקיימת "מטרה תעסוקתית" - או במונחי מאמר זה: היבט שוקי-כלכלי - כדי לאפשר את קיומם של יחסי עובד-מעסיק. בכך היא מתיישבת היטב עם גישת המבחן הכלכלי-חברתי שהרי התפוקה היא רכיב מרכזי במבחן המשנה הראשון. פסק דין זה גם תואם את המשגת מבחן המשנה הראשון כמאפשר החרטה מדיני העבודה רק אם ההיבט שוקי-כלכלי בעבודה הוא זניח. עם זאת, פרשת זר מקדמת מודל צר מדי מסיבות עליהן עמדנו לעיל.¹²⁸ לגישתי יש לקבע את הדרישה לקיומה של מערכת נורמות לבר כלכלית חלופית - כמבחן משנה נפרד. יש לבחון באופן פוזיטיבי האם מר זר "נוכח" בספירה השיקומית. להרחבה על מבחן משנה זה, השלב השני במבחן הכלכלי-חברתי, נפנה כעת.

(ב) מבחן הרציונל החלופי - היעדר מערכת נורמות לבר-כלכלית חלופית

עיקרו של מבחן הרציונל החלופי הוא בזיהוי התקיימותה של מערכת לבר כלכלית-שוקית, כלומר מערכת נורמטיבית אלטרנטיבית המצמיחה נורמות והתנהלות שאינן שוקיות-כלכליות במהותן. בהתאם לרציונלים שהצעתי לקיומו של המבחן הכלכלי-חברתי - המערכת הנורמטיבית החלופית צריכה להיות נוגדת, קרי, כזו שתפגע מהחלת הגיונות שוקיים עליה, או בעלת נורמות מובחנות בצורה מספקת מנורמות של מיקסום רווחים ותחרותית כך

¹²⁷ פרשת חיים זר, לעיל ה"ש 8, בפס' 66.

¹²⁸ ראו דיון בפרק א.4. לעיל, בעיקר הטקסט ליד ה"ש 114. עיקר טענתי כאן היא שגישה המתמקדת בהשוואת תרומת המועסקת לזולת (פרודוקטיביות) לעומת התרומה לעצמה (במקרה זה - שיקום), קרי, למי בעיקר תורמת העבודה היא גישה צרה מדי.

שמבצעי העבודה לא יפגעו קשות מהיעדר חוקי המגן, למשל. המבחן החברתי החלופי תר אחר סממנים המצביעים על קיומה של מערכת כזו, מערכת אשר דוחה או למצער מרככת משמעותית את ההיגיון השוקי-כלכלי. ככל שניתן לבסס את קיומה של מערכת נורמות כאמור, כך יקל על הפסיקה לשלול ממבצעי העבודה את סטטוס העובד, וזאת בהיעדר היבט שוקי-כלכלי מרכזי.

כך לדוגמה, בהקשר לאסירים ולעובדים בעלי מוגבלויות - יש לבסס את קיומן של נורמות המצביעות על התקיימות הגיון פנימי מכוון שיקום. דוגמאות לספירות לבר כלכליות נוספות הן אלטרואיזם (כשהעבודה נעשית בהתנדבות), קרבה ואהבה (קרובי משפחה), למידה והכשרה בהקשרי התמחות (מתלמידים במסגרת אקדמית), הירארכיה צבאית וציות בהקשרי בטחון (עובדי צה"ל). בהקשר לנבחרי ציבור ניתן לזהות את הספירה הפוליטית ככזו שמחייבת את הנבחרים לנהוג באופן המשרת את טובת הציבור, ובהקשר לקואופרטיבים, כמו גם בהקשר לקיבוצים (למצער טרום ההפרטה) ניתן לזהות את הרצון להשתחרר ממערכת היחסים הקפיטליסטית-שוקית ולהתנהל על פי נורמות שוויוניות, מבוססות צרכים. תהא אשר תהא המערכת הנורמטיבית הרלוונטית, יש לזהותה במפורש ולבחון שהיא מתקיימת בפועל במציאות העובדתית הקונקרטית.

מטרת זיהוי הספירה החלופית, בשלב השני של המבחן הכלכלי-חברתי, היא לוודא שהחלת דיני העבודה אינה מוצדקת. כבר עמדנו על כך שההחלטה ממשפט העבודה מוצדקת, בין היתר, בשל היעדר החשש לניצול מבצעי העבודה -- זאת בשל היעדר מוטיב הרווח ממערכת היחסים שמניעה את העבודה.¹²⁹ מערכת היחסים החלופית מייצרת מוטיבציה אחרת לעבודה וזיהויה יניח את הדעת לגבי החשש לניצול. מנגד, כאשר אין מערכת היחסים החלופית ניתנת לזיהוי - חשש זה נותר בעינו. זאת גם במצב בו מקצת מסממנים השוקיים-כלכליים נעדרים: היעדר חלקי של סממנים שוקיים עלול להעיד על היותו של השוק "שוק פגום", (נעדר תחרותיות, או וולונטריות למשל) ולא על קיומה של מערכת יחסים חלופית לגיטימית.¹³⁰ עבודה בשוק פגום עלולה, אם כן, לגרום לניצול מבצעי העבודה בה ביתר שאת. זיהוי המטרה החלופית בבירור יסייע לבית הדין, בין היתר, בהקשרים בהם יש חשש ל"שוק פגום" כאמור. בנוסף, כבר הוזכרה ההצדקה שלא להחיל נורמות שוקיות על מערכת נורמטיבית חלופית שכלליה נוגדים הגיונות שוקיים-כלכליים.

למבחן המשנה השני, אם ייושם כמוצע, עשויה להיות גם פונקציה רגולטורית שתקדם אסדרה ראויה של תחומים בהם קבוצות מוחלשות מבצעות עבודה. כך, עצם הדרישה של בית הדין להגדיר ולזהות סממנים של ספירת השיקום, למשל, עשויה לקדם את הפן השיקומי בעבודה. דוגמה לכך ניתן לראות בהקשר למשתקמים בפרשת חיים זר, שם נקבע כי בהיעדר זיהוי ברור של רכיבים שיקומיים במפעלים בהם עובדים משתקמים - יחולו על הצדדים יחסי

¹²⁹ ראו דיון בהצדקות של כב' השופט זמיר שלא להחיל את חוק שכר המינימום על אסירים, בבג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 22, בפס' 20-22.

¹³⁰ להגדרה של שווקים שלא מקיימים עקרונות יסוד (תחרותיות, הסכמתיות וכו') כשווקים פגומים (מנקודת מבט ליברטריאנית) ראו *Matt Zwolinski, The Libertarian Case for the Moral Limits of Markets*, *GEO. J. L. & PUB. POL'Y* 275 (2015) 13. הבנה זו מעוגנת בתפיסה של שווקים אשר לוקחת בחשבון את המציאות (non-ideal theory) בניגוד למודל אידאלי של שוק.

עבודה.¹³¹ קביעה זו הנביעה דיון באשר לנוכחות סממנים המעידים על קיומה של מערכת שיקומית בפועל ובכלל זה את הפרקטיקה היומיומית ונהלי העבודה של המפעל המוגן. כך, מצינת השופטת דוידוב-מוטולה כי היחס של איש מקצוע טיפולי (כגון עובד סוציאלי) אחד למאה משתקמים שנקבע בנוהל משרד הבריאות לגבי מפעלים מוגנים עשוי ללמד על "היבט שיקומי שאינו אינטנסיבי".¹³² ההיבט השיקומי משתקף בחיי העבודה של המשתקמים – והוא כולל (על פי נהלי משרד הבריאות ומשרד הרווחה) גם "הקניית מיומנויות והרגלי עבודה" כגון "שימוש בשעון נוכחות, שיפור איכות וספק העבודה, יחסי סמכות, שיתוף פעולה ועבודת צוות, לקיחת אחריות ויוזמה..."¹³³ בית הדין אף מציע לשקול להעביר את נטל ההוכחה לגבי האם מדובר בעבודה בעלת "מטרה שיקומית דומיננטית"¹³⁴ אם לא נערכה בחינה פרטנית לגבי יכולות העבודה של כל משתקם המפונה למפעל מוגן. במקרה שלא נקבעה יכולת תעסוקה הנמוכה מ-81%, ביחס לתפקיד ספציפי במקום עבודה "על סמך תיאור תפקיד ומטלות קונקרטיות" תישקל העברת נטל ההוכחה כאמור.

מקומו של דיון זה הוא במסגרת המבחן החברתי החלופי, או מבחן הרציונל החלופי. במסגרת זו עשויה דרישה שיפוטית שמבקשת לוודא כי העבודה כוללת "רכיבים משקמים" מובהקים – להמריץ את מפעלי המשתקמים ex-ante לחזק רכיבים אלה. למשל, המפעל עשוי לבחור לחזק את ההיבט השיקומי על ידי מתן הכשרות משמעותיות או מתן זכויות ושכר באופן מדורג או עזרה במעבר לשוק העבודה. דרישה כאמור גם תיצר תמריץ נוסף לבחון באופן תקופתי את יכולות התעסוקה הפרטניות של כל משתקם ולפעול באופנים נוספים על מנת למלא את הפונקציה הרלוונטית שלשמה מתבצעת העבודה – במקרה זה שיקום. דרישה דומה בהקשר לאסירים תקדם תשומת לב שיפוטית לפרקטיקות משקמות במאסר ותתרום לאסדרת התחום.

נחיצותו של מבחן המשנה החברתי מתבהרת ביתר שאת כאשר בוחנים דוגמה נוספת להחרגת מבצעי עבודה בנימוק "שיקומי" – פסק הדין בעניין עיריית בית-שמש.¹³⁵ במקרה זה נדונה תביעתו של עולה חדש מאתיופיה לקבל סטטוס של עובד בשל השתתפותו ביוזמה של הביטוח הלאומי, יחד עם משרדי ממשלה שונים ושירות התעסוקה – פרויקט שבמסגרתו עבד תקופה קצובה עבור עיריית בית שמש. במסגרת הפרויקט, שנועד למטרות "שיקום תעסוקתי", הופנה טשגר (התובע) על ידי שירות התעסוקה יחד עם עולים חדשים נוספים מאתיופיה – לעבוד בעבודות גינון עבור עיריית בית שמש. מבצעי העבודה אמורים היו לעבוד ארבעה ימים בשבוע ולהקדיש יום בשבוע ללימודים, זאת על מנת לשדרג את כישורי העבודה שלהם. בסופו של יום הכוונה לשלב לימודים בתוכנית זו לא יצאה אל הפועל והעולים החדשים עבדו במהלך חמישה ימים בשבוע, ללא יום לימודים שבועי. למרות זאת, תביעתו של טשגר לקבל סטטוס של עובד נדחתה לאחר שבית הדין בחן את המבחן המעורב יחד עם נימוקים המזכירים את מבחן המטרה. בית הדין מביע צער על "היעלמותו" של יום הלימודים, אולם ממשיך לתאר את ההתקשרות כהתקשרות "סוציאלית" ושיקומית במהותה. בית הדין

¹³¹ פרשת חיים זר, לעיל ה"ש 8, בפס' 71-72.

¹³² שם, בפס' 51.

¹³³ שם.

¹³⁴ שם, בפס' 66.

¹³⁵ דמ (י-5) 5732/06 טשגר נ' עיריית בית שמש (נבו 12.6.2008).

מתייחס לתכלית חוק שכר מינימום שצוינה בפרשת שדות – קרי, חשש לניצול העובד וקובע כי "תכלית זו אינה מתאימה ליישום ואינה שייכת לנסיבות עניינינו, מקום שאין חשש של ממש לניצולו של התובע ככוח עבודה ומקום שהיחסים בין הצדדים לא התבססו בעיקרם וביסודם על אינטרסים כלכליים גרידא.¹³⁶ דומה כי הכותרת שניתנה לפרוייקט והכוונה שיהיה בו רכיב "שיקומי" הספיקו על מנת לשלול סטטוס של עובד ממובטלים שאינם אסירים ואינם אנשים עם מוגבלות. זאת, ללא בדיקה עובדתית נוספת באשר למהותו של אותו "שיקום". יש לשער כי לו נדרש היה בית הדין לבחון את הסוגייה מבעד למשקפי המבחן הכלכלי-חברתי, ובייחוד, לאור ההיבט השני של המבחן – תוצאות המקרה היו שונות שכן אי התקיימות יום הלימודים השבועי ובהיעדר כל היבט שיקומי אחר היתה עולה בבירור המסקנה כי ההיבט החברתי של המבחן אינו מתקיים.

לסיכום, מוצע שהמבחן הכלכלי-חברתי, על שני מבחני המשנה שלו, ייושם בכלל המקרים בהם מקבלי העבודה מבקשים להחריג את מבצעה שלא בהתאם לטענה כי מדובר בעצמאיים. זיהוי מערכת נורמטיבית חלופית במסגרת מבחן משנה עצמאי מתיישבת עם הרציונל שביסוד מבחן המטרה, עליו עמדנו לעיל ואימוצו של מבחן משנה כאמור יגביר את האחידות והעקביות שבדוקטרינת מיהו עובד ובמה שכונה עד כה השלב המקדמי בפסיקה. עד כה התמקדה הפסיקה במבחן המטרה בהיבטים השוקיים-כלכליים של העבודה ואילו מערכת הנורמות החלופית זכתה להתייחסות מעטה בלבד. התייחסות זו באה לידי ביטוי במסגרת מבחני עזר שונים ש"הורבקו" לרוב למבחן המעורב ויצרו מעין מבחני כלאיים. חלק ממבחני עזר אלו ניסו אמנם להתחקות אחר מאפייניה הייחודיים של הספירה החברתית הרלוונטית אך הם הופיעו באופן ספורדי - בחלקם כרכיב במבחן המעורב ובחלקם כחלק ממבחן המטרה - כפי שנדגים להלן בהקשר למתנדבים. יצירת מבחן משנה שייחוד למערכת הנורמות החלופית - במסגרת המבחן הכלכלי-חברתי - תסייע לקבע המשגה אחידה של הדוקטרינה מיהו עובד. הפסיקה תוכל להמשיך להשתמש בחלק ממבחני המבחן המעורב ככל שהם רלוונטיים לעמוד על המציאות הנורמטיבית שעל פיה נעשתה העבודה (הגעה עקבית לעבודה, פיקוח וכו'), אולם כעת מבחני עזר אלו ייושמו רק במידה והם רלוונטיים להבחנה בין הספירה החברתית שעל הפרק לבין "עובד". כפי שראינו לעיל בפרק א.3., רק חלק ממבחני העזר יוכלו לסייע בשאלה – האם העבודה התנהלה במסגרת חברתית חלופית. מכל מקום, אימוצו של מבחן זה אינו בגדר מהפך אלא התפתחות טבעית של הפסיקה שכן ניצנוי משתקפים בה כבר כעת. ראינו זאת בפרשת זר בהקשר למשתקמים ובפרקים ג' וד' נעסוק בטענה זו גם ביחס לאסירים עובדים, שם נדון בהרחבה ביישומו של המבחן המוצע. אך בטרם נצלול אל הסוגייה העיקרית - האסירים העובדים - נתעכב בקצרה על הרלוונטיות של המבחן המוצע לקבוצות "מועסקים מיוחדים" נוספות. לשם כך, נבחן בתת הפרק הבא את יישום המבחן הכלכלי-חברתי על סוגיית ההתנדבות.

2. המבחן הכלכלי-חברתי – בראי ההתנדבות

¹³⁶ שם, בעמ' 10. ודוק, בית הדין מתייחס אך ורק לביטוח הלאומי כמעסיק הפוטנציאלי ואינו שוקל כלל את הרווח של עיריית בית שמש מעבודתם של העולים החדשים מאתיופיה. פסק דין זה מדגים אולי בצורה הטובה ביותר את הסכנות שבהמשך השימוש של מבחן המטרה ושל "שיקולים סוציאליים" להחרגת עובדים מזכויותיהם על פי חוקי המגן מטעמי "שיקום".

כיצד יש ליישם את המבחן הכלכלי-חברתי בסוגיית המתנדבים? מה ניתן ללמוד ממבט על הפסיקה בהקשר זה? מטרתו של תת-פרק זה הוא להדגים את חשיבות אימוץ המבחן הכלכלי-חברתי בהקשר למתנדבים, על ידי השוואת ההלכה הקיימת למצב המשפטי שיתקיים עם החלת המבחן המוצע.

מהי ההלכה בסוגיית תחולת דיני העבודה על מי שהוגדרו בחוזה ההתקשרות כמתנדבים אך טוענים בדיעבד לזכאותם לסטטוס של "עובד"? הפסיקה שואפת להבחין בין מתנדב "אמיתי" לבין מתנדב "למראית עין" ורק האחרונים – קרי, מי שלמעשה תפקד בפועל כעובד – יהיו זכאים לסטטוס זה.¹³⁷ הבחנה זו נערכת על פי המבחן המעורב, אליו מתווספים מספר מבחני משנה ייעודיים – שתפקידם למקד את הדיון במאפיינים הייחודיים של התנדבות. ינסקי-רביד איתרה בפסיקה חמישה מבחני משנה ייעודיים להתנדבות, שנדונים בפסיקה יחד עם מבחני המשנה ה"רגילים" של המבחן המעורב.¹³⁸ סקירת מבחנים אלו תראה כי קיים מתאם בין הנושאים שבהם דנה הפסיקה בהקשר למתנדבים ובין הסוגיות המרכזיות בהן יעסוק המבחן הכלכלי-חברתי. מבחני המשנה שבהם נעזרת הפסיקה בהקשר להתנדבות הם:

1. מבחן התמורה - האם התקבלה תמורה עבור העבודה ומה טיבה;¹³⁹ 2. תפקיד שניתן לבצע בתשלום - האם עבודה זו מתבצעת באופן רגיל בתשלום – והאם עובד היה נשכר לבצע את העבודה בתשלום אם לא היה מתנדב בנמצא?¹⁴⁰ 3. התועלת למקבל השירות - האם מקבל השירות הפיק תועלת מההתנדבות;¹⁴¹ 4. "ציבוריות" ההתנדבות - ככל שהפעילות נעשית במסגרת גוף ציבורי ולמטרה ציבורית ניטה יותר להתייחס לאדם כמתנדב, לעומת פעילות בהקשר מסחרי-פרטי;¹⁴² 5. מבחן הרצון החופשי - האם ההתנדבות נעשתה מרצונו החופשי של המתנדב או שמא נכפתה עליו.¹⁴³

לגישתי, קיים מתאם ברור בין מבחני משנה אלו והמבחן הכלכלי-חברתי. זאת מאחר וניתן לזהות במבחני המשנה הנ"ל את השאיפה להבחין בין עבודה המתבצעת בספירה השוקית-כלכלית לבין עבודה שמתנהלת על פי מערכת נורמות עם הגיון מארגן אחר – אלטרואיזם. על כן, ראוי שמבחני משנה אלו – שהתפתחו בפסיקה באופן קוואסיסטי כמבחני עזר למבחן המעורב – ימצאו את מקומם במסגרת המבחן הכלכלי-חברתי.

¹³⁷ שלומית ינסקי-רביד קניין רוחני בעבודה – תיאוריה, מעשה ומשפט משווה 259 (2013).

¹³⁸ שם, בעמ' 261.

¹³⁹ שם; עניין פרידמן, לעיל ה"ש 91, בפס' 6-7 לפסק הדין; עניין סרוגי, לעיל ה"ש 109; עב (נצ') 1684/03 יוסף נ' זיני (נבו 13.4.2005) (להלן: עניין זיני). ינסקי רביד מציינת כי ישנו קושי להתחשב בתמורה כרכיב מבחין בין עובד למתנדב כאשר אי קבלת תמורה היא התוצאה הנובעת מהקביעה ולכן המבחן כושל. אציין עוד כי קושי זה אינו מייחד את מבחן התמורה בלבד אלא משקף בעיה כללית יותר ברעיון ההישענות על מבחני המציאות הכלכלית לקביעת הסטטוס שכן מעגליות לוגית זו קיימת לגבי חלק ניכר מתתי הרכיבים של מבחני המציאות הכלכלית.

¹⁴⁰ ינסקי-רביד, לעיל ה"ש 137, בעמ' 262; עניין סרוסי, לעיל ה"ש 32; ת"א (ת"א) 20868-09-10 עיני נ' עיני (נבו 8.10.2015).

¹⁴¹ ינסקי-רביד, לעיל ה"ש 137, בעמ' 263-2; ע"ע (ארצי) 1182/02 קאזיס – ארייט, פ"ד לח(2003) 394 (2002).
¹⁴² ינסקי-רביד, לעיל ה"ש 137, בעמ' 263; עניין סרוגי, לעיל ה"ש 109; עניין זיני, לעיל ה"ש 139. ינסקי רביד עומדת בצדק על הקושי ביישום מבחן זה לאור טשטוש הגבולות בין התחום הפרטי-מסחרי לציבורי במתבטא בין היתר בגופים ציבוריים שעוסקים במטרות מסחריות. עוד לטשטוש גבולות זה ראו – מילמן-סיון ושגיא "המודל ההיברידי", לעיל ה"ש 12.

ינסקי-רביד, לעיל ה"ש 137, בעמ' 4-263.

כך, ארבעה ממבחני המשנה שהוזכרו לעיל נועדו לאתר את ההיבט השוקי-כלכלי של העבודה והם משתקפים בחלקו הראשון של המבחן הכלכלי-חברתי. על פי מבחן זה, ראוי לבחון הן את סוגיית התקיימותה של תמורה והן את שאלת סווג התפקיד כתפקיד שניתן לבצע ברגיל בתשלום במסגרת רכיב התמורה במבחן ההיבט השוקי-כלכלי (בפרשנות של רכיב התמורה שגורסת כי השאלה אינה אם ניתנה תמורה אלא אם היתה אמורה להינתן תמורה).¹⁴⁴ גם מבחני המשנה של התועלת למקבל השירות ומבחן הרצון החופשי תואמים לרכיב התפוקה והרצוניות/וולונטריות של ההיבט השוקי-כלכלי. ארבעה ממבחני העזר לזיהוי מתנדבים משתקפים אפוא במבחן היבט השוקי-כלכלי. לעומת זאת, את מבחן העזר האחרון בהקשר למתנדבים, קרי, שאלת היותה של העבודה ל"מטרות ציבוריות" יש לבחון בשלב השני, שכן הוא נועד לבסס את קיומו של הרציונל האלטרואיסטי, כפי שנראה כעת.

מבחן הרציונל החלופי יזהה את האלטרואיזם כמערכת הנורמטיבית הרלוונטית - חלף הרציונאל השוקי-כלכלי. דומה כי שאלת ה"מטרות הציבוריות" של העבודה נועדו לבסס את קיומה. זאת מכיוון שניתן להניח שאלטרואיזם אותנטי ויחסי התנדבות יתקיימו בעבודה הנעשית למען קידום מטרות קולקטיביות-ציבוריות מאשר בעבודה המקדמת מטרות פרטיות ומבוצעת למטרות רווח.¹⁴⁵ הציבוריות היא אפוא סממן המבנה את מערכת הנורמות של התנדבות. היעדר תמורה לעבודה¹⁴⁶ הוא סממן נוסף שיזוהה כאן שכן לרוב עצם מתן תמורה בעבור העבודה פוגע ברציונל המארגן של מעשה ההתנדבות – והמעשה כולו "נצבע" במאפייני קומודיפיקציה ורווח. היעדר תמורה, אם כן, עשוי להופיע הן בשלב הראשון והן בשלב השני של המבחן הכלכלי-חברתי.¹⁴⁷ האם ניתן להסתפק בשני מבחני עזר אלו להבנות את המסגרת של ההתנדבות האלטרואיסטית?

סקירת הפסיקה מזווית הראיה של המבחן הכלכלי-חברתי מגלה שפסיקה זו השקיעה את מירב מאמציה בזיהוי ההיבט השוקי בעבודת ההתנדבות, קרי במבחני המשנה שמטרתם לזהות את הספירה השוקית-כלכלית. תשומת לב מופחתת הוקדשה למאפיינים הייחודיים של האלטרואיזם וההתנדבות. נראה כי יש מקום לפתח מאפיינים נוספים להשלמת התמונה ואימוצו של המבחן הכלכלי-חברתי יאפשר מצע נוח לפיתוח ההלכה.¹⁴⁸ אימוצו של המבחן הכלכלי-חברתי יחייב את הפסיקה להתמקד ולהעמיק במאפיינים הייחודיים של אלטרואיזם

¹⁴⁴ דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5.

¹⁴⁵ מובן שאין כוונתו לקבוע מסמרות בסוגייה זו ויתכנו מקרים חריגים בהם גם עבודה המוכוונת לתמיכה בגופים פרטיים עשויה להיות אלטרואיסטית. יש לזכור גם ששאלת "ציבוריותו" של הגוף אינה נקבעת בלעדית על ידי הבעלות בגוף, אלא כוללת מימדים פוליטיים וכלכליים (ראו מילמן-סיון ושגיא "המודל ההיברידי", לעיל ה"ש 12). אין בכך כדי לגרוע ממשמעותה של הציבוריות כהיבט משמעותי באיתור "רציונל התנדבותי". כאמור, דיון ממצה במהותו של האלטרואיזם וציבוריות חורג ממסגרת המאמר.

¹⁴⁶ יתכן שלכך כיוון השופט צור בפרשת פרידמן באמרו: "יחסי עובד מעביד ויחסי התנדבות הם תרתי דה סתרי במובן זה שקיומם של יחסים מסוג אחד שוללת את קיומם של יחסים מהסוג האחר. אין מצבי כלאיים." עניין פרידמן, לעיל ה"ש 91, בפס' 7 לפסק הדין.

¹⁴⁷ Noah D. Zatz & Eileen Boris, *Seeing Work, Envisioning Citizenship*, 18 EMP. RTS. & EMP. POL'Y J. 95, 99-100 (2014). ראו שם גם ביקורת מוצדקת על ההבחנה החדה בין הרציונל המארגן של התנדבות לבין עבודה "רגילה" בשכר.

¹⁴⁸ דיון מקיף במאפייני ההתנדבות והאלטרואיזם חורג ממסגרת המאמר ומטרתו כאן היא אך להדגיש את החשיבות שבשאיפה לזהות את המערכת הנורמטיבית החלופית בצורה מלאה.

והתנדבות ובכך לעבות ולהשביח את הדיון על ידי הוספתם של סממנים נוספים. כך, למשל, מחקר שעסק בהגדרות התנדבות שונות קובע שארבעה ממדים מופיעים בכל ניסיון להגדיר "מתנדב".¹⁴⁹ ממדים אלו הם: 1. מידת הרצוניות של העבודה; 2. סוג התמורה שניתנת (הגדרות רבות מאפשרות תמורה שאינה כספית כל עוד ערכה פחות מערך העבודה שנעשתה); 3. ההקשר הארגוני שבו נעשתה העבודה (ארגון פורמלי לעומת לא פורמלי כגון עזרה חברית; האם הארגון הפורמלי הוא ציבורי, פרטי, או ארגון ללא כוונת רווח); 4. זהות המרוויח מהעבודה (האם זו חובה שהמרוויח יהיה אדם זר על פי הגדרה מחמירה של התנדבות, או שניתן להתנדב גם עבור קבוצות בעלות רקע דומה (על בסיס דת, מגדר, לאום וכו')). מבחן משנה זה יברר עוד האם ניתן לכלול גם את מבצע העבודה כמרוויח אפשרי, למשל במצבים בהם קבוצות מיישמות עזרה עצמית. הפסיקה עשויה לאמץ מבחני עזר נוספים אלו, או למצער את חלקם.

הדיון באיתור רכיבים שיסייעו בזיהוי אלטרואיזם והתנדבות שנערך לעיל אינו ממצה. מטרתנו כאן היא להדגים כי היעזרות בממדים אלו, כולם או מקצתם, במסגרת מבחן המשנה השני, יתרום לסווג של מבצעי העבודה באופן ראוי יותר מהמשך השימוש במבחן המעורב. בכך מתווסף דיון זה להצגת יתרונותיו של המבחן הכלכלי-חברתי. לאחר שעמדנו על עדיפותו הנורמטיבית של המבחן, נעבור ליישמו בפרקים הבאים ביחס לתעסוקת אסירים. מטרתם של שני הפרקים הבאים היא כפולה: ראשית, ברמה התיאורטית, פרישת תמונה מקיפה ומעמיקה יותר של שני חלקיו של המבחן הכלכלי-חברתי שידונו כסדרם. שנית, ברמה הדוקטרינרית נבסס את הטענה כי יש להחיל על אסירים בעבודות החוץ, ולמצער בשיקום הפרטני - יחסי עובד-מעסיק כבר כעת. קבלת טענה זו תוביל למסקנה כי יש לבטל את ההיבט הגורף בהחרגת אסירים ממשפט העבודה ולקיים בחינה פרטנית של כל מקרה על פי נסיבותיו.

ג. אסירים-עובדים ומבחן המשנה הראשון: ההיבט השוקי-כלכלי

1. "השוק החופשי": הקשר החוזי ושאלת הרצוניות כסממנים שוקיים-כלכליים

קיומם של יחסי-עובד מעסיק אינם מותנים בקיום קשר חוזי בין הצדדים.¹⁵⁰ פרשת סרוסי שקבעה הלכה זו, מחזקת את עמדתה של בן ישראל שככלל ניתן להכיר ביחסי עובד-מעסיק גם במצבים בהם הקשר עצמו ניכפה על ידי הליך בחירה, למשל בהליכי מכרז, או בחירות;

¹⁴⁹ לסקירה של הגדרות שונות למונח מתנדב ומציאת ארבעה מימדים נפוצים להגדרה זו ראו, למשל, Ram A. Cnaan, Femida Handy & Margaret Wadsworth, *Defining Who is a Volunteer: Conceptual and Empirical Considerations*, 25 NONPROFIT VOLUNT. SECT. Q. 364 (1996) להרחבה לגבי התנדבות בסקטור השלישי בישראל, ראו למשל אלי יפה, אהרן יורק ואהרון כפיר "המניעים להצטרפות מתנדבים כחברי הנהלה בארגונים וולונטריים" **ביטחון סוציאלי** 86, 107, 109-111 (2011); גלית ינאי ונטורה "מהתנדבות לאקטיביזם - התנדבות אנשים עם מוגבלות בישראל" **ביטחון סוציאלי** 102, 439 (2016). לסקירה של מבחני עזר בהם נעזרה הפסיקה והצעות נוספות בהקשר זה ראו דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5.

¹⁵⁰ עניין שדות, לעיל ה"ש 22, בפס' 19. כפי שציין השופט זמיר בפרשת שדות, ההלכה שהיתה מקובלת שנים רבות ומקורה במשפט המקובל שקבעה כי חוזה הוא תנאי הכרחי להתקיימותם של יחסי עובד מעסיק נהפכה בפרשת סרוסי, לעיל ה"ש 32.

כמו גם במצבים בהם הקשר נכפה בדין.¹⁵¹ עובד כשרות, למשל, שהעסקתו וזהותו נכפתה על המעסיק הוכר כעובד. זאת, תוך שנקבע שעצם צמצום יכולת הבחירה של מקבל העבודה אינו מאיין בהכרח את קיומם של יחסי עובד-מעסיק.¹⁵² אף בעבודות שת"מ, שם מחויב האסיר לעבוד מכוח הדין¹⁵³ - מעירה בן ישראל שניתן להרהר אחר הלגיטימיות שבשלילת תחולת משפט העבודה בעבודות אלו בשל הלכת סרוסי.¹⁵⁴ הלכה זו הסירה אפוא מחסום מרכזי להחלת דיני עבודה על אסירים, אך בו בעת היא אינה מחייבת את החלתם. קיומו או היעדרו של חוזה עבודה פורמלי אינו הציר הבלעדי סביבו נסוב מבחן ההיבט השוקי-כלכלי. קיומו של חוזה פורמלי יחזק את מבחן המשנה הראשון ולכן סממן הקשר החוזי נותר רלוונטי כאינדיקציה מסייעת במסגרת זו אך היא אינה מכריעה. סממן חשוב נוסף העולה בפסיקה הוא היעדר הרצוניות.

היעדר רצוניות בביצוע העבודה יקשה על מיקומה של העבודה בספירה השוקית-כלכלית והדין שמחייב את האסירים לעבוד מקשה על סווגם כעובדים.¹⁵⁵ ודוק, למרות שהתקשרות רצונית היא תנאי הכרחי להתקיימותו של הקשר החוזי – ראינו שמדובר בשני רכיבים נפרדים.¹⁵⁶ זיהוי כפייה או היעדר רצוניות בעשייה תפגע משמעותית בהתקיימות מבחן המשנה הראשון - גם בהיעדר התניית סטטוס העובד בחוזה. כך גם גורס השופט צור בהערת

¹⁵¹ בן ישראל "האמנם עובדים?", לעיל ה"ש 6, בעמ' 85-90.

¹⁵² דיון ל/9-3 (ארצי) **עובד לצי (לדיסלב) ברני נ' שנה**, פ"ד א(1) 113 (1970); ע"ע (ארצי) 59799-12-13 קאלה **אורעים בע"מ - שלמה פרל** (נבו 20.8.2015).

¹⁵³ ס' 48 (א) לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁵⁴ בן ישראל **דיני עבודה**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 518. למרות זאת, בן ישראל מסופקת לגבי האפשרות שהפסיקה בפועל תחיל יחסי עבודה על אסיר-עובד במטבח וקובעת כך: "...לא מתקיים לגבי התנאי המחייב שההתקשרות החוזית בין מבצע העבודה למקבלה תהיה התקשרות חוזית מלכתחילה...העבודה במטבח היא פועל יוצא של מאסרו. שאלה היא האם לפי פסק דין סרוסי תשתנה התשובה. נראה כי פסק דין זה העמיד את דרישות ההתקשרות החוזית בספק, אך קשה לקבל כי המקרה של האסיר הוא המקרה שעליו תיושם ההלכה החדשנית."

¹⁵⁵ יש להבחין בין היעדר הרצוניות לבין עצם היעדרו של חוזה פורמלי ולבין החלפת החובה לעבוד בדין. היעדר הרצוניות עמד, למשל, ביסוד פסק דין כטיב, פסק הדין הראשון ששלל את תחולת דיני העבודה על האסיר-העובד. עמדנו כבר על הבעייתיות שבהסתמכות על עניין **כטיב**. מדובר בפסק דין ישן, משנת 1963, אשר נתן ביטוי לתפיסה שהיתה מקובלת לפני פסק דין סרוסי. עם זאת, יצויין כי היעדר הוולונטריות ולא היעדר החוזה כשלעצמו הוא ציר מרכזי להחגרת האסירים מתחולת משפט העבודה: "והאסירים עומדים בעבודתם תחת פיקוחם של שלטונות בית-הסוהר, לא מכוח ההתחייבות שקיבלו על עצמם כלפי מעבידיהם." (עניין **כטיב**, לעיל ה"ש 21, פסק דינו של השופט זילברג). יודגש כי עצם קיומו של החיוב על פי דין לעבוד אינה מחייבת תמיד ובהכרח שסובייקטיבית האסיר אינו מעוניין לעבוד וכי במובן זה העבודה נעשית בכפייה ובהיעדר רצוניות.

¹⁵⁶ ההסכמה הנדרשת במסגרת יחסי העבודה בכלל ובהקשר לאסירים בפרט, מהותה, אופני הגדרתה והיקפה מחייבים דיון מעמיק. פאינה מילמן-סיון "הפרטת בתי הסוהר בראי דיני העבודה הבין-לאומיים" **ספר אליקה ברק-אוסטוקין** 803 (סטפן אדלר ואח' עורכים 2012). וגם - ע"ע (ארצי) 247/07 **פלונית - קוצציק** (נבו 24.9.2009). הדיון במאמר זה יהיה מצומצם יותר שכן הוא יתמקד בכפייה. אניה לצורך הדיון כאן כי כפייה בלבד (בניגוד להסכמה שאינה אותנטית באופן מלא) מוציאה את העבודה מהמתחם הכלכלי-שוקי.

אגב בפרשת אניל גדרה, בקבעו כי שלילת יחסי עובד מעסיק מאסירים נובעת מכך שבבסיס היחסים עומדת הכפייה.¹⁵⁷

ואולם, חלק משמעותי מאוכלוסיית מבצעי העבודה בכתי הסוהר אינם עובדים בכפייה. לכלל הרחב המחייב עבודה בכתי הסוהר ישנם מספר חריגים ובהם אסירים אזרחיים,¹⁵⁸ כמו גם כלל העצירים שטרם נדונו - אשר עובדים בהתאם להסכמתם בלבד.¹⁵⁹ חריג נוסף מעוגן בסעיף 48 (ג) לחוק הפלילי הקובע כי עבודה "מחוץ למוסדות המדינה" תעשה "בהסכמה, ובתנאים מקובלים."¹⁶⁰ בהתאם לבג"ץ שדות, פורש חריג זה כקובע שאין לכפות עבודה על אסיר העובד מחוץ לחומות בית הסוהר¹⁶¹ - כלומר בשיקום הפרטני והקבוצתי.

בפרשת נאיף התעלם בית הדין בטעות מסעיף 48 (ג) המחייב לקבל את הסכמת האסיר לעבודה זו.¹⁶² יש להניח כי די היה בפניה לסעיף זה כדי להפוך את התוצאה בפרשת נאיף שהרי מסגרת השיקום הפרטני מקיימת למעשה את שתי הדרישות - הקשר החוזי והוולונטריות: ההתקשרות הראשונית בין האסיר לבעל העסק היא וולונטרית ואף מעוגנת פורמלית במסמך שניתן לראותו כחווה התקשרות.¹⁶³ אמנם, טיב ההסכמה שנותן אדם במאסר תמיד יהיה מוגבל ולכן בהכרח תהיה עבודתו נגועה במאפיינים כופים.¹⁶⁴ מידת החופש שיש לאסיר העובד לשלוט בהיקף או באופי עבודתו, להביע עמדה, להרהר אחר הוראות המעסיק - חופש הניתן במידה כזו או אחרת לכל עובדת ועובד - היא וודאי מוגבלת גם בשל התלות העצומה של האסיר בעבודתו. ואולם, אין הכרח כי כל מאפיין כופה במערכת יחסים בין מבצע ומקבל עבודה יאיין באופן מוחלט את הקשר החוזי ואת רצונית ההתקשרות. לדוגמה, נפסק שההתקשרות שבין משרת הקבע וצה"ל שמתחילה באופן וולונטרי ומקבלת מיד לאחר מכן אופי כופה תוכר "במידת האפשר" כקשר חוזי.¹⁶⁵ ראינו שגישה דומה אומצה גם בהקשר לעובדי הכשרות. בדומה, ההיבטים הכופים שמתקיימים במסגרת השיקום הפרטני הם מינוריים ואין בהם לטעמי כדי לשלול את התקיימותם של שני

¹⁵⁷ "אסיר אינו אדון לעצמו ואם הוא עובד במסגרת מעמדו כאסיר, הרי עבודה זו נכפית עליו ולכן אין מתקיימים בו יחסי עובד ומעביד שבבסיסם עומד הרצון החופשי של שני צדדים להתקשר זה עם זה." עניין גדרה, לעיל ה"ש 18, בפס' 32 לפסק דינו של השופט צור.

¹⁵⁸ תק' 17 לתקנות בתי הסוהר.

¹⁵⁹ שם.

¹⁶⁰ ס' 48 (ג) לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁶¹ לביקורת על פרשנות זו, ראו מילמן-סיון "עבודה אסורה", לעיל ה"ש 4.

¹⁶² השאלה המורכבת כיצד ניתן לקבל הסכמה אותנטית בבית הסוהר ומהם אותם "תנאים מקובלים" טרם נדונה בפסיקה והיא ראויה לדיון נפרד. ראו לגבי הגבלות על רצונם החופשי של אסירים, דוידסקו וולק, לעיל ה"ש 83, בעמ' 10-14.

¹⁶³ נכון לכתיבת שורות אלו, אין בידי העתק או דגם של חווה עליו חותמים האסירים כחלק מהסכמתם לעבוד מחוץ לחומות בית הסוהר. מענה לבקשת חופש מידע 2018, לעיל ה"ש 71: "הסכם תעסוקת אסירים הינו מסמך פנימי של השב"ס ואינו ניתן להעברה".

¹⁶⁴ נזכור כי גם במצבים של "הסכמה" רצונם של האסירים מוגבל. כך, הפסקת עבודתם לגרום להרחקתם מאגף שיקום (אגף עם תנאים עורפיים). מהותה של הסכמה "מרצון חופשי" בבת הסוהר מעוררת שאלות נוספות.

¹⁶⁵ ברק ארז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 121 קובעת כך במאמרה: "...ההלכה בעניין עובד נכונה מבחינת תוצאתה, אך לא מטעמיה... אולם, עם כל הכבוד, יש לחלוק על הלכת עובד ככל שהיא שוללת את ההתייחסות להתקשרות בין משרת הקבע לבין צה"ל כאל חווה. ההתחייבות לשירות קבע היא בעלת אופי רצוני, ועל כן, במידת האפשר ראוי להחיל עליה את דיני החוזים." (ההדגשה אינה במקור).

הרכיבים הראשוניים של מבחן המשנה הכלכלי-שוקי.¹⁶⁶ האם סממנים אחרים המאפיינים את הספירה הכלכלית-שוקית מחייבים להחריג את עבודות שיקום החוץ ממשפט העבודה? לכך נפנה כעת.

2. מבחן ההתמקחות ומבחן התמורה כסממנים שוקיים-כלכליים

שני סממנים נוספים שעשויים להצביע על מיקומה של העבודה בספירה שוקית-כלכלית הם ניהול התמקחות לגבי תנאי העבודה וקבלת תמורה עבורה. לסממנים אלו היסטוריה ארוכה בדיני החוזים במשפט המקובל ובהקשרים שונים הם היוו תנאי מקדמי להכרה משפטית בקיומו של חוזה. ואכן, קיומה של תמורה ומשא ומתן על תנאי החוזה מצביעים על הקשר שוקי-כלכלי לעבודה. ראינו כי בארצות הברית, תחת גישת השוק האבסולוטי, רכיבים אלה נקבעו כתנאי הכרחי להכרה באסירים כבעלי סטטוס עובד. עם זאת, על פי גישת המבחן הכלכלי-חברתי, רכיבים אלו מצטרפים לכלל רכיביו של מבחן המשנה הראשון והתקיימותם אינו מהווה תנאי הכרחי או מספק להחלת יחסי עובד-מעסיק. האם קיימת התמקחות ותמורה בשיקום הפרטני? מאחר שהדיון ברכיב ההתמקחות נבלע רובו ככולו בניתוחם של רכיבי הרצוניות והקשר החוזי לעיל,¹⁶⁷ נמקד את הדיון להלן ברכיב התמורה.

רכיב התמורה הוא רכיב יסודי בשרטוט גבולות השוק וקיומה של תמורה יחזק משמעותית את התקיימות מבחן המשנה הראשון. היעדרו עשוי להצביע על התקשרות שאינה שוקית-כלכלית במהותה (למרות שביחס למתנדבים נקבע כי היעדרו אינו מכריע).¹⁶⁸ מכל מקום, התפיסה הרווחת היום בישראל בנוגע לאסירים היא כי הם זכאים לתמורה מינימלית עבור כל סוגי העבודות שהם מבצעים ובעבודות יצרניות גובה התמורה יהיה ביחס סביר לשכר המינימום במשק.¹⁶⁹ תפיסה זו באשר לגובה התמורה הראויה לתעסוקת אסירים עברה תהפוכות דרמטיות במהלך השנים. בשנות השישים - סביב התקופה בה ניתן פסק דין **כטיב** – נקבע רף עליון בלבד לתשלום התמורה. בתקופה זו הוגבל שכר האסירים לרף מקסימלי של לירה אחת ביום¹⁷⁰ כאשר בפועל היתה התמורה הממוצעת נמוכה משמעותית מסכום זה ונעה בין 8 ל-40 אגורות ליום. זאת, שעה שהשכר הממוצע היומי במגזר בעל ההכנסה היומית

¹⁶⁶ השב"ס אינו מחייב את האסירים לעבוד בעבודות חוץ בניגוד לרצונם. פרטי ההליך של קבלת הסכמה זו עשויים אולי שלא לעמוד במבחנים מחמירים של "הסכמה אותנטית" אולם אין בכך לפגום בקיומו של מבחן המשנה הראשון. מאחר שחובתו של השב"ס להשיג את הסכמתו של האסיר לעבודות חוץ מעוגנת בחקיקה הרי שיש לדרוש מהשב"ס לתקן פגמים אפשריים בהליך זה. שני הסממנים הראשוניים של מבחן ההיבט השוקי מתקיימים אפוא.

¹⁶⁷ ראו לעיל בטקסט ליד ה"ש 162. במשפט המקובל למשל נקבע כי כדי שעבודה תחשב לכזו המתבצעת במסגרת השוק, צריך להתבצע "סחר חליפין" מסוג כלשהו. במסגרת סחר חליפין שכזה, המעביד מקבל את עבודתו של העובד, שבתמורה לרוב מקבל תמורה כספית. על הצורך בתמורה בהקשר לתעסוקת אסירים, ועל הטענה כי בתעסוקת אסירים במשפט האמריקאי לא מתבצע סחר חליפין "אמיתי" שכן "המשאב" כבר מצוי ברשות/בעלות בתי הסוהר, ראי זק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 888-9.

¹⁶⁸ ראו הדיון בפרק ב.3. לעיל.

¹⁶⁹ עניין **קריב**, לעיל ה"ש 36.

¹⁷⁰ מבקר המדינה דין **וחשבון שנתי מס' 17 לשנת הכספים 1965/66** (1967), עמ' 359.

הנמוכה ביותר בתעשייה (הלבשה והנעלה) עמד על כ 7 לירות ליום.¹⁷¹ כלומר, התמורה שקיבלו האסירים עמדה על כ 7 אחוזים מהשכר הממוצע הנמוך ביותר בתעשייה. לעומת זאת, בעת מתן פסק דין **שדות** - כארבעים שנים מאוחר יותר – עמד שכר האסירים בעבודות יצרניות על כ-82% משכר המינימום במשק.¹⁷²

כיום, אסירים מקבלים תמורה משמעותית עבור עבודה יצרנית, אך תמורה זו נמוכה באופן ניכר משכר המינימום במשק. בעקבות פסיקת בית המשפט המחוזי בפרשת **קריב** - שם נקבע כי תשלום בגובה 14.70 ₪ לשעה לעבודה במפעלי יזם (מחצית משכר המינימום) אינו עומד במבחן הסבירות - עודכנו תעריפי התגמול במפעלים אלו. אמנם, באופן תמוה ומאכזב העדכון לא כלל קטיגוריות תעסוקה נוספות כגון עבודות חוץ או עבודה יצרנית במפעלי יזם. כך, על פי נהלי שב"ס משנת 2021 בעבור עבודה במפעלי יזם (בתוך החומות) התמורה עומדת על 18.9 ₪ לשעה ואילו בעבור עבודות חוץ התמורה נמוכה יותר שכן היא נותרה בגובה 14.70 ₪ לשעה.¹⁷³ תוצאה אבסורדית זו לפיה המינימום המחויב בעבודות חוץ קבוצתיות נמוך מהתשלום המחויב בעבודות יזם אינה רלוונטית ממילא לשיקום הפרטני, שכן התמורה שם מוסדרת בהסכמה בין האסיר ומקבל העבודה (ומאשרת על ידי שב"ס). החשוב לענייננו כאן הוא כי העבודה היצרנית בשיקום חוץ אינה נעדרת תמורה משמעותית; על אף שבשיקום קבוצתי תמורה זו עשויה להיות נמוכה באופן מדאיג משכר המינימום.¹⁷⁴ המציאות התעסוקתית בה עובדים אסירים בשיקום חוץ ובפרט בשיקום הפרטני מעידה על קיומו של מבחן העזר ותומכת בהחלת יחסי עובד-מעסיק. עם זאת, גם רכיב זה אינו קונקלוסיבי ואל מול התגמול שמקבל האסיר יש לבחון גם את היקף תרומתו למקבל העבודה, קרי, את סוגיית הפיריון של האסיר-עובד, אליה נעבור כעת.

3. מבחן התפוקה: בין "תפוקה מינימלית" ו"תפוקה מקסימלית"

התפוקה היא רכיב מרכזי באפיונה של עבודה כשוקית-כלכלית. כזכור, בארצות הברית, תחת גישת הפרודוקטיביות שאימצה את מבחן התפוקה כמבחן בלעדי הוכרו רוב האסירים כעובדים.¹⁷⁵ זאת, מאחר שהמבחן יושם כמבחן יחיד וקבע רף נמוך יחסית של פרודוקטיביות. על פי המבחן הכלכלי-חברתי, בה רכיב התפוקה אינו משמש כמבחן יחיד, יש לאמץ את העמדה האמריקאית לפיה די בתפוקה נמוכה יחסית על מנת לקיים את המבחן. גישה זו מתיישבת עם הפסיקה בפרשת זר אשר אימצה לאחרונה עמדה דומה בהקשר למשתקמים כפי

¹⁷¹ לפי בנק ישראל דו"ח **בנק ישראל 1955** (1956), הרקע להשוואה לשכר הממוצע הוא היעדר שכר המינימום באותן השנים.

¹⁷² לפי בג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 852.

¹⁷³ למעלה מן הנדרש אציין כי הנוהל משקף מציאות אבסורדית ועומד בניגוד לפרשנות הפיזית-גיאוגרפית שניתנה בפרשת שדות לסעיף 48 (ג). על פי פרשנות זו דווקא מחוץ לחומות אמורים תנאי העבודה של האסיר להשתפר שכן בעבודות אלו (בלבד) יועסקו האסירים על פי "תנאים מקובלים". הנוהל גם סותר לכאורה את הפסיקה בקריב שלא ייעד את קביעותיו לחול על מפעלי היזם לבדם ויש לקוות כי יעודכן בקרוב. להרחבה בנושא זה ראו – מילמן-סיון ושגיא "המודל ההיברידי", לעיל ה"ש 12.

¹⁷⁴ לטעמי, מסקנה זו נותרת בעינה גם חרף קביעת השב"ס כי התגמול החודשי בעבודות יצרניות מוגבל עד לתקרה של 3,600 ₪.

¹⁷⁵ זק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 6-925.

שנראה להלן.¹⁷⁶ בניגוד לכך, פרשת נאיף מקדמת גישה כמעט הפוכה בכל הנוגע לרף התפוקה הנדרש ממבצעי העבודה ויוצרת פער לא מוסבר ביחס לאסירים מחד גיסא ולמשתקמים מאידך גיסא, פער שמדגיש את הצורך שבאימוצו של המבחן הכלכלי-חברתי כמבחן אחיד.¹⁷⁷

את העמדה שנקבעה בפרשת זר – המציבה רף נמוך יחסית לתפוקה הנדרשת בעבודה – נכנה גישת "התפוקה המינימלית". וכך קובעת הפסיקה בפרשת זר:

[...] אין לפרש באופן מחמיר מדי את הדרישה לביצוע "עבודה" במסגרת התנאי המקדמי, כך שאין צורך בביצוע עבודה מקצועית דווקא, וגם לא בעבודה שמופקת ממנה בהכרח תועלת כספית ישירה העולה על שכר המועסק, אלא די - בתלות בנסיבות כל מקרה, ואדגיש כי אין מדובר בהגדרה ממצה - בעשייה שהיא חלק מפעילות כלכלית או יצרנית, או כזו המיועדת לסיפוק צרכים של הזולת.¹⁷⁸

ובהתייחס למשתקמים מאמצת השופטת את היכולת התעסוקתית בשיעור של 19% כרף ייחוס:

המחוקק קבע "קו גבול" של יכולת תעסוקה בשיעור 19%, שרק מתחתיה אין להכיר במבצע עבודה כ"עובד" (אך במקביל יש לדאוג לו לזכויות מגן בסיסיות בחקיקה נפרדת).¹⁷⁹ (ההדגשות אינן במקור)

פרשת חיים זר, מתווה אפוא מבחן מרחיב בנוגע למשתקמים, הקובע כי במצבים בהם ניתן לייחס למבצע העבודה פרודוקטיביות (גם נמוכה יחסית) אין לשלול עקרונית את האפשרות להחיל יחסי עבודה. בהמשך, בהתייחס לפסק דין נגר - העוסק באישה שביצעה עבודה נתמכת - קובעת השופטת דוידוב-מוטולה עוד:

פסיקה זו מלמדת לענייננו כי כל מקרה נדון לגופו לפי נסיבותיו העובדתיות הקונקרטיות, וכי כאשר ברי שלא דובר בשיקום בלבד אלא הייתה גם תכלית תעסוקתית לקשר, היינו מערכת יחסים שעניינה ביצוע "עבודה" ממנה נתרם גם המעסיק - אזי יש לראותו כקשר של יחסי עובד-מעסיק (ליישום ראו בעניין ארזי ובעב' (אזורי ת"א) 10973/04 גליה סמו גולשטיין - נעמ"ת [פורסם בנבו] 19.11.06); כן ראו את עניין לזר - שאמנם עסק בזכויות מול המוסד לביטוח לאומי אך בית הדין יצא במסגרתו מנקודת מוצא לפיה כל עוד עבודתו של אדם עם מוגבלות "מביאה תועלת כלכלית למפעל ואין המדובר בתעסוקה פיקטיבית לגמרי" - יש לראותה כעבודה המזכה בשכר, גם אם קיים "מרכיב שיקומי ניכר".¹⁸⁰ (ההדגשות אינן במקור) גם בהקשר למבחן הכלכלי-חברתי יש לאמץ את גישת התפוקה המינימלית בהתאם למגמה העולה מפרשת זר. די ברף נמוך יחסית של תפוקה או תועלת כלכלית שמקבל המעסיק

¹⁷⁶ ודוק, עצם אימוץ התפיסה החדשנית והפרוגרסיבית המשתקפת בפסק דין זר בהקשר לתעסוקת אנשים עם מוגבלויות בפסיקה אינה ערובה לכך כי תפיסה זו תיושם בשטח או כי היא משקפת כרגע את המצב לאשורו בתחום תעסוקת אנשים עם מוגבלויות. אני מודה לד"ר שגית מור על הערה חשובה זו.

¹⁷⁷ ההשוואה של אסירים לאנשים עם מוגבלויות היא מתבקשת ורלוונטית כאן משתי סיבות. ראשית, קיימת זהות מצרית בין שתי הקבוצות שכן רבים מהאסירים הם אנשים עם מוגבלויות. שנית, וחשוב יותר ההצדקה המרכזית להחרגתן של שתי הקבוצות היא כי העבודה מתבצעת לצרכי שיקום.

¹⁷⁸ פרשת חיים זר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 46.

¹⁷⁹ שם, בעמ' 32.

¹⁸⁰ שם, בעמ' 47.

לכאורה כדי לסייע במיקום העבודה בספירה השוקית-כלכלית.¹⁸¹ במילים אחרות, כאשר מדובר בעשייה שאינה "פיקטיבית לגמרי" יש לקבוע כי רכיב התפוקה במבחן המשנה הראשון מתקיים. בניגוד למגמה מרחיבה זו - ניתן לזהות ביחס לאסירים גישה מצמצמת. הגישה שיושמה בפרשת נאיף היא גישה מצמצמת שמציבה רף תפוקה שניתן לכנות מקסימלי. כזכור, נקבע בנאיף כי המטרה המרכזית בהעסקתו אינה כלכלית, בשל המגבלות שהוטלו על עבודתו - מגבלות מהן ניתן להסיק שהנגרייה העסיקה את נאיף "ממניעים ציבוריים". עם זאת, הרושם העולה מהעובדות הוא כי המגבלות שהטיל שב"ס, שתוארו בפסיקה כ"קשות"¹⁸² - פגעו בתרומתו הכלכלית של נאיף למפעל באופן מינורי בלבד (יחסית לעובד מדומיין אחר שאינו אסיר). למרות זאת, נתפסו מגבלות אלו כרכיב חשוב שתמך בשלילת יחסי עובד-מעסיק. על פי גישה זו כל שחיקה/פגיעה בתפוקה מאיינת את תחולתו של משפט העבודה. גם חריגה קלה יחסית מהרף המקסימלי של עובד "רגיל" (רף שכשלעצמו אינו ברור דיו) הופכת את המפעל המעסיק למעין מתנדב. האם יש הצדקה לגישה זו? תפיסה המייחסת כוונה אלטרואיסטית למפעלים שמעסיקים אסירים כהצדקה לתשלום שכר ותנאי עבודה מופחתים למבצעי העבודה היא תפיסה רווחת אך יש לדחותה במסגרת המבחן הכלכלי-חברתי. ראוי לשמר את ההבחנה בין רכיב התפוקה לבין מטרותיהם הסובייקטיבית של מקבלי העבודה, מטרות שאינן רלוונטיות בענייננו.¹⁸³ יתכן שמפעלים ומעסיקים מסוימים אכן בוחרים להעסיק אסירים גם ממניעים אלטרואיסטים טהורים ולצורך הדיון אניח שמקצתם חווים מניע זה כמרכזי להעסקה. בנוסף, אין חולק כי אסירים נתרמים מהאפשרות לעבוד בעבודות חוץ. עדיין, מאחר שתכליתו של המבחן הכלכלי-חברתי מתמקד בשאלה האם מערכת הנורמות המרכזית שחלה על העשייה היא כלכלית-שוקית, ראוי לבחון באופן אובייקטיבי את התפוקה ולייחס משקל נמוך יותר לכוונת הצדדים. את התפוקה יש להעריך בהתאם לגישה המרחיבה שיושמה בפסק דין זה.

לו היתה גישה זו מיושמת בשיקום הפרטני קל היה להסיק שרכיב התפוקה מתקיים.¹⁸⁴ אף אם הפריון מהאסיר-עובד נופל מ"תפוקה מלאה" בשל מגבלות השב"ס אין לשלול את התקיימותו של רכיב התפוקה. יש לבחון כל אסיר באופן פרטני ובפרשת נאיף בחינה כאמור

¹⁸¹ דיון מעמיק על "קו הגבול" הרצוי של תפוקה בהקשר לאסירים ובכלל הוא דיון נדרש אך הוא חורג מגדרי מאמר זה.

¹⁸² הן כללו את הדרישה לאפשר את הגעתם של בודקים משב"ס במהלך שעות העבודה, בודקים שבחנו אם נאיף מקיים את תנאי השיקום, ו"היו מבליטים את נוכחותם בקול רם". מגבלות אלו כללו גם את הדרישה שהמפעל יקבל אישור בכתב יומיים מראש בכל פעם שירצה לשלוח את נאיף מחוץ למפעל, אישור שיכלול את פרטי האיש שילוה את האסיר-עובד למקום ההרכבה, ופרטי הלקוח. אישור דומה נדרש אם התבקשו שעות נוספות, וכן התמודדות עם לקוחות שהלינו בדיעבד, לעיתים, על שליחת אסיר לביתם.

¹⁸³ כבר עמדנו על כך שמבחן המטרה הוא מבלבל בהקשר זה, ראו הדיון בפרק ב.1. לעיל.

¹⁸⁴ גם על פי מבחן מחמיר יחסית, שנדחה בפרשת זו לגבי משתקמים, לפיו תיערך השוואה בין הפגיעה בתפוקה - קרי בתועלת הכלכלית שהמפעלים מקבלים מהעסקת האסירים - לבין התמורה שהם משלמים לאסיר, יש לקבוע כי עבודות החוץ הן פרודוקטיביות. יש להניח כי רובן ככולן של סוגי העבודות שהאסירים מבצעים בתוך החומות יעברו גם מבחן פרודוקטיביות מחמיר כזה. עם זאת, כאמור, לטעמי אין הצדקה להחלה של מבחנים שונים לקבוצות שונות של עובדים. ודוק, גם אם ההנחה שחלק מהמעסיקים אינם מקבלים תמורה מלאה עבור השכר מהאסירים אותם הם מעסיקים, הרי אין בכך כדי לחייב את המסקנה כי אין להחיל על הצדדים יחסי עבודה. כלומר, אין הכרח כי האסיר, שאמור להרוויח משיקום, אמור לספוג את מלוא ההפסד. ניתן היה להניח כי אם מדובר בתעסוקה "משקמת" שעליה אמונה המדינה, הרי שניתן לסבסד חלק "מההפסד" ככל שישנו.

היתה מובילה כנראה למסקנה כי הרכיב מתקיים שכן בהיעדר מידע מיוחד על כישוריו של נאיף ביחס לעובדים אחרים לא ברור כלל כי התועלת הכלכלית מעבודתו היא נמוכה.¹⁸⁵ המשך העסקתו בתקופה שלאחר השחרור מחזקת השערה זו. לסיכום, נראה כי ישנו היבט שוקי-כלכלי מספק בעבודתו של נאיף וכי מבחן המשנה הראשון מתקיים. במקרה כזה עובר נטל ההוכחה אל המעסיק לכאורה אשר ינסה להראות כי קיימת מערכת נורמטיבית חלופית נוגדת ששוללת את מתן סטטוס עובד. נבחן אפוא גם את יישומו של מבחן המשנה השני, כלומר את קיומה של ספירה לבר-שוקית חלופית - השיקום.

ד. המבחן החברתי החלופי: האמנם שיקום?

זה לא טוב. לא היית עובר ככה את הבג"ץ. היית צריך לשלם לו יותר משכר מינימום. אם העבודה זה חלק מהשיקום, אתה צריך להסתכל על תעסוקה כחלק מהשיקום. אם התעסוקה היא לא חלק מהשיקום, תשלם לו שכר מינימום. אי אפשר לאכול מהעוגה ולהשאיר אותה שלמה [...] (ח"כ מירי רגב, יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה, 28 באוקטובר 2014, עמ' 21)

1. שיקום – כללי

התפיסה השיקומית התבססה כאבן יסוד במוסד הכליאה ובתעסוקת אסירים בישראל ושב"ס משקיע משאבים רבים בתחומי השיקום (חינוך, טיפול ותעסוקה).¹⁸⁶ זאת, למרות שבעבר שרת מוסד תעסוקת אסירים גם מטרות לבר-שיקומיות, שחלקן קיימות גם כיום. תזכיר החוק לתעסוקת אסירים קובע כי לתעסוקה מספר מטרות ובכללן שיקום, טיפול ומתן אפשרות לאסיר לתמוך במשפחתו.¹⁸⁷ מטרות אלו עולות בקנה אחד עם תפיסה קרימינולוגית המצביעה על תחום התעסוקה כמהותי בחיי האסירים וכן בעל השפעה ארוכת טווח על תפקוד הפרט לאחר שחרורו.¹⁸⁸ אין מדובר בקביעה של מה בכך לאור תפיסות הפוכות ששגשוגו בישראל ובעולם בעבר הלא רחוק.¹⁸⁹ כך, בפרשת כטיב הבהיר בית המשפט כי תכליתה של עבודת אסירים היא במקצתה כחלק מהעונש ומקצתה כדי למנוע בטלה בבתי הסוהר, שכן בטלה עשויה להוביל להפרת הסדר בבית הסוהר. אכן, תעסוקת אסירים היא כלי יעיל לשמירה על סדר ובטחון ("שקט תעשייתי") שכן היא מאפשרת לאסירים לשחרר מתח

¹⁸⁵ את סוגיית הפריון של אסירים יש לבחון באופן פרטני ובחינה מחקרית כוללת טרם התקיימה בישראל. למרות זאת, אלפי אסירים אינם מקבלים מענה שיקומי. בהקשר זה יש לתת את הדעת להיעדר תהליך ממוחשב, סדור, מתמשך ורצוף של איסוף נתונים, מיפוי צרכים ובחינת אמות המידה להצלחת תוכניות השיקום. מבקר במדינה דוח שנתי 164 לשנת 2013 ולחשבונות שנת הכספים 2012 475 (2014).

¹⁸⁷ תזכיר חוק תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38.
¹⁸⁸ ראו למשל Wozner, Yochanan, *Rehabilitation Efforts In The Israel Prison Service Crime and Criminal Justice, in ISRAEL: ASSESSING THE KNOWLEDGE BASE TOWARD THE TWENTY-FIRST CENTURY* 337 (2012). לאחר תיקון 42 לפקודת בתי הסוהר השקיעה המדינה משאבים רבים לתגבור מערך השיקום בישראל, ראו, למשל, ועקנין, יוחנן, בן-צבי, קתרין, כרמל, תומר, השיקום משתלם: קבלת מעטפת שיקומית בבתי הסוהר והסיכוי לקבל שחרור על תנאי לפני יישום תיקון 42 ואחריו צוהר לבית הסוהר 21 (כסלו תשפ"ב נובמבר 2021) 148 בעמ' 151-150.

¹⁸⁹ ראו מילמן סיון ושגיא "המודל ההיברידי", לעיל ה"ש 12, להרחבה על התקופות השונות בהיסטוריה של עבודת אסירים בישראל.

ולחץ.¹⁹⁰ גם כיום שמירה על סדר ובטחון מהווה מטרה מוצהרת של תעסוקת אסירים. מטרה לבר-שיקומית נוספת בתעסוקת אסירים נוגעת לתרומה הכלכלית שיש בעשייה זו להוצאות אחזקת בתי הסוהר.¹⁹¹ למעשה, קשה לדמיין כיצד יוכלו בתי הסוהר שלא לחרוג משמעותית מתקציבם לו היו נדרשים לשלם שכר שוק או שכר מינימום עבור מכלול העבודות והשירותים אותם הם מקבלים מהאסירים. כך, בייחוד בכל הכרוך לעבודות השת"מ שמבצעים האסירים בתוך ומחוץ לחומות הכלא. למרות שמטרות לבר-שיקומיות אלו הינן חיוניות – כיום נתפסת הגישה השיקומית כמשקפת את תכליתה המרכזית של תעסוקת אסירים בישראל.

ספקנות לגבי מרכזיותן של תפיסות שיקומיות בפרקטיקות של תעסוקת אסירים הלכה למעשה עמדה ביסוד חלק מהביקורות שהוטחו במוסד תעסוקת האסירים על גלגוליו השונים בארץ ובעולם. כך, מחקרים קרימינולוגיים בעולם מבקרים את התעסוקה מאחורי הסורגים בין היתר בשל זיהוייה עם שוק כלכלי שלא דווקא פועל על פי מטרות שיקומיות.¹⁹² בנוסף, תפיסות פרוגרסיביות של המאסר בכלל¹⁹³ ותעסוקת אסירים בפרט גורסות כי יש למגר את רעיון המאסר וכי ככלל על מערכת אכיפת החוק לקדם שיטות ענישה חלופיות. יש גם מבקרים המרחיקים לכת עד כדי הטלת ספק ברציית המונח "שיקום" - וכפי שציננה בצדק השפטת דוידוב מוטולה בהקשר לתעסוקת אנשים עם מוגבלות - מדובר במונח שנוי במחלוקת.¹⁹⁴ ביקורות אלו הן חשובות וראויות ואולם קצרה היריעה מלדון בהן כאן באופן ממצה.

לצרכי מאמר זה אתייחס למוסד הכליאה כנתון ובמסגרת זו אניח כי ניתן לזהות בתעסוקת אסירים מטרות שיקומיות. מחקרים רבים הראו כי תעסוקת אסירים היא בעלת פוטנציאל שיקומי ובישראל, למשל, פוטנציאל זה הוכח לגבי שיקום חוץ קבוצתי ופרטני.¹⁹⁵ נאמץ גישה זו כהנחת מוצא ונתמקד במטרה השיקומית - כמטרה החלופית היחידה הרלוונטית לצורך יישומם המבחן החברתי החלופי. זאת, מאחר שלא ברור אם המטרות הלב-שיקומיות

¹⁹⁰ תזכיר חוק תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38, בעמ' 1: "תעסוקת האסירים מהווה כלי יעיל לשמירה על סדר, ארגון ושקט מאחר שהיא מאפשרת לאסיר לשחרר מתחים ולחצים..."

¹⁹¹ כך למשל קובעת במפורש גב' נאוה מימון (המשנה ליועמ"ש שירות בתי הסוהר) לפי פרוטוקול ישיבה 568, לעיל ה"ש 50: עבודות השת"מ גם "מכניסות אסירים למסגרת" וגם מסייעות באחזקת הכלא."

¹⁹² כך, למשל, נטען לאחרונה במחקר שנערך בצ'כיה כי תיעודף התעסוקה על פני תוכניות טיפוליות כגון טיפול בתראומה, אף פוגע בפוטנציאל השיקום של אסירים. ראו Jiří Mertl, *Prison Employment and Its Conflict with Therapeutic and Counselling Programmes: The Experiences of Czech Prison Personnel*, EUR. J. CRIMINOL. (April 2021) <https://doi.org/10.1177/14773708211012624>.

¹⁹³ להרחבה על גישות השוללות את המאסר כצורת ענישה, ראו DAVID SCOTT, *AGAINST IMPRISONMENT: AN ANTHOLOGY OF ABOLITIONIST ESSAYS* (2018). ראו גם מאמרים בכרך

המוקדש לגישות אלו: Symposium, *Prison Abolition*, 132 HARV. L. REV. (2019). עמדה על כך השופטת דוידוב-מוטולה, בצטטה את המלומדת מור: "גם לא נעלם מעיני כי עצם השימוש במונח

¹⁹⁴ "שיקום" עלול להתפרש כ"נטוע בתפיסה פטרונית, שיקומית וסרגטיבית, שאינה הולמת עידן של זכויות" (שגית מור, עשרים שנה לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות - קווים לדמותה של מהפכה משפטית בהתהוות, משפט וממשל כ' 267 (2019); להלן: מור), אך זהו עדיין מונח משמעותי במסגרת חוק השיקום, מכוחו הופנה המערער למת"ש, ומשכך ייעשה בו שימוש (כאשר ממילא ניתן להניח כי קיימים מובנים שונים ל"שיקום", לרבות כאלה התואמים את עקרונות היסוד של חוק השוויון). "פרשת חיים זר, לעיל ה"ש 8, עמוד 31.

¹⁹⁵ אלישע, לעיל ה"ש 50.

האחרות שהוזכרו יכולות להצדיק את החרגתם של אסירים מתחולת משפט העבודה. הפסיקה אינה רשאית לשלול יחסי עובד מעסיק על סמך קושי כלכלי של המעסיק וספק אם היא יכולה לעשות כן משיקולי מדיניות אחרים שאינם מהווים מערכת נורמטיבית לגיטימית כוללת כגון שמירה על הסדר בבית הסוהר.¹⁹⁶ חידודה של עמדה זו היא אחד מיתרונות אימוצו של המבחן הכלכלי-חברתי. השאלה היא, אם כן, האם ניתן לזהות בעבודות החוץ את ההיבט השיקומי? וזאת, במובחן מההיבט הכלכלי-שוקי? האתגר שמקשה על מענה משפטי ראוי לשאלה זו הוא כפול: הצורך בהבחנה ברורה ובהירה בין קטיגוריות התעסוקה השונות והמשגת תכלית השיקום בהקשר לכל אחת מקטיגוריות אלו.¹⁹⁷

התייחסות מובחנת למגוון קטיגוריות התעסוקה ב"מנעד התעסוקתי" הקיים תחשוף את מה שאכנה "פרדוקס השיקום" בהקשר לדיני העבודה. כזכור, מטרתו של המבחן החברתי החלופי היא לזהות סממנים של מערכת נורמטיבית בעלת הגיון פנימי מארגן מובחן מהעקרונות השוקי-כלכלי. ואולם, אם התכלית השיקומית בתעסוקת אסירים היא שילובו של האסיר בשוק החופשי הרי שהשיקום פועל במידה רבה "דרך השוק". לכן, בהקשרים רבים – בה בעת שסממני השיקום נוכחים במידה הגבוהה ביותר בקטגוריה מסוימת במנעד התעסוקתי – הרי שבהכרח נוכחים שם במידה הגבוהה ביותר גם סממני השוק. כך, סממני השוק המובהקים שזיהינו במסגרת השיקום הפרטני הם הגורמים לכך שעבודה זו היא גם המשקמת ביותר מבין קטיגוריות המנעד התעסוקתי. כיצד ניתן אפוא להצדיק את החרגת האסירים ממשפט העבודה בשל היותה "המטרה העיקרית" לא שוק אלא שיקום? נציע לבחון את "פרדוקס השיקום" על ידי הבחנה בין "שיקום כתעסוקתיות" לעומת "שיקום כטיפול".¹⁹⁸ שתי משמעויות אלו לשיקום נדונו בהרחבה בהקשר למשתקמים במפעל מוגן.

¹⁹⁶ השוו לעמדתה של הסניגוריה הציבורית בהקשר לתזכיר חוק תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38, אשר מציין מפורש מטרת נוספות לעבודת אסירים, מטרת שאינן שיקום גרידא: "אנו מקבלים שלתעסוקת אסירים גם מטרת אחרות זולת שיקום... ולדעתנו יש להבהיר באופן ברור כי המטרה המרכזית מבין המטרות הנזכרות היא שיקום האסיר. וככל שהכוונה להגדיר את מטרת השיקום כמטרה שוות משקל ליתר המטרות הנזכרות בפתח לדברי ההסבר, הרי שלא ניתן לעשות שימוש, כפי שנעשה בתזכיר במספר הקשרים, במטרת השיקום כשיקול משמעותי לפגיעה בזכויות האסיר. למשל, כשיקול לביטול יחסי עובד-מעביד או להפחתה בתגמול המגיע לאסיר." "הערות הסניגוריה הציבורית לתזכיר חוק לחיקון פקודת בתי הסוהר (תעסוקת אסירים), התשע"א-2010" 2 (חוות דעת של הסניגוריה הציבורית, 9.11.2010). בעוד שברי כי קשיים כלכליים של מעסיק פוטנציאלי אינם יכולים להיות רציונל חלופי, דיון עומק בסוגיית השמירה על הסדר בבתי הסוהר כרציונל חלופי חורג ממסגרת המאמר.

¹⁹⁷ כל ניסיון להמשיג במדויק את משמעות השיקום בהקשר התעסוקתי של עבודת אסירים יתקל מיד במורכבותו של מושג זה והמשגה כזו חורגת מגדרי המאמר. מטרתו של פרק זה הוא להצביע על חשיבותו של הדיון הפסיקטי בהקשר לתעסוקת אסירים ולהעיר מספר הערות ראשוניות לגבי האופן שבו נדון המונח עד כה במשפט, כבסיס לדיון עתידי כאמור. מדובר בדיון שונה מהדיון הקיים בספרות הקרימינולוגית שמתמקדת בבחינת תעסוקת אסירים כפונקציה של הירידה ברצידיביזם.

¹⁹⁸ ודוק, יתכן תיאורטית שהבחנה בין שני הפנים של השיקום בתעסוקת אסירים היתה יכולה להיווצר ולדון גם במסגרת "מבחן המטרה" (אני מודה לקוראים האנונימיים ולחברי המערכת על הערה זו). עם זאת, העובדה היא שבמשך עשרות השנים בהם הופעל מבחן המטרה ביחס לתעסוקת אסירים דיון מעמיק כאמור טרם נוצר. לטענתי, אין תימה שדיון כאמור לא התרחש שכן מבחן המטרה אינו מכוון את הפסיקה להעמקה מסוג זה. זהו אחד מיתרונות המבחן הכלכלי-חברתי, אשר מייחד את השלב השני באופן מפורש לדיון מעמיק ברציונל החלופי (כאן, שיקום) ועל כן שימוש בו יעודד העמקה והבחנות דומות גם בהקשרים של התנדבות, הכשרה תעסוקתית והתמחות וכלל ההקשרים של המועסקים המיוחדים.

2. בין תעסוקתיות לטיפול ופרדוקס השיקום

הספרות מבדילה בין שני היבטים מובחנים ל"שיקום" בהקשר לתעסוקה במפעל מוגן.¹⁹⁹ מובן אחד נוגע לשיקום כמסוגלות תעסוקתית, או תעסוקתיות (employability). בתמצית, מטרת התעסוקה כאן היא להכין את האדם עם המוגבלות לתעסוקה בשוק החופשי על ידי הקניית קשת של יכולות וכישורים למבצעת העבודה שיאפשרו לה לקבל ולשמור על מקום עבודה בשוק.²⁰⁰ לעומת זאת, שיקום כמובן טיפול מתמקד בהענקת איכות חיים למי שאינם יכולים לעבוד בשוק החופשי. מבצעי עבודה ששיקומם מתמקד בטיפול יועסקו בתנאים מוגנים למטרות טיפוליות שאינן ייצור שוקי. ההבחנה בין שני היבטים אלה תסייע גם לדיון בנוגע לתעסוקת אסירים.

הבנת השיקום כ"תעסוקתיות" במאסר תיחס ערך שיקומי רב לעבודה ככל שזו תהיה שוקית-כלכלית, יצרנית, ובעלת סיכוי גבוה להמשך ההעסקה באותו מקום לאחר השחרור ממאסר. מוסד תעסוקת האסירים בישראל משקף במידה רבה הבנה כזו של שיקום. כזכור, המדרג התעסוקתי בשב"ס מובנה כסולם של "שלבי שיקום" בהם "מטפס" האסיר - החל מעבודות השת"מ ועד עבודות החוץ - כאשר השלב האחרון במדרג הוא עבודה כמעט עצמאית לחלוטין בשוק במסגרת השיקום הפרטני. העבודה בשלב אחרון זה מגלמת את פוטנציאל השיקום המשמעותי ביותר שכן זוהי ההכשרה הטובה ביותר לעבודת שוק.²⁰¹ היבט התעסוקתיות מתבטא כאן גם בסיכוי שהמעסיק ימשיך את ההעסקה גם לאחר השחרור ממאסר. כך קרה בפרשת נאיף ומחקרים מראים כי מעסיקים שהעסיקו אסירים בישראל במסגרת עבודות-חוץ הביעו נכונות להמשיך ולהעסיקם גם בעתיד ב-50% מהמקרים.²⁰² בכך ישנה תרומה חשובה להתגברות על הקושי של אסירים למצוא עבודה לאחר השחרור.²⁰³ מיקוסם ה"תעסוקתיות" היא אפוא מטרה שיקומית מרכזית של השב"ס והיא מתממשת,

¹⁹⁹ אריק רימרמן ושרי כץ "מדיניות התעסוקה המוגנת כלפי אנשים עם מוגבלויות קשות בארצות המערב ובישראל: סקירה ודיון" **ביטחון סוציאלי** 65 (2004).

²⁰⁰ יוסי תמיר וזהר נוימן **מסוגלות תעסוקתית ועידוד תעסוקה: השלכות למציאות הישראלית** 4, 6 (נייר עמדה 22, קבוצת המחקר במדיניות חברתית, בית הספר לעבודה סוציאלית ע"ש פאול ברוואלד, האוניברסיטה עברית בירושלים 2007).

²⁰¹ לתפיסה זו של שיקום כתעסוקתיות ראו, למשל, את דבריה של מירי פרנקל שור (יועמ"ש לוועדת חוץ וביטחון של הכנסת) בפרוטוקול ישיבה 568, לעיל ה"ש 50, בעמ' 8, כי ברור שעבודות השת"מ אינן שיקומיות. באותו דיון אומרת גם רחלה אראל (נציגת האקדמיה) כי היא מטילה ספק בכך שעבודות שת"מ אכן משקמות, מאחר שהן לא מציינות את האדם בכלים לאחר שחרורו. דומה כי התפיסה שעולה מהדברים אלו היא שיקום כתעסוקתיות.

²⁰² אורי תימור ואפרת שהם "עמדות כלפי חזרה של אסירים משוחררים לקהילה" **קרימינולוגיה ישראלית** ג 81, 96-8 (2014); Ronit Peled-Laskov & Uri Timor, *Working behind bars: Employed Prisoners' Perception of Professional Training and Employment in Prison*, 7 INT. J. CRIMINOL. SOCIOLOG. 1 (2018).

²⁰³ בישראל 50% מהמועמדים לתפקיד ידחו אם יש להם עבר פלילי כלשהו. אחוז זה עולה לכ-90% אם ביצע האסיר המשוחרר עבירה חמורה. אולם, עדיין ניתן לומר שמדובר בנתון אופטימי ביחס למדינות אחרות. למשל, באנגליה לכ-75% מהאסירים המשוחררים אין מקור תעסוקה מובטח. ראו: דוידסקו וולק, לעיל ה"ש 83. עפ"י נתוני הרשות לשיקום האסיר עולה כי בשנת 2010 רק 46% אחוזים מהאסירים המשוחררים מצליחים למצוא עבודה לאחר השחרור מהכלא. ראו: הרשות לשיקום האסיר **סיכום שנת עבודה 2010** 46 (2011).

כנראה, בשיקום הפרטני.²⁰⁴ בו בעת השיקום הפרטני מגלם היטב גם את פרדוקס השיקום - בשל נוכחות הסממנים השוקיים במסגרת זו.

העבודות המתבצעות מחוץ לחומות הן העבודות המשקמות (במובן התעסוקתי) וגם השוקיות- כלכליות ביותר. מכיוון ששיקום כ"תעסוקתיות" פועל "דרך השוק", הרי שמימוש התעסוקתיות חופפת למעשה לספירה השוקית-כלכלית. עבודות אלו הן שמקנות לאסירים כישורי עבודה נחוצים להשתלבות מחודשת בשוק העבודה, ומכילות אותם לחזור אל "העולם שבחוץ". הכנה זו היא שיקומית גם לאור ההנחה שקשרים ושיתוף פעולה עם העובדים האחרים שאינם אסירים יסייעו בידם להפנים ערכים ודרכי פעולה נורמטיביות.²⁰⁵ העובדה שמדובר בעבודות שבהן האסירים גם מרוויחים את המשכורת הגבוהה ביותר תורמת אף היא לאפיון כמשקמות. זאת לעומת עבודות השת"מ - בהן דומה שהתעסוקתיות מתקיימת במידה הפחותה ביותר - ושבו בעת נעדרים מהן גם חלק מהסממנים השוקיים-כלכליים שניתן לזהות בעבודות החוץ.²⁰⁶ כך, בעת שלפי מבחן המטרה סממני השוק אמורים (לכאורה) להתמעט או לדעוך ככל שהמטרה החלופית (שיקום) מתחזקת - שהרי מדובר במטרות מתחרות והמבחן נועד "לגלות" את המטרה "העיקרית" - הרי שבמסגרת עבודת אסירים שתי המטרות כרוכות זו בזו. השיקום הפרטני הוא מסגרת העבודה המשקמת ביותר (במובן תעסוקתיות) ואולם גם המטרה השוקית-כלכלית נוכחת בה באופן הברור ביותר. אין תימה

²⁰⁴ מחקרים בארץ ובעולם אינם חד משמעיים לגבי היחס בין עבודה ורצידיביזם, בין היתר בשל מגבלות מתודולוגיות וכן ההבדלים בין קטגוריות עבודה מסוגים שונים. עם זאת, חלק מהמחקרים מצאו קשר ישיר בין תעסוקה בכלא לבין ירידה מסוימת בשיעורי הרצידיביזם והשב"ס מצביע את הגדרת שיעורי התעסוקה כמטרה מרכזית. ראו למשל: David Weisburd et al., *Reinforcing the Impacts of Work Release on Prisoner Recidivism: The Importance of Integrative Interventions*, 13 J. EXP. CRIMINOL. 241 (2017); Kerry M. Richmond, *The Impact of Federal Prison Industries Employment on the Recidivism Outcomes of Female Inmates*, 31 JUSTICE Q. 719 (2014); Kathleen E. Maguire, Timothy J. Flanagan & Terence P. Thornberry, *Prison Labor and Recidivism*, 4 J. QUANT. CRIMINOL. 3 (1988); Grant Duwe & Susan McNeeley, *The Effects of Prison Labor on Institutional Misconduct, Postprison Employment, and Recidivism*, 5 CORRECTIONS 89 (2020).

²⁰⁵ תאוריית השיקום של קרייסי (Differential Association and Rehabilitation) דנה בצורך זה מתוך פרספקטיבה לפיה ניתן לשקם עבריינים ולהחזירם למוטב באמצעות מסגרות מתאימות. התאוריה דנה בתהליך של שיקום דרך חיבור מחדש (Re-socialization). תיאוריה זו ממשיכה את התיאוריות הקלאסיות (The classical theory) המדגישות את האדם כבוחר את מעשיו (אדם תבוני) ולומד מהחברה (differential association) ואם כך הדבר, יש לספק את התנאים האופטימליים לבחירות חיוביות. על מנת לעשות כן, על המוסד לספק תנאים חלופיים מהתנאים שהעבריין הכיר עד כה בחייו, ולייצר קבוצה חיובית להזדהות שהעבריין יבחר ללמוד ממנה. EDWIN H. SUTHERLAND, DONALD R. CRESSEY & DAVID F. LUCKENBILL, *PRINCIPLES OF CRIMINOLOGY* (1992).

²⁰⁶ חגית לרנאו, עו"ד מטעם משרד המשפטים, אומרת דברים דומים: "כשמדובר על תעסוקת אסיר התפיש צריכה להיות הכשרה לעבודה בחוץ. אם הוא מכשיר אותו רק לנקות שולחנות, אז אולי זה חשוב לחיי הכלא, אבל אין לזה ערך שיקומי... שהחוק מקבע מצב קיים, הוא לא דוחף את שב"ס לשלב הבא של לחשוב מוכוון יותר ונכון יותר על תעסוקה. אני זוכרת שבדיונים הראשונים הדברים האלה נאמרו במפורש על ידי אנשי שב"ס. הם אמרו: מה שאותנו מעניין זה מה שקורה בכלא..." פרוטוקול ישיבה 390 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19, 4 (28.10.2014) (להלן: פרוטוקול ישיבה 390). השווה עם דבריה של מירי רגב בישיבה זו, או בתפקידה כיו"ר הוועדה, המצוטטת בתחילת פרק זה.

איפה שפרשת זר מכירה באפשרות ששתי המטרות תקיימנה במקביל: ניכר ששיקום במובן תעסוקתיות מתממשת באופן המיטבי ככל שהעבודה יותר "שוקית".²⁰⁷ פרדוקס השיקום מבהיר את הקושי שבתפיסת "שיקום כתעסוקתיות" כמטרה חלופית מובחנת, כזו השוללת את ההיגיון המארגן השוקי-כלכלי.

דומה כי תפיסת ה"שיקום" כמטרה חלופית מובחנת במובנה במבחן המשנה השני, מתיישבת טוב יותר עם תפיסה של שיקום במשמעות הקרובה יותר ליעד של טיפול. תפיסה שיקומית כזו נועדה להעניק איכות חיים לאנשים עם מוגבלויות והשיקולים לקיומה של עבודה במסגרת כזו אינם שיקולים יצרניים. תפיסה כזו מאפשרת לכל אדם המעוניין בעבודה לעסוק בעשייה מותאמת ובכך יתרונה. שיקולים כלכליים-יצרניים אינם נוכחים ועל כן עובדים לא פרודוקטיביים אינם מודרים מהמסגרות הרלוונטיות. שימוש במונח "שיקום" שאינו מבחין בין שתי משמעויות אלו מקשה על גיבוש עמדה ברורה ביחס לתעסוקת אסירים. תפיסה המזכירה שיקום כטיפול עולה בנוגע לאסירים בהקשר לאסירים עם מוגבלויות, אסירים הזקוקים לגמילה, אסירים שלא עבדו מעולם וכאלו שמתקשים מסיבות שונות לסגל לעצמם הרגלי וכישורי עבודה מינימליים. במקרים אלו מטרתה של תעסוקת אסירים היא להקנות להם שגרה והרגלי עבודה בסיסיים - מטרה שלא תוכל להתממש במסגרת הכללים הנוקשה בהם חייבים האסירים לעמוד במפעלים יצרניים ולכן מדובר כאן בתעסוקה המזכירה היבטים של שיקום כטיפול. תפיסה כזו אינה שוללת בהכרח את קידומו של יעד התעסוקתיות, על ידי יצירת שגרה שעוזרת להפנמת הרגלי למידה ועבודה. עם זאת, תרומה כאמור תהיה תוצאת לוואי של העבודה בלבד, ולא המטרה המרכזית שלה בטווח הקצר. עמדה קרובה קיימת גם בהקשר אירופאי.²⁰⁸

סוג העבודות שמוזכר לרוב בהקשר לתפיסה זו הוא עבודות השת"מ והצורך להקנות לאסירים הרגלי עבודה מוזכר לעיתים כמצדיק את התגמול המזערי שניתן בגינן. טענת

²⁰⁷ ראו, למשל, סקירה עדכנית על יתרונות עבודות החוץ (אשר נערכות מחוץ לבית הסוהר ובדרך כלל במסגרת שוקית) במאמרו של וויסבורד לעיל, בה"ש 202, עמ' 243-244. בעוד שהמחקרים לגבי תעסוקת אסירים ורצידיביזם מצביעים לעיתים על תוצאות סותרות, קיימת עמדה שמצביעה על כך כי מציאת תעסוקה לאחר מאסר, בעיקר בתנאי עבודה טובים ובשכר נאות, עשויה להוריד רצידיביזם. ראו, למשל, Lageson, Sarah & Christopher Uggen, *How Work Affects Crime—And Crime Affects Work—Over The Life Course*, in HANDBOOK OF LIFE-COURSE CRIMINOLOGY, 201 (Springer, New York, NY, 2013).

²⁰⁸ "Work programmes in prisons are justified not so much by the rehabilitation they offer but rather by the fact that they occupy the time of prisoners, provide them with an income and facilitate prison control. Therefore, although the work does not aim for rehabilitation, it contributes to it indirectly. The studies by Miguélez et al. (2007) and Guilbaud (2008) reach similar conclusions and confirm the important role of work in structuring the daily lives of prisoners and in teaching behavioral patterns and habits such as self-discipline, punctuality, responsibility and evaluation of effort. **Work programmes have an educational and therapeutic function** that is at first invisible but is essential for the acquisition of values linked to **resocialization and reintegration in society.**" Ramon Alós, Fernando Esteban, Pere Jódar & Fausto Miguélez, *Effects of Prison Work Programmes on the Employability of Ex-Prisoners*, 12 EUR. J. CRIMINOL. 35 (2015).

השב"ס היא כי רכישת הרגלי עבודה וקבלת אחריות בביצועה יאפשרו לאסיר להשתלב בעתיד בשוק העבודה בעתיד ולכן מדובר בכלים שיקומיים.²⁰⁹ שאיפה עתידית זו מכילה גם היבטים של שיקום כתעסוקתית, אולם בטווח הנראה לעין, הנורמות שניתן להחיל על אסירים רבים שנעדרים הרגלי עבודה דומות יותר למערכת המתנהלת על פי תפיסת השיקום כטיפול. ואכן, לחלק מהאסירים שמתקשים להשתלב בעבודה - האפשרות לעבוד בעבודות שת"מ מהווה שיפור ניכר באיכות חייהם. האפשרות לשילוב הדרגתי במסגרת אליה הם אינם רגילים, הן מבחינת שעות העבודה והן מבחינת הסלחנות לטעויות, כמו גם ההדרכה הצמודה שניתן להעניק אך בספירה חברתית שאינה שוקית-כלכלית, עשוי להיות צעד חשוב בתהליך הפנמת התנהגות נורמטיבית ויציאה ממעגל הפשיעה. לעיתים זוהי גם העדפתם של האסירים עצמם. סקר שבדק את העדפותיהם של אסירים מצא שכ 20% מהאסירים העדיפו עבודות תחזוקה וניקיון על פני עבודה מקצועית יותר כגון נגרות וטקסטיל.²¹⁰

עם זאת, דומה כי במציאות התעסוקתית של אסירים בישראל ההיבט הטיפולי תופס מקום שולי בלבד גם במסגרת השת"מ. נזכור כי פחות ממחצית מכלל הכלואים נמצאים מתאימים לעבודה כך שלמצער חלק מהאסירים שעובדים, יש להניח, מסוגלים לבצע עבודות כלכליות. אכן, הנורמות שחלות על חלק מעבודות השת"מ דומות יותר לנורמות טיפוליות (מבחינת האחריות הנמוכה, הפיקוח המוגבר, שעות העבודה המעטות וכדומה) ואולם עבודות השת"מ כוללת גם קטיגוריות עבודות אחרות. כך, הנחיות בתי הסוהר מבחינות בין שלושה סוגים מרכזיים של עבודות שת"מ: בתוך כותלי בית הסוהר, מחוץ לכותלי בית הסוהר ואסירי עבודה. אמנם **הקבוצה הראשונה** עוסקת בפעילות הקשורה לסביבת החיים של האסירים (לדוגמה – עבודות המטבח והניקיון), אך היא כוללת גם עבודות מורכבות יותר כגון אסירים המשמשים כמורים או אסירים שעובדים באחזקת וטיפול המתקן (בינוי). **הקבוצה השנייה**, עבודת שת"מ מחוץ לכותלי בית הסוהר, כוללת הן עבודות לצרכי הפעלת בית הסוהר (לדוגמה – טעינת ופריקת מזון) והן עבודות המשרתות את כלל שב"ס (לדוגמה – תחזוקת כלי רכב). בשתי הקבוצות ניתן למצוא עבודות מקצועיות כגון עובדי תחזוקה ובינוי (חשמל, שרברבות, תחזוקת כלי רכב) וגם עבודות מורכבות וקשות כגון תמיכה באסירים סיעודיים.²¹¹

הקבוצה השלישית היא אסירי העבודה. מדובר בקבוצה של אסירים פלייליים אשר משוכנים

²⁰⁹ לדוגמה, ניסים קשי, ראש מערך התעסוקה בזמנו, מתאר בוועדת הכנסת שעסקה בהצעת לחיקון פקודת בתי הסוהר: "יש את התחום החברתי שנקרא הקניית הרגלי עבודה. עכשיו אני מחזיר את כולכם לסיפור של השת"מ. לקום בבוקר, ללכת לעבוד במטבח, לעבור קורס הכשרה בתחום הטבחות, לעשות עבודות במטבח, on-the-job training, כל זה הקניית הרגלי עבודה." (פרוטוקול ישיבה 390, לעיל ה"ש 206). דוגמה נוספת מתרחשת כאשר יו"ר הוועדה, אמנון כהן שואל האם שת"מ הוא שיקום ועודד ברוק, עוזר ליועמ"ש שירות בתי-הסוהר, עונה כי "זה גם שיקום, כן, כי זה מוציא את הבן-אדם לעבודה, זה מחנך אותו לעבודה, זה מלמד אותו, וזה הליך ראשוני בדרך להמשך העבודה במסגרות." (פרוטוקול ישיבה 568, לעיל ה"ש 50).

כך עולה גם מדבריה של עו"ד נאוה מימון, משנה ליועמ"ש, שירות בתי-הסוהר, המשרד לביטחון פנים, אשר קובעת בוועדה כי עבודות השת"מ מלמדות את האסירים לקחת אחריות: "עבודות שת"מ, שזה שירותים, תחזוקה ומטבחים, בשבילם זה גם להכניס אותם למסגרת, זה שלב ראשון בשיקום. האנשים האלה לא יודעים מה זו אחריות" (פרוטוקול ישיבה 568, לעיל ה"ש 50).

²¹⁰ דוידסקו וולק, לעיל ה"ש 83, בעמ' 8.

²¹¹ ס' 15-ט, 16 ד ו- 28 לפקנ"צ 04.62.00 "כללים בדבר תעסוקת אסירים בבתי סוהר ומחוזן להם" (1.8.2001), עורכן ב-6.4.2017).

באגפים או בכתי כלא בהם אין אפשרות להעסיק את הכלואים (ביטחוניים, עצורים), ועל כן אסירי עבודה הם המבצעים בה את עבודות השת"מ. קבוצה זו מדגימה, בין היתר, את ההכרח הכלכלי של עבודה זו.

ראינו אפוא שעבודות השת"מ כוללות מגוון רחב של מטלות שחלקן דורשות רמה מקצועית גבוהה או יכולות שנרכשו מחוץ לכותלי בית הסוהר שיש להניח כי שב"ס היה נאלץ לשלם לגורמים חיצוניים תמורתן לולא היו מבוצעות על ידי אסירים. מכיוון שהתגמול תמורתן מזערי וקטן משמעותית משוויין האמיתי בשוק דומה כי עבודות אלו תורמות בעיקר להיתכנות הכלכלית של בתי סוהר ורק בחלק מהמקרים ירכשו כך האסירים הרגלי עבודה בפעם הראשונה. ניכר אפוא שה"תעסוקתיות" הוא ההיבט המרכזי ביחסו של שב"ס לשיקום ועל כן המערכת החלופית שאת סממניה נזהה לצורך המבחן כלכלי-חברתי תכלול לרוב פרקטיקות המחזקות את סיכויי האסיר למציאת תעסוקה בשוק החופשי ויסייעו לו בבניית חיים נורמטיביים. סממנים כאמור אינם מחויבים להימצא בלעדית במקומות עבודה בשוק והם עשויים לכלול למשל: קשר הדוק בין ההכשרה וסוג העבודה שאסירים מקבלים לבין הזדמנויות התעסוקה בקהילה; עבודה אשר מדגישה ומאפשרת לתרגל "כישורים רכים", קרי כישורים שאינם טכניים וספציפיים לתעסוקה וסוג עבודה ספציפי, עבודה אצל מעסיקים אשר עשויים להמשיך ולהעסיק את האסיר.²¹² תפיסת השיקום כטיפול, או כהקניית הרגלי למידה ואחריות, מנגד, עשויה לקדם שיקום במקרים ספציפיים לדוגמה אם האסיר לא עבד מעולם וקיימות אינדיקציות קונקרטיות שהוא חסר כישורי עבודה בסיסיים. במקרים אלה יוכל השב"ס בנקל להוכיח כי השיקום אכן מייצר מערכת נורמטיבית חלופית נוגדת וכי יש לשלול את תחולת דיני העבודה על פי המבחן הכלכלי-חברתי. עם זאת, מערכת חלופית נוגדת כזו אינה מתקיימת בעבודות החוץ.

לסיכום, האלמנטים המשקמים שתעסוקת חוץ מספקת הם בדיוק ההיבטים השוקיים-כלכליים כדוגמת הרצף התעסוקתי, היותה של העבודה מקצועית וההתערות בקרב עובדים שאינם אסירים.²¹³ התקיימותו של רציונאל השיקום אינו שולל מעיקרו את קיומם של רציונאלים כלכליים-שוקיים, שכן הפרקטיקות המודרניות של תעסוקת אסירים השתחררו מתפיסות עונשיות או דתיות של תעסוקת אסירים (עבודה ככפרה על חטא). להיפך, ראינו כי

²¹² Kerry M. Richmond, *Why Work While Incarcerated? Inmate Perceptions on Prison Industries Employment*, 53 J. OFFENDER REHABIL. 231 (2014). במחקרו של ריצ'מונד האסירים התלוננו על חוסר הקשר בין ההכשרה שהם מקבלים בכלא לבין הזדמנויות התעסוקה בקהילה. מבלי להתיימר למצות את הדיון, בהקשרים אחרים כגון תוכניות לעידוד תעסוקה בשוק העבודה בישראל באופן כללי, ניתן לזהות מספר סממנים כאלו. התפיסה בעולם כיום מעידה כי הדגש בהקניית מסוגלות תעסוקתית עבר למרכיב הכישורים ה"רכים" (soft skills) "כמקבץ מיומנויות אישיותיות הנוגעות בתכונות אופי ובמוטיבציות שמעבר למיומנויות פורמליות דוגמת הכשרה מקצועית ובמיוחד כאשר מדובר בעובדים בלתי מיומנים. כלומר, אסטרטגיה של פיתוח הון אנושי". כשורים רכים אלו עשויים לכלול, למשל, "יכולות למידה, יצירתיות, בטחון עצמי, יכולת עבודה בצוות, כישורים חברתיים, יכולת הסתגלות לשינויים ולסביבות עבודה שונות, אחריות אישית, משמעת עצמית ועוד". תמיר ונוימן, לעיל ה"ש 2008, בעמ' 7.

²¹² לרכיב זה חשיבות רבה שכן רוב הסיכויים שהכשרה שניתנה בבית הסוהר לא תייתר הכשרה ספציפית נוספת שתידרש אצל המעסיק. תמיר ונוימן, לעיל ה"ש 200, בעמ' 44-45.

²¹³ וויסבורד ואח', לעיל ה"ש 2042, מדגימים כי אחד הרכיבים המרכזיים שתורמים לטענת האסירים לכך שעבודות החוץ תרמו להשתלבותם בחברה היא ההתערות בקרב עובדים שאינם אסירים.

היבטים רבים של שיקום תלויים בכך שהעבודה היא כלכלית ביסודה.²¹⁴ דומה שבשל כך הצעת החוק לעיל מבקשת להגדיר את האסירים בשיקום פרטני כעובדים.²¹⁵ גם בהיעדר הוראה חוקית כאמור על הפסיקה לקבוע כי ההיבטים השיקומיים של תעסוקת אסירים – למצער בשיקום הפרטני – אינם שוללים את ההיבטים הכלכליים ואין מנוס מהגדרתם של אסירים העובדים בשיקום הפרטני כעובדים.

יישומו הנכון של המבחן הכלכלי-חברתי יוביל כבר כעת להכרה בתחולתם של יחסי עבודה מלאים בשיקום פרטני, ללא צורך בשינוי חקיקתי. קבלת עמדה זו תוביל בהכרח לזניחת העקרון שעצם הסטטוס של אסיר מונע את החלתם של דיני העבודה. מכאן שבדומה לאנשים עם מוגבלויות, גם בהקשר לאסירים יש לבחון באופן פרטני את תחולתם של יחסי עובד-מעסיק של אסירים בכל מקרה ומקרה. עמדת העקרונית היא כי אין מניעה להכיר גם בעבודת שיקום קבוצתי ובתנאים מסוימים גם בעבודות היצרניות המתקיימות בתוך חומות הכלא כמכוננים יחסי עובד מעסיק עם בעלי המפעל.²¹⁶ יש לקיים גם דיון ברמת המאסר לגבי חלק מעבודות השת"מ.

ודוק, אין בכך כדי לטעון כי תחולה של יחסי עבודה מלאים ללא כל סייג הם המודל המתאים לאסדרת יחסי עבודה של עבודת אסירים בעבודות החוץ ובכלל. אסדרה מותאמת כאמור ראוי שתעשה על ידי המחוקק. מאמר זה אינו שולל אימוץ התאמות הכרחיות שעשויות להקל על המשך קיומן ואף הרחבתן של מסגרות תעסוקה חיוניות אלו. כך, יש להניח כי החלת יחסי עבודה תחייב מציאת תמריצים אחרים להעסקתם, ויש לשקול שוב את הפניות החוזרות ונשנות של שב"ס למשרד האוצר בבקשה לאישור פטור ממסוי למפעלים שיקימו קווי יצור בתוך חומות הכלא.²¹⁷ פטור כזה, לו התקבל, היה מאפשר להתיק חלק מעלויות מערך התעסוקה מכתפי האסיר-עובד – שכיום מסבסדים בפועל את מערך התעסוקה על ידי שחיקה הולכת ומעמיקה של שכרם – אל כתפי המדינה.²¹⁸ דא עקא שמשרד האוצר מסרב להעניק את הפטור המבוקש וגם את נושא זה יש לאסדר בהליכי חקיקה, שראוי שיערכו תוך קיום דיון ציבורי נרחב ושקילת מלוא השיקולים הרלוונטיים שקצרה היריעה מלפרטם כאן. עם זאת, בהיעדר הוראת חוק כאמור, תפקידה של הפסיקה הוא להכיר ביחסי עובד מעסיק בשיקום הפרטני בין המפעל לאסיר ויתכן שגם אל מול השב"ס בהעסקה משותפת.

²¹⁴ בהקשרים מסוימים (כגון התנדבות) ניתן לטעון כי עצם קיומם של רכיבים שוקיים-כלכליים מאיינים את התקיימות של הרכיב המקדמי השני, ואולם בהקשר לעבודת אסירים התכלית השנונת דווקא מחזקת זו את זו. כמו בהקשר של התמחות, כאשר המתמחים גם לומדים מקצוע (ואולי זו מטרתם העיקרית) אבל גם עובדים עבודה בעלת ערך כלכלי (שכן רק כך יוכלו ללמוד) – אין סתירה בין שתי המטרות "המתחרות". הן השיקום הפרטני והן הקבוצתי מבוסס על יתרונות שיקומיים שמגיעים יד ביד עם היבטים כלכליים.

²¹⁵ ראו דבריה של ח"כ מירי רגב בדיוני הכנסת, לעיל בתחילת פרק ד'.

²¹⁶ רבים מהאסירים המועסקים בשיקום הקבוצתי עשויים למעשה להימצא כבעלי סטטוס עובד. השיקום הקבוצתי הוא דפוס העסקה עם קווי דמיון ברורים לשיקום הפרטני, ובמובנים רבים מתבקש להתייחס לאסירים העובדים מחוץ לחומות באופן דומה. איני שוללת החלת יחסי עובד מעסיק גם על העבודות היצרניות במסגרת מפעלי שב"ס ובמקרים מסוימים גם על עבודות שת"מ אולם דיון במקרים אלו חורגים ממסגרת מאמר זה ודורשים דיון נפרד. זאת, בין היתר משום שדיון כזה מעלה ביתר שאת את שאלת היותו של השב"ס מעסיק.

²¹⁷ עניין **שדות**, לעיל ה"ש 22; עניין **קריב**, לעיל ה"ש 36; פרוטוקול ישיבה 455, לעיל ה"ש 50, בעמ' 19.

²¹⁸ להרחבה על ההבחנה בין ההיבטים הציבוריים של תעסוקת אסירים אל מול הפרטה הזוחלת שלה – מילמן סיון ושגיא "המודל ההיברידי", לעיל ה"ש 12.

זאת ועוד, המציאות מלמדת כי מודל של אסדרה מותאמת לא ייווצר ללא הכרה פסיקתית כאמור שכן בשנת 2022 המשפט הישראלי נעדר אסדרה משפטית בחקיקה ראשית של עבודות אסירים בכלל ועבודות החוץ בפרט וזאת למרות הקריאה המפורשת של בג"צ שדות בשנת 2000 להסדיר את התחום וחרף המאמצים שנעשו להציע הצעות חוק בנושא החל מ-2011. דומה כי רק עם ההכרה שעבודות החוץ מקימות יחסי עבודה יאלץ המחוקק לקבוע התאמות למודל תעסוקתי זה, ככל שאלו נדרשות.²¹⁹

ה. סיכום

תם ולא נשלם. התחלנו את מסענו במבחן המטרה והוא הסתיים בהצעה לאמץ במקומו את המבחן הכלכלי-חברתי כמבחן הראוי לבחינת כלל הקטגוריות הלב-שוקיות בדוקטרינת מיהו עובד. הצעה זו מעוגנת בעיקרה ברציונל המנחה של מבחן המטרה אותו הצענו לזהות בהבחנה בין הספירה השוקית-כלכלית לספירות חברתיות אחרות הפועלות בהתאם למערכות של נורמות המובחנות מההגיונות השוקיים-כלכליים. מכאן, שמבצעי עבודה שפועלים במערכת כאמור ועבודתם נעדרת את רוב סממני השוקיים-כלכליים לעבודה – והם בלבד – יוחרגו ממשפט העבודה. על מנת לזהות שמדובר בעובדת יש לקיים מבחן דו-שלבי: ראשית, במסגרת מבחן המשנה הראשון, מבחן ההיבט השוקי-כלכלי - יש להשתכנע כי מתקיימים סממנים שוקיים-כלכליים בעשייה זו. במידה וסממנים אלו אינם זניחים - עובר נטל ההוכחה למקבל העבודה במסגרת המבחן החברתי החלופי. בשלב זה ניתן יהיה להחריג את מבצע העבודה מסטטוס העובד רק במידה שניתן יהיה לזהות פוזיטיבית את קיומה של ספירה חלופית נוגדת - המכוונת בעיקרה את מסגרת העבודה עד כדי כך שהיא גוברת על הסממנים השוקיים-כלכליים. במקרה זה בלבד יוחרגו מבצעי העבודה ממשפט העבודה. מכל מקום, אין להיעזר במבחן המעורב כפי שהוא יושם עד כה בפסיקה.²²⁰ את המבחן המעורב יש לייחד לסוגים של מבצעי עבודה כאשר הסיבה הלכאורית לטענת ההחרגה היא היותם עצמאיים.

התחלנו את מסענו עם השלב המקדמי וסיימנו אותו בצימצומו. המבחן הכלכלי-חברתי, אותו הצענו כחלופה למבחן המטרה הינו מבחן המקביל למבחן המעורב, ואינו "מקדמי" לו. במקום מבחן המטרה שמיושם בשלב המקדמי, הצענו להוסיף מעין "צומת הכרעה ראשוני" אשר יקבע האם יש להחיל את המבחן המעורב או המבחן הכלכלי-חברתי בהתאם לטעם בגינו טוען מקבל העבודה כי יש לשלול את סטטוס העובד. במקרים בהם נטען כי מבצעת העבודה אינה עובדת בשל היותה עצמאית/פריילנס (ואולי הקשרים שוקיים דומים) – ובמקרים אלו בלבד – יש ליישם את המבחן המעורב.

התחלנו את מסענו עם אסירים עובדים בפרשת נאיף – אותה ביקרנו – והוא הובילנו למבצעי עבודה משתקמים בפרשת זר – שאת מרבית חידושיה אימצנו. הפערים ביישום מבחן המטרה בין שתי קבוצות אלו, פער שאינו מוצדק, חידד את הצורך להמשיג את המבחן

²¹⁹ השוו למצבן של עובדות הסיעוד הזרות, לאחר הקריאה החד משמעית של כלל השופטים בדנג"צ גלוטן למחוקק להסדיר את התחום (דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד סו(1) 518 (2013)). דומה כי כאשר אי אסדרה משמעותה כי הקבוצות המוחלשות הן אלו שנושאות בעלות, התמריץ להסדיר את התחום קטן.

²²⁰ כאמור, מבחני עזר מסוימים יכולים לעבור "אימוץ" מחדש בשלב השני של המבחן הכלכלי-חברתי, אך זאת במשורה ומתוך התבוננות למידת התאמתם להקשר הספציפי.

הכלכלי-חברתי כמבחן אחיד שיחול על כלל מבצעי העבודה בקטיגוריות הלב-שווקיות המבקשים להיחשב כ"עובדים". תכליות היסוד של משפט העבודה, אפוא, עומדות ביסוד המבחן הכלכלי-חברתי וניצניו משתקפים בפסיקה קיימת כפי שהודגם גם בהקשר למבחני הפסיקה לגבי מתנדבים.

ברמה הדוקטרינרית מסענו החל עם ההחרגה גורפת של אסירים ממשפט העבודה תחת הנחת היסוד כי "אסירים אינם עובדים" והסתיים בקביעה כי את סטטוס העובד של אסירים יש לבחון באופן פרטני. החרגה גורפת מתחולת דיני העבודה (בייחוד של קבוצות מוחלשות כגון אסירים) מעלה בהכרח את האפשרות של פגיעה משמעותית במבצעי העבודה. על כן, בהתאם לתכליות המגנות של דיני העבודה, ראוי לאמץ הנחת מוצא לפיה רק הצדקות מיוחדות שיעוגנו במבחן צר - המבחן הכלכלי-חברתי - יאפשרו החרגה כאמור. מבט קרוב אל מגוון סוגי ההתקשרויות של אסירים עם גופים פרטיים, מפעלי השב"ס ומערך התעסוקה של בתי הסוהר בכללותו יגלה כי ראוי להחיל את דיני העבודה גם על קטיגוריות נוספות של אסירים עובדים. למצער, אסירים העובדים בשיקום פרטני, מוקד מאמר זה, הם עובדים לכל דבר ועניין. ראוי כי אסירים אלו יזכו למעמד של עובדים בהסדר נורמטיבי בהיר. הסדר כאמור, על מכלול ההתאמות ההכרחיות שעשויות להקל על המשך קיומן של מסגרות תעסוקה חיוניות אלו של תעסוקת אסירים (ואולי גם על הרחבתן) יצא אל הפועל רק כאשר תאיר הפסיקה את עבודתם של אסירים באורו של משפט העבודה. בתמורה, מספקים מבצעי העבודה בשולי השוק הזדמנות לתובנות על משפט העבודה בכללותו.