

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

מאת

### פאינה מילמן-סיון\*

מאמר זה מציע תאוריה 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 שבבסיסו. מבחן המטרה, שטרם נדון בספרות האקדמית לעומק, מונח ביסוד ההלכה ששוללת ממבצעי עבודה רבים ומגוונים, כגון משתקמים, אסירים, מתנדבים, מתמחים בהכשרות לימודיות ועוד ("מועסקים מיוחדים"), את סטטוס העובד משום 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. את המבחן המעורב יש לייחד לבחינת סטטוס העובד של מבצעי עבודה הנחזים כעצמאיים או פרילנסרים, ואילו המבחן הכלכלי-חברתי ישלים את הדוקטרינה בכלל "המועסקים המיוחדים" ועימו יחד ייצור מסגרת נורמטיבית כוללת לדוקטרינת מיהו עובד במשפט הישראלי.

התובנות המוצעות במאמר מעוגנות במחקר מקיף, נורמטיבי ואמפירי של יישום מבחן המטרה בהקשר של תעסוקת אסירים בכלל ובהקשר של קטגוריית התעסוקה "שיקום פרטני" בפרט. מחקר זה הוא המצע למסגרת הנורמטיבית שמוצעת במאמר. מאן 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 הייתה? 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

\* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים בחיפה. ברצוני להודות לקרן הלאומית למדע ISF, שתמכה במחקר שהוביל למאמר זה במענק מספר 1712/18. כן, ברצוני להודות לעוזרי המחקר המוכשרים סער בן זאב, איתי רגב, וליאל פלג, על עבודתם המעולה שסייעה בידי רבות במהלך הכתיבה. כן, תודה רבה לכל חברות וחברי "פורום המרצות והמרצים ביני עבודה", ובייחוד לפרופ' גיא דוידוב, כמו גם לשופטת ד"ר חני אופק-גנדלר, ולפרופ' שגית מור, שקראו טיוטות קודמות והעירו הערות בונות ומועילות. תודה מיוחדת לשותפי למחקר, ד"ר יאיר שגיא, שהעבודה עימו היא תענוג מיוחד ושאלותיו המעמיקות והערותיו המעולות תרמו רבות למאמר. ברצוני להודות גם לעורכי וחברי מערכת "משפטים" על עבודתם המסורה. כרגיל, הטעויות הן שלי בלבד.

החזוי ושאלת הרצוניות כסממנים שוקיים-כלכליים. 2. מבחן ההתמקחות ומבחן התמורה כסממנים שוקיים-כלכליים. 3. מבחן התפוקה: בין "תפוקה מינימלית" ל"תפוקה מקסימלית". ד. **המבחן החברתי החלופי: האומנם שיקום?** 1. שיקום – כללי. 2. בין תעסוקתיות לטיפול ופרדוקס השיקום. ה. סיכום.

## מבוא

חרב נאיף, נגר במקצועו, עבד במפעל פרטי קטן לייצור שטיחים ורהיטי עץ במשך שנה וחצי. הוא מצא את העבודה במודעות בעיתון, והוא ייצר בה רהיטים ולעיתים גם נשלח להרכיבם בבתי הלקוחות. מר נאיף ביצע את עבודתו במסירות רבה, ולא התקבלה אף לא תלונה אחת על אופן תפקודו. לימים נסגר המפעל בשל פשיטת רגל ונאיף פוטר מעבודתו בלי שזכה לקבל פיצויי פיטורים ואת יתר הזכויות הסוציאליות שמגיעות לעובדים. בגין האמור החליט נאיף לתבוע בבית הדין לעבודה.<sup>1</sup>

בית הדין האזורי בתל אביב פסק לנאיף את מלוא זכויותיו על פי דיני העבודה, אולם הגביל את תקופת הזכאות לזכויות אלו לשבעת החודשים האחרונים לעבודתו שם. אשר לתקופת ההעסקה שקדמה לכך קבעה השופטת שלא חלו יחסי עובד-מעסיק בין נאיף למפעל משום שבתקופה האמורה היה נאיף אסיר ועבד במפעל במסגרת שיקום פרטני.<sup>2</sup> במילים אחרות, נפסק שנאיף לא היה זכאי לקבל סטטוס "עובד", כיוון שאינו מקיים מבחן "מקדמי" להענקת סטטוס כאמור – מבחן שכונה עד כה "מבחן המטרה" או "מבחן ההתקשרות" – שעל פיו מטרת העבודה חייבת להיות כלכלית.<sup>3</sup> מטרת עבודתו – כך נפסק – היא 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 שעל פיה אין להחיל יחסי עובד-מעסיק על אסירים מעולם לא אותגרה בספרות המשפטית האקדמית בישראל.<sup>4</sup> האמירה הגורפת כי "אסירים

1 עב (ת"א) 2126/00 נאיף נ' שטיח ועץ בע"מ (נבו 14.5.2002) (להלן: פרשת נאיף).  
2 השיקום הפרטני הוא מסגרת תעסוקה שיקומית המאפשרת יציאה מחוץ לכותלי 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 ראו לדוגמה: מנחם גולדברג "עובד/מעביד" – תמונת מצב "עיוני משפט" יז(1), 50–51 (1992) (להלן: גולדברג "תמונת מצב"); מנחם גולדברג "מהותם של יחסי עובד-מעביד" **הפרקליט** לב 81, 87–88 (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 העובד במפעל פרטי בתוכנית שיקומית מחוץ לבית הסוהר לבין עבודה במטבח בכותלי בית הסוהר, שני מקרים היפותטיים שבהם היא דנה. בן-ישראל קובעת כי במקרה של העבודה במטבח האסיר כנראה לא ייחשב "עובד", אך המצב המשפטי בתוכנית שיקומית שונה. בן-ישראל תולה את ההבחנה בין המקרים בקיומה של התקשרות חזיתית מתוך רצון חופשי במקרה האחרון וקובעת כי

אינם עובדים" נראית כה מובנת מאליה עד כי ההצדקות שבבסיסה 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 לפי נסיבות עבודתו. יישום שגוי זה אינו מקרי והוא מאיר את הצורך בחשיבה מחודשת וברפורמה כללית באשר לשלב המקדמי של הדוקטרינה.

מטרת המאמר הנוכחי היא אפוא כפולה: לצקת תוכן עקיב לדוקטרינת "מיהו עובד" במשפט העבודה וכן לשכנע כי הדוקטרינה הקיימת בנוגע לסטטוס העובד של אסירים היא שגויה. התרומה הנורמטיבית של המאמר היא אפוא בהצעה לאמץ מבחן מקביל ואחיד למבחן המעורב שיוחל על כלל "המועסקים המיוחדים". קטגוריות אלו שנשלל מהן סטטוס העובד במבחן המטרה הן 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 לצורכי שירותי מין ועוד. המאמר יציע כי מבחן המטרה, שהומשג עד כה כמבחן "מקדמי", יפסיק אפוא להיחשב לכזה ויהפוך (בגרסתו כמבחן כלכלי-חברתי) למבחן המקביל למבחן המעורב במקרים שבהם המבחן המעורב אינו מתאים ולא ישמש עוד "שער כניסה" אליו.<sup>5</sup> הצעה זו תנבע מניתוח יישומו של מבחן המטרה, בעיקר בהקשר של תעסוקת אסירים, ניתוח שיסייע בחשיפתן של ההצדקות שבבסיסן 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 שבהם

---

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 (2002) (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 (מחוזי ב"ש) 2562/02 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).

ייתכן שיש מקום לשמר גרסה רזה ומינימלית מאוד של מה שדוידוב מציע לכנות "מבחני סף", מבחנים שימשו תנאי מקדים – הן למבחן המעורב והן למבחן הכלכלי-חברתי (גיא דוידוב "מיהו עובד: מבחני הסף" משפטים נד (טרם פורסם) (להלן: דוידוב "מבחני הסף")). כך למשל המבחן שהוא מציע, "עבודה עבור הזולת" הוא ניתן לאמצו כמבחן סף שיחול בשלב מקדמי – עוד בטרם הגענו למה שאכנה "צומת ההכרעה הראשוני". אין בידי לקבל את הפרשנות המרחיבה שיוצק דוידוב למבחן זה, שעל פיה ייתכן שקיים מקבל עבודה, אולם העבודה מבוצעת למען האדם המבצע אותה. עבודה למען הזולת הוא מבחן סף, בעיניי, כשמדובר בפרשנות המסורתית והצרה של מבחן זה (קיומו של מפעל). כאמור, לגישתי המבחן הכלכלי-חברתי מחליף ואינו קודם למבחן המעורב במבצעי עבודה לבר-שווקיים. אין בידי לקבל את שני המבחנים הנוספים שמציע דוידוב כמבחני סף כלליים. מכל מקום, אם יאומץ המבחן הכלכלי-חברתי, יהיה כדאי לדון אילו "מבחני הסף" יחולו בשלב שלפני "צומת ההכרעה הראשוני", והתובנות שעולות ממאמרו של דוידוב בהקשר זה יהיו חשובות לדיון זה, שאותו אותיר להמשך. במוכן זה אני מאמצת את המושג המוצע "מבחני סף", ולפחות באשר למבחן "עבודה למען הזולת" (בפרשנות המסורתית של קיומו של מפעל) אין סתירה בין המבחן הכלכלי-חברתי להצעתו של דוידוב.

המבחן המעורב אינו מתאים ויוצר איתו יחד מסגרת נורמטיבית כוללת לדוקטרינת "מיהו עובד".

בתמצית, המאמר מצביע על האנומליה הקיימת כיום בפסיקה: מנייתו השימוש של הפסיקה במבחן המטרה עולה תבנית ברורה ולפיה הפסיקה שואפת להבחין בין עבודה המתבצעת בספירה השוקית-כלכלית לבין כזו המתבצעת בספרות חברתיות אחרות – המבחן שמישם בשתי הספרות הוא אחד (המבחן המעורב). המאמר יציע להתאים את הדוקטרינה לתבניות שעולות מהפסיקה – וליישם מבחן שונה בספרות השונות. בכל מקרה שבו העבודה מתבצעת בספרה 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 שבהם ברור לחלוטין כי מדובר בעבודה בספרה שוקית-כלכלית, והאתגר הוא בסיווגה של העבודה בתוך ספרה זו (עובדת לעומת קבלנית/פריילנסרית). על כן בבואנו להגדיר את מבצעת העבודה, יש להקדים ולהתעכב ב"צומת הכרעה מקדמי" שבו ייבחנו טענות הצדדים, ולפיהן ייקבע המבחן שיוחל לבחינת "מיהו עובד". ב"צומת ההכרעה המקדמי" תחליט הפסיקה אילו משני המבחנים יוחלו על פי ההגדרה החלופית שהצדדים טוענים שתקבל משלילת סטטוס העובד: אם הצדדים יטענו כי יש לשלול את סטטוס ה"עובד" בשל היות מבצעי העבודה פריילנס/קבלן – יש ליישם את המבחן המעורב. אם טענת הצדדים היא כי יש להגדיר את מבצעי העבודה כמסווגים לכל אחת משלל הקטגוריות הלבר-שוקיות/כלכליות המוזכרות לעיל – יש להחיל את המבחן הכלכלי-חברתי.

להצעה להחיל מבחנים שונים בספרות שוקיות ולבר-שוקיות יתרונות ניכרים. הבחנה מוצעת זו תקדם את יישומם האחד של מבחני "מיהו עובד" במשפט העבודה. נוסף על זה, הצעה זו מתיישבת עם ההצדקות למבחן המטרה – הצדקות המעוגנות בהכרה בגבולות השוק ובהבחנה בין השוק לבין מערכות חברתיות או ספרות חברתיות אחרות, כפי שנראה מנייתו הפסיקה במאמר זה – וכן משקפת אותן. ייחוד דיני העבודה לספרה השוקית נועדה למנוע הן "תחולת יתר" והן "תחולת חסר" של דיני העבודה. מחד, דיני העבודה נועדו להגן על קבוצות מבצעי העבודה במקרים המתאימים (כאשר מטרת מקסום הרווח של מקבלי העבודה מעלות חשש לניצול, למשל), ובהם בלבד, ומאידך אין להחילם בספרות חברתיות לבר-שוקיות שהוזכרו לעיל אם החלה זו משמעותה כפיית היגיון שוקי-כלכלי באופן פוגעני. הצעה זו עשויה לקדם דוקטרינה קוהרנטית יותר ולהשפיע בייחוד על "המועסקים מיוחדים".

ריבוי המקרים שבהם שלל מבחן המטרה את סטטוס העובד מקטגוריות "מיוחדות" של מבצעי עבודה מדגימים את חשיבותו של המאמר בשל השפעתו מרחיקת הלכת של מבחן זה. דלילות העיסוק במבחן המטרה בספרות המשפטית עד כה מפתיעה, והמאמר מברך על העניין המחודש בו לאחרונה ומצטרף לדיון זה. אומנם הספרות האקדמית עסקה בעבר בשלב המקדמי ובמבחן המטרה כאשר למקרים ספציפיים כגון משרתי הקבע, או נציגי הציבור ודירקטורים, אולם דיון מקיף וחוצה קטגוריות של השלב המקדמי טרם נערך.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> 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 "הנבחר", ר'בעל התפקיד על פי דין' – האמנם

יוצא דופן חשוב (המעיד על הכלל) הוא ההצעה במחקרו העדכני ומאיר העיניים של דוידוב (שעדכנית לכתיבת שורות אלה טרם פורסם), שסוקר ומנתח לראשונה במיוחד מגוון קבוצות של מבצעי עבודה שהוחרגו בשלב זה ומציע בחינה מחודשת של השלב המקדמי, שאותו הוא מכנה "מבחני הסף"<sup>7</sup>. השלב המקדמי ומבחן המטרה זכו לאחרונה לבחינה מחודשת גם בפסיקה – בפסק דין עקרוני ופורץ דרך – בהקשר של משתקמים המועסקים במפעל מוגן.<sup>8</sup> המאמר יתרום לדיון מחודש זה בשלב המקדמי ובדוקטרינת "מיהו עובד" וינתח בין היתר את הפסיקה התקדימית בפרשת זר ואת הפער שבין האופן שבו יושם מבחן המטרה בעניינם של עובדי המפעל המוגן מחד גיסא ושל אסירים מאידך גיסא. חשיבותו של המאמר נעוצה גם בתרומה לפסיקה תקדימית זו שמצויה בעת הזו בהמתנה לביקורת בית המשפט העליון. ניתוח השוואתי (מתוך משתקמים ואסירים) חושף את חוסר העקיבות הקיים כיום בפסיקה באופן יישומם של מבחן המטרה ושל המבחן המעורב, ועל כן המאמר מציע תאוריה מאחדת בנושא.

אכן, מבט רחב על אופן יישומו מבחן המטרה במגוון הקשרים מגלה כי הפסיקה מערכת פעמים רבות בין מבחן המטרה לרכיבים שונים של המבחן המעורב – שני מבחנים המשולבים במקרים ספורדיים, לעיתים ללא רציונל מארגן ובחוסר אחידות. מתוך שאיפה לאחידות תאורטית ובהתבסס על מחקר אמפירי ונורמטיבי בנוגע 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 מאוד 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.<sup>9</sup> כפי שציין, בצדק, המלומד Zatz: "Prisoners' labor is located outside the

עובדים הם?" **שנתון משפט עבודה** ב' 68, 85–90 (1991) (להלן: בן-ישראל "האמנם עובדים?"); הדרה בר-מור "מעמד הדירקטור כ'עובד'" **שנתון משפט העבודה** ד' 50 (1994).

<sup>7</sup> 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 שאותם הוא מכנה "מבחני הסף". דוידוב מציע מבחן עקיב יחיד לכלל המקרים בשלב המקדמי – מבחן המעוגן בשאלת "התרומה לזולת", "תמורה" ו"קשר אישי" בלי להתייחס לשאלת ההבחנה בין הספרה השוקת-כלכלית לספרות אחרות, כפי שאציע כאן. תרומתו של דוידוב לדיון היא רבה ביותר, שכן עד כה הספרות טרם הציעה חלופה למבחן המקדמי והתמקדה בעיקר בביקורת על המבחנים השונים (שם, בעמ' 5). אומנם ההצעה למבחן המקדמי שמעלה דוידוב שונה מהמסגרת הנורמטיבית שאציג להלן, אך ההכרח המידי שבבחינה מחודשת של הדוקטרינות הקיימות מוסכמת על שנינו.

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

<sup>9</sup> 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.")

economy on conventional maps of social spheres drawn by lawyers, demographers, and economists".<sup>10</sup> אסירים הוא מפליא בהתחשב בכך שזוהי הדרך שבה חלק ניכר מהאסירים מבלים את רוב זמנם במהלך תקופת המאסר; כמו גם בהשפעה האפשרית של פרקטיקה זו על סוגיות כגון עוני, אי-שוויון חברתי ופשיעה, ובהשלכותיה הכלכליות הקשות.<sup>11</sup> במאמר זה אקווה להראות, בין היתר, כי העיסוק בדיני בית הסוהר בכלל ובעבודת אסירים בפרט עשוי להיתרם מזווית הראייה של דיני העבודה ולתרום לו בד בבד.<sup>12</sup>

המאמר יתקדם כך: **פרק א** ייבחנו מחדש הנחות היסוד שהיו בבסיס מבחן המטרה והיחס שבינו לבין המבחן המעורב על רקע פרשת נאיף שבה פתחתי. אבקר את האופן שבו הוחרגה עבודת אסירים בכללותה – על שלל מופעיה – מתחולת יחסי עבודה ואחשוף עד כמה החרגה זו נתפסה עד כה "טבעית". אעמוד על הקשיים בתפיסה זו, 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, שיוכיח כי ניתן לזהות רציונל חלופי ברור לביצוע העבודה (ההיבט החברתי). הפרקים הבאים יוקדשו להבהרת מהותו של המבחן הכלכלי-חברתי באמצעות יישומו בהקשר של תעסוקת 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 אסכם.

## א. "אסירים אינם עובדים": החרגה "קטגורית" מתחולת דיני העבודה

### 1. ציר כטיב-שדות – ההחרגה שלא הייתה!

<sup>10</sup> 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 בעמ' 359–360.

<sup>11</sup> Michael Gibson-Light, *The Prison as Market: How Penal Labor Systems Reproduce Inequality* 24 (2019) (Ph.D dissertation, University of Arizona) "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".

<sup>12</sup> תחום משפטי רלוונטי נוסף שטרם זכה להתייחסות נרחבת בהקשר של תעסוקת אסירים הוא **דיני המס**. כך, למשל, טוענת אפלמן כי לנטיית בתי המשפט בארצות הברית שלא לסווג אסירים כעובדים (employees) יש השלכות מיסוי רבות למעסיק (פטור מחובות מיסוי שונות, בין היתר). Laura I. Appleman, *Bloody*. בהקשר הישראלי פאינה מילמן-סיון ויאיר שגיא "ציבוריות כלאיים: כליאה ציבורית ותעסוקה פרטית בישראל" **עיוני משפט** (טרם פורסם) (להלן: מילמן-סיון ושגיא "ציבוריות כלאיים").

מסענו יתחיל אפוא בבחינה מחודשת של הנחת המוצא של הפסיקה ושל הספרות בישראל כיום שעל 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" בידי עבודה הוא המבחן המעורב (שבמרכזו מבחן ההשתלבות).<sup>13</sup> מבחן זה התפתח בעיקר בהקשר של ההבחנה בין עצמאים ופריילנסרים לבין עובדים, ולפיו יש לבחון כל מקרה של ביצוע עבודה על פי נסיבותיו. אם מבצעת העבודה השתלבה ב"מפעל" של מקבלת העבודה, והיא אינה בעלת עסק משלה, ואם היא עונה על קריטריונים נוספים כגון תלות כלכלית במקבלת העבודה, תיטה הפסיקה לסווגה כ"עובדת" ולא כ"עצמאית". בתמצית, דומה כי תתי-המבחנים שמהם מורכב המבחן המעורב מבקשים להבדיל בין צורות עבודה הנחזות על פני הדברים כעבודת "שכירים" ובין עבודות עם מאפיינים של "עצמאיים".<sup>14</sup>

נוסף על זה, 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 בדרך כלל כקובעת שהעבודה אינה יכולה להיות מטרה נלווית להתקשרות, אלא מטרה מרכזית.<sup>15</sup> דרישה זו המגולמת במבחן המטרה נתפסת כמשוכה ראשונית לקבלת סטטוס של עובד.<sup>16</sup> ככלל, הנחת המוצא של המשפט הישראלי הייתה ועודנה, כפי שאפרט כעת, כי אסירים אינם יכולים להיחשב "עובדים", שכן הם אינם עומדים בדרישה המקדמית – ביצוע עבודה שמטרתה העיקרית היא כלכלית, מאחר שעבודת אסירים נועדה למטרות שיקומיות.

מערך התעסוקה בשב"ס, הרשות לשיקום האסיר, כמו גם הפסיקה (והספרות) בישראל רואים בקביעה זו הנחת יסוד שאין עליה עוררין ומציגים אותה ככזאת וכקביעה שאותה אכנה "קטגורית" – כלומר ככזו שחלה על כלל האסירים המבצעים עבודה – ללא תלות באופי העבודה, באופי ספק התעסוקה או במיקום הגאוגרפי שבו העבודה נעשית (מחוץ לסורגים או בתוכם). תפיסה זו מעולם לא אותגרה. אכן, לאחר בג"ץ שדות ופרשת נאיף (שתי פסיקות מתחילת שנות האלפיים) לא הוגשו עוד עתירות אסיר המבקשות להכיר ביחסי עובד-מעסיק בעבודות חוץ או בכלל.

זאת, אף שהחרגת אסירים מדיני העבודה בצורתה הקטגורית מעולם לא התקבלה מפורשות בפסיקת בית המשפט העליון. אטען שאין הכרח בהשתרשות התפיסה הקטגורית ושהיא אפילו מפתיעה בשל צרימה כפולה: ראשית, החרגה ששוללת מראש כל בחינה

<sup>13</sup> מבחן ההשתלבות בוחן, ראשית בפן החיובי, אם העובד השתלב בעסק של המעסיק, ושנית, בפן השלילי, אם לעובד עסק עצמאי משלו. ראו למשל דיון (עבודה ארצי) לא/27-3 עיריית נתניה נ' בירגר, ג(1) 177 (1971); בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628, 643 (1996) (להלן: עניין מור).

<sup>14</sup> לביקורת, שהיא ברובה מוצדקת, על אופן פעולה זה ראו גיא דוידוב "פרשנות תכליתית בידיני עבודה: מיהו עובד" ספר סטיב אדלר 261, 269 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים 2016).

<sup>15</sup> גולדברג עצמו ציטט במאמרו בהסכמה את בג"ץ 147/63 כטיב נ' מנהל ביתהסוהר המרכזי, רמלה, י"ז 2412 (1963) (להלן: בג"ץ 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.

<sup>16</sup> מבחן ה"מטרה" יידון בהרחבה להלן, בפרק ב.

פרטנית של סטטוס העובד היא מופע נדיר בנוף המשפטי של דיני העבודה בישראל.<sup>17</sup> מרבית קבוצות מבצעי העבודה שהוחרגו – גם כאשר ההחלטה 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.<sup>18</sup> החלטה קטגורית כזו גם מנוגדת למגמה העכשווית בפסיקה – כפי שהיא באה לידי ביטוי בפרשת זר – בהקשר של אנשים בעלי מוגבלויות. דומה כי המגמה שעולה מפרשת זר תיטה להרחיב את התחולה של יחסי עובד-מעסיק על קבוצות עובדים מוחלשים בכלל ועל מבצעי עבודה למטרה שיקומית בפרט. שנית, החלטה כלל האסירים סותרת מושכלות ראשונים בדיני עבודה, שכן מדובר בעבודה שוקית-כלכלית, עובדה המתבהרת עם העמקת ההיכרות עם המסגרות הארגוניות השונות שבהן מתבצעת עבודת אסירים, ובכללן הפרקטיקות של השיקום הפרטני. השיקום הפרטני הוא קטגוריה אחת, ייחודית, לביצוע עבודת אסירים.

כפי שנראה בהרחבה בהמשך, עבודת אסירים מתקיימת במסגרות מגוונות ושונות, ובכללן במסגרות עבודות החוץ (שיקום) שבהן אסירים המגיעים לאגף השיקום עשויים להשתלב בשתי מסגרות שיקומיות המאפשרות עבודה במפעלים פרטיים מחוץ לשטח בית הסוהר. קטגוריות עבודה אלו הן השיקום הקבוצתי (עבודה שמארגן השב"ס)<sup>19</sup> והשיקום

<sup>17</sup> השוו לטענתה של עמותת "בזכות" בפרשת זר בנוגע לאנשים עם מוגבלויות, שם נטען כי אף שההלכה בנוגע לאנשים עם מוגבלויות לא שללה את האפשרות העקרונית לבחון אם העבודה נעשית למטרה שיקומית או למטרה כלכלית, הרי שבפועל בית הדין האזורי שלל את קיומם של יחסי העבודה "מבלי להתייחס 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 הקונקרטי. הדברים נכונים מכוח קל וחומר בהתחשב בפערי הכוחות בין אנשים עם מוגבלויות לבין מי שמעסיקם, וכן בינם לבין גורמי הטיפול והליווי ממשרדי הבריאות והרווחה, ובהיותה של האוכלוסייה מושא הדין אוכלוסייה מוחלשת במיוחד" (פרשת זר, לעיל ה"ש 8, בפס' 31 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה) (ההדגשות הוספו).

<sup>18</sup> בבג"ץ 1375/06 גדרה נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו 24.10.2006) (להלן: עניין גדרה), קובעת השופטת ביניש, 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 בפיטורי אישה בהיריון. כך קבע השופט הנדל בפס' 6: "במבט ראשון אוכלוסיית המשרות בצבא קבע אינן נהנות מהגנת חוק עבודת נשים ביחס לפיטוריהן". כלומר, בית המשפט יוצא מנקודת הנחה שאין תחולה לדיני העבודה על משרתי הקבע. בהמשך דבריו ציין השופט הנדל כי הדינים הצבאיים הרלוונטיים שאותם הוא סוקר והמיועדים להשיג חלופה לגיטימית להסדרים הנוגעים לפיטורי אישה בהיריון הם מספקים. הנשים משרות הקבע אפוא מקבלות הגנה נאותה. בלי לעסוק ברציונות פתרונו, שמבוסס על מנגנון של בחינה פנימית של תלונות המבוססות על סטנדרטים של הפליה פסולה או של חוק עבודת נשים, השופט הנדל התרצה מן המנגנון ואף היה 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.

<sup>19</sup> ראו הרחבה בהמשך הפרק, בטקסט ליד ה"ש 40.



הפרטני – עבודה שלא במסגרת קבוצה, שבה 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.<sup>20</sup> קושי כפול זה מדגיש את חשיבות הטענה שהמאמר מקדם שלפיה על הפסיקה להכיר בקיומם של יחסי עובד-מעסיק בעבודות החוץ, ולמצער בשיקום הפרטני, כבר כעת, בייחוד כשחקיקה בנושא מתעכבת זה יותר משני עשורים. קבלת הטענה – אף בגרסתה הצרה ביותר, כלומר בדבר מסגרת השיקום הפרטני לבדה – תסיר את המחסום הגורף להחלת סטטוס "עובד" על אסירים ותוביל בהכרח לבחינתן 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.

אם כן, מהיכן נובעת תפיסה מחריגה גורפת זו? ההנחה שאסירים אינם עובדים תפסה אחיזה במשפטנו מאז בג"ץ כטיב, משנת 1963.<sup>21</sup> לו שאלנו היכן מעוגנת קביעה זו בדין הפוזיטיבי, הרי שבשני העשורים האחרונים הייתה התשובה הרווחת 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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> המשותף לשלושתם הייתה הטענה שהם זכאים לשכר גבוה יותר תמורת עבודתם, בין היתר בשל 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?<sup>24</sup>

ודוק, בית המשפט בבג"ץ שדות מעולם לא בחן את סטטוס העובד של שלושת האסירים שעמדו לפניו על פי המבחן המעורב. בית המשפט החל את מסעו הפרשני בלשון חוק שכר מינימום, החל על עובדים בלבד.<sup>25</sup> מאחר שהחוק אינו מגדיר מיהו עובד, פנה בית המשפט תחילה למבחן ה"מעורב" וקבע את הדברים האלה:<sup>26</sup>

<sup>20</sup> ודוק, מאמר זה אינו מתיימר להקיף את מלוא שיקולי המדיניות הנדרשים לאסדרה בחוק של יחסי עובד-מעסיק לכל קטגוריה של תעסוקת אסירים בנפרד – ניתוח כאמור חורג ממסגרת המאמר.

<sup>21</sup> ראו בג"ץ כטיב, לעיל ה"ש 15. ראו גם גולדברג "מהותם של יחסי עובד-מעביד", לעיל ה"ש 4, בעמ' 87 ("אסיר אינו עובד ושלטונות בתי הסוהר אינם מעבידיו").

<sup>22</sup> 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).

<sup>23</sup> האחד עבד במפעל פרטי לייצור תכשיטים שהוקם בתחום בית הסוהר מעשיהו, והשני עבד בנגרייה פרטית שהוקמה בתחום בית הסוהר איילון. שם, בפס' 2-3.

<sup>24</sup> שם, בפס' 1.

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

<sup>26</sup> בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 22, בפס' 17 (ההדגשות הוספו).

בית-המשפט, ובכלל זה בית-הדין לעבודה, הן 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, 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 מראה שאסירים אלו הם עובדים. אולם, בית המשפט פנה לפסיקה הישנה בבג"ץ **כטיב**,<sup>27</sup> שניתנה כארבעים שנה לפני בג"ץ **שדות**, וקבעה שאסירים לא ייחשבו לעובדים ולא יחולו עליהם יחסי עובד-מעסיק.<sup>28</sup>

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 (בעמ' 2413): "האסיר אינו 'עובד' ושלטונות בתי-הסוהר אינם 'מעבידים' 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 אימץ ב**שדות** למעשה את הפסיקה בעניין **כטיב** אף שחלק מהתפיסות שביסוד פרשת **כטיב** אינן הולמות עוד את המציאות העובדתית והמשפטית. פסק דין **כטיב** נשען על התפיסה כי העבודה היא חלק מהעונש (!) תפיסה שאבד עליה כלל בימינו.<sup>29</sup> כיום מזהים בתי המשפט בישראל בשיקום את המטרה המרכזית של תעסוקת אסירים. החקיקה קובעת במפורש כי השיקום מונח ביסוד המאסר בכלל ותעסוקת אסירים בפרט.<sup>30</sup> בית המשפט העליון קבע אף הוא שהשיקום הוא אינטרס של האסירים עצמם – כדי שלא ישוּבו 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.<sup>31</sup> עם עצם ביצוע עבודה במאסר, לפחות ברמה ההצהרתית, אינו יכול להיחשב רכיב עונשי. עם זאת השופט זמיר לא התעכב על מטרות המאסר ועמד על השתנות העיתים בהקשר אחר – ההקשר הדוקטרינרי-חוזי. הוא ציין את ביטול הגישה שהוצגה בבג"ץ **כטיב** שלפיה חוזה

<sup>27</sup> בג"ץ **כטיב**, לעיל ה"ש 15.

<sup>28</sup> בג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 22, בפס' 17.

<sup>29</sup> פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 42), התשע"ב – 2012, ס"ח 377.

<sup>30</sup> תק' 15 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח – 1978.

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

הוא תנאי הכרחי להתקיימותם של יחסי עובד-מעסיק, ביטול שהתרחש בעניין סרוסי.<sup>32</sup>  
מפרשת סרוסי נגזרות, לטעמו, שתי מסקנות:<sup>33</sup>

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 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?

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, אף ששתי הקביעות הנ"ל מוצגות במפורש, פסק הדין מתעלם למעשה מקביעה (1) ועובר כמעט ישירות לשאלת תכלית חקיקתו של שכר מינימום, כלומר ליישום קביעה (2). מהו אפוא מקור הקביעה שאין להחיל כאן את סטטוס העובד?

מקורה הארכימדי של ההחלטה מצוי אפוא ב"השלב המקדמי" של דוקטרינת "מיהו עובד". ההחלטה מתמקדת במבחן המטרה, כלומר היא נובעת מהמטרה השיקומית של עבודת אסירים. משאומצה הנחת המוצא (שמקורה בבג"ץ כטיב) שלפיה מטרתה המרכזית של עבודת אסירים אינה כלכלית והיא מטרה נלווית לעבודה, נשללה לכאורה האפשרות כי מדובר ביחסי עבודה למרות הסרת הדרישה ל"קשר חוזי" כרכיב מחייב להחלת יחסי עבודה.<sup>34</sup> המעבר המהיר ליישום קביעה (2) לעיל, כלומר ההתמקדות בחוק שכר מינימום, בא על חשבון בחינה מחודשת של הדוקטרינה שמחריגה אסירים באופן גורף מתחולת יחסי עבודה למרות האפשרות לעשות כן לפי בג"ץ סרוסי. כך, הוחמצה 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".<sup>35</sup>

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

<sup>33</sup> בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 22, בפס' 19 (ההדגשות הוספו).

<sup>34</sup> ולמרות זאת ניתן לומר כי הדיה של הלכה זו עדיין נשמעים במידה מסוימת בפסיקה ראו: עב"ל (ארצי) 59047-10-13 מדלטי נ' 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 הוא ביצוע עבודה. ביצוע העבודה צריך שיהא מטרה בפני עצמה, ולא תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת...").

<sup>35</sup> יש לשים לב להיבטים הפרוצדורליים המשחקים כאן תפקיד מכריע: מאחר שהשתרשה ההנחה ש"אסירים אינם עובדים" – עתירות האסירים בהקשר של תעסוקת 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 נאיף, לעיל ה"ש 1, שבה עסק בית הדין האזורי בלבד). יש להניח

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 עבודת אסירים שניתנו מאז בג"ץ **שדות**,<sup>36</sup> ושירות בתי הסוהר, בכיריו ויועציו המשפטיים מפרשים כך בעקיבות את פסק הדין.<sup>37</sup> עמדה זו משתקפת גם בהצעת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר בעניין תעסוקת אסירים (להלן: "הצעת החוק") שהוגשה ב-2011 כהצעת חוק ממשלתית.<sup>38</sup>

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

1.

**ת"מ** – שירותים, תחזוקה ומטבח. את העבודות האלה האסירים מבצעים בתוך חומות בית הסוהר ומאפשרים למעשה את התקיימותו של מוסד הכליאה מבחינה כלכלית, שכן התגמול בגינן מזערי.

שמעגל שוטה זה תרם אף הוא להחרגה "בפועל" של אסירים העובדים בעבודות חוץ. אם תקבל גישתי, נדרשת התערבות חקיקתית לשינוי הפורום המתאים לדון בסוגיות אלו (בתי הדין לעבודה).

כך למשל ברע"ב 8726/13 **טסלר נ' שירות בתי הסוהר** (נבו 13.2.2014) – שעסק בעתירת אסיר שעבד במפעלי יום ודרש שכר שעתי – 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, התשל"ז-1977" (שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט שהם). ראו גם עת"א (מחוזי מרכז) 29813-05-12 **סיסו נ' שירות בתי הסוהר** (נבו 26.6.2012); עת"א (מחוזי מרכז) 50720-01-13 **מגאדבה נ' שירות בתי הסוהר** (נבו 30.12.2013) (עתירה נגד תנאי העסקה במפעל יום שבה סוגיית התקיימותם של יחסי עובד-מעסיק אינה עולה כלל על הפרק ולא נדונה). בעת"א (מחוזי מרכז) 4051-01-19 **קריב (אסיר) נ' שירות בתי הסוהר**, פס' 84 (נבו 10.5.2020) (להלן: עניין **קריב**) "הוראות הדין המחייבות 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 אפוא לפרש בצמצום כפי שנקבע בהלכת שדות"; בעת"א (מחוזי חי') 19831-02-14 **לוי (אסיר) נ' שירות בתי הסוהר** (נבו 11.3.2014), ציין בית המשפט כי הפער בין שכר האסירים לבין שכר המינימום אינו ראוי, אך קבע שהוא אינו יכול לתת צו המורה להשוות את שכר העותר לשכר מינימום בהיעדר תשתית עובדתית מספיקה. לכן הוא פסק על פי ההלכה שלפיה עבודת אסירים נעשית במסגרת שיקומית ולא לצורכי שכר.

כך, למשל, במאמר שפורסם בשנת 2013 בידי היועץ המשפטי לשירות בתי הסוהר דאז, התייחס האחרון לבג"ץ **שדות** כאל "קו פרשת המים" בעניין תעסוקת 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, 177, 178 (2013). דברים דומים עלו גם 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, 166, 168 (2015).

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.

שם, בדברי ההסבר בעמ' 26.

ע

.2

**בדודת ייצור** – עבודה במפעלי השב"ס, עבודה במפעלי יזם (קווי ייצור פרטיים שפועלים בתוך החומות) וכן עבודה בשיקום קבוצתי במפעלים מחוץ לשטח בית הסוהר.<sup>40</sup>

ש

.3

**יקום פרטני** – עבודה במפעלים פרטיים מחוץ לשטח בית הסוהר שלא במסגרת קבוצה.

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

מסגרות השיקום (עבודות חוץ) מיועדות לאסירים תושבי ישראל המסווגים כפליליים,<sup>43</sup> והן מחולקות לשתיים: פרטנית וקבוצתית.<sup>44</sup> מסגרת השיקום הפרטני – המסגרת המתקדמת ביותר מבחינה שיקומית – הוגדרה בתזכיר הצעת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר כתעסוקה המאופיינת ברכיבים אלה: (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.<sup>45</sup> היעדר פיקוח צמוד מטעם השב"ס במסגרת השיקום הפרטני מעורר חשש לבריחה ממאסר ומחייב שהאסיר המבקש

<sup>40</sup> בהקשרים רבים מקובלת יותר חלוקה אחרת של מדרגי התעסוקה: 1. שת"מ; 2. עבודות ייצור – במפעלי יזם ובמפעלי שב"ס; 3. עבודות שיקום (חוץ) – שיקום קבוצתי ושיקום פרטני.

<sup>41</sup> תיקון תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38, בס' 27ד. אומנם ניתן לטעון כי הצעת החוק מבקשת לעגן בחקיקה את המצב הקיים, כלומר 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.

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

<sup>43</sup> פקני"צ 04.54.02 "מרכזי שיקום והוצאת אסירים לעבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר" (20.10.2004), עורכן 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, על אסירים אזרחיים ועל אסירים הנושאים עונש מאסר לפי הוראות סעיף 160 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (עבירה שעניינה "הפרעות ביחסי עבודה" ומתייחסת בעיקר להשתתפות בשביתה).

<sup>44</sup> "עבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר", לעיל ה"ש 43, המפנה לסעיף 11ד לפקודת בתי הסוהר ולתקנות 52-60 לתקנות בתי הסוהר; וכן גלעד נתן **שיקום תעסוקתי לאסירים ולאסירים משוחררים** 6 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2010).

<sup>45</sup> תנאים אלה מופיעים גם ב"עבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר", לעיל ה"ש 43. ההשתלבות בשיקום הפרטני כרוכה בעמידה בתנאים שונים ובהם אלה: כי מקום העבודה מוכן לקלוט את האסיר והאסיר מוכן להיקלט במקום שאליו הופנה, כי מקום העבודה מתאים מבחינה ביטחונית ובטיחותית לעבודה אסיר, כי בעבודה המוצעת יש משום תרומה לשיקום האסיר בהתנסות במקצוע, ברכישת הרגלי עבודה, בהקניית ידע ובהפנמת ערכים, וכי היא כרוכה בניהול כספים או בכניסה לבתים פרטיים. כן נדרש כי מקום העבודה אינו בניהול ואינו בבעלות של קרוב משפחה של האסיר. ראו נתן **שיקום תעסוקתי לאסירים ולאסירים משוחררים**, לעיל ה"ש 44, בעמ' 6.

להשתלב בה יעמוד בתנאי סף נוקשים יחסית. ככלל, אסיר יועבר לשיקום הפרטני רק לאחר שהשתלב בעבר בשיקום קבוצתי.<sup>46</sup> תנאי סף נוסף להשתלבות בשיקום הפרטני הוא עמידה בתוכנית השיקום שנקבעה עבורו והיות האסיר בסוף תקופת מאסרו.<sup>47</sup> יתרת המאסר הנדרשת היא 18 חודשים (בשיקום קבוצתי יתרת המאסר הנדרשת היא 42–60 חודשים).<sup>48</sup> קריטריונים נוספים לשילוב אסיר בעבודות חוץ כוללים את הסיכון הנשקף ממנו ואת הקטגוריה שאליה הוא מסווג לפי העבירה שבה הורשע.<sup>49</sup> תנאי סף מחמירים אלו עשויים להסביר חלקית את המספר הזעום יחסית של אסירים המועסקים במסגרת זו.<sup>50</sup> עם זאת התמריץ לעמוד בתנאי סף אלו הוא גדול, בין היתר משום שאסירים שהצליחו להשתלב בשיקום הפרטני יכולים להמשיך ולעבוד באותו מקום עבודה לאחר השחרור – כפי שקרה בפרשת נאיה. מקרה זה – שבו המשיך האסיר לעבוד באותו מקום עבודה גם לאחר שחרורו – מדגים את הזהות הכמעט מוחלטת בין אופי העבודה בשיקום הפרטני לזו שב"השוק החופשי". זהות זו עמדה כנראה ביסוד הצעת החוק, ואולם בהיעדר חקיקה מפורשת בנושא

<sup>46</sup> "עבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר", לעיל ה"ש 43, בעמ' 3. 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(ג). כיום אין מניעה כי קבוצת אסירים, כולה או חלקה, לאחר שעבדה או למדה במסגרת שיקום בקבוצה ונמצאה מתאימה מבחינת הכללים ליציאה לעבודת שיקום פרטנית, תמשיך באותו מקום עבודה במסגרת תנאי עבודת שיקום פרטנית. נוהל חטיבת תקון, שירות בתי הסוהר 03-0002 "הפעלת מסגרות שיקום לאסירים בבתי הסוהר" (22.7.2010).  
<sup>47</sup> תיקון תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38, בדברי ההסבר בעמ' 28.  
<sup>48</sup> "עבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר", לעיל ה"ש 43, בעמ' 3.  
<sup>49</sup> ראו שם, בס' 5 ו-8.

<sup>50</sup> 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** 6 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2010). נכון לשנת 2017 הועסקו שש אסירות בשיקום קבוצתי ושתיים בשיקום פרטני, ראו נורית יכימוביץ-כהן **היבטים בכליאת נשים בישראל** 31 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2017). באותה שנה השתתפו 134 אסירים בלבד בכלל תוכניות השיקום בישראל, ראו Ety Elisha et al, *For Prisoners, "Work Works": Qualitative Findings from an Israeli Program*, 97 PRISON J. 342 (2017). (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 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18, 26.11.2011) (להלן: פרוטוקול ישיבה 455)). הסבר אפשרי אחר מוצג בידי נוח לירן, היועץ המשפטי למערך תעסוקה בשירות בתי הסוהר, אשר גורס כי הסיבה לכך שיותר אסירים מועסקים בשיקום הקבוצתי עשויה להיות, בין היתר, ההצלחה 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 יום כך שהם אפילו לא רוצים". פרוטוקול ישיבה 568 של ועדת הפנים והגנת הסביבה הכנסת ה-18, 8 (13.6.2012) (להלן: פרוטוקול ישיבה 568).

חזרה הפסיקה על הקביעה כי משפט העבודה אינו חל על אסירים: כך נקבע בפעם היחידה שבה התאפשר לבית הדין לעבודה לבחון סוגיה זו בשיקום הפרטני – בפרשת נאיף, שאליה אפנה כעת.

## 2. פרשת נאיף – הנימוקים לשלילת יחסי עובד-מעסיק

פרשת נאיף, פסיקה אזורית משנת 2002, הוא כאמור הפעם הראשונה והאחרונה שבה נדונה תחולת סטטוס עובד במסגרת שיקום פרטני. בחלק זה אעמוד בהרחבה על הנימוקים 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"; שלושת הנימוקים ישמשו מפת דרכים לדיון עד ההגעה ליעד: המבחן הכלכלי-חברתי. אעמוד 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.<sup>51</sup> בפרשת נאיף נקבע כי בעניינו לא נרקמה מערכת יחסי עובד-מעסיק מאחר ש"מטרת ההתקשרות בין הצדדים לא היתה לצורך ביצוע העבודה כמטרה בפני עצמה".<sup>52</sup> העבודה נעשתה מלכתחילה במסגרת שיקומית ועל כן היא "תוצאה נלווית" למטרה העיקרית שעמדה ביסוד ההתקשרות – שיקומו של האסיר.<sup>53</sup> פסק הדין המשיך וקבע כי עמדה זו מתחזקת בשל המגבלות שהוטלו על המעסיק בגלל היותו של נאיף במעמד אסיר. בשל מגבלות אלו ניתן לראות בהעסקתו של נאיף העסקה הנובעת גם "ממניעים ציבוריים".<sup>54</sup> במילים אחרות, הפגיעה בפריון ובתפוקה שאמורה להיגרם מהעסקתו של האסיר ממחישה את שוליות השיקול הכלכלי שבהעסקה זו.<sup>55</sup>

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 שכלל 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

<sup>51</sup> פרשת נאיף, לעיל ה"ש 1, בפס' 7. השופטת קבעה כי אף שניתן להכיר במועסק כעובד לפי תכליות ספציפיות בדין על פי 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".

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

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

<sup>54</sup> פרשת נאיף, לעיל ה"ש 1, בפס' 9. בית המשפט מצא כי הנתבעת העסיקה את האסיר מתוך "שליחות ציבורית להעסיק אסיר בשיקום".

<sup>55</sup> שם, בפס' 11.

ש"הוראות החוק מטילות על כל אסיר חובה לעבוד וקובעות עונש על הפרת חובה זו",<sup>56</sup> כך על פי סעיף 48 (א) לחוק סדר הדין הפלילי.<sup>57</sup> בית הדין ציין גם את תקנה 55 לתקנות בתי הסוהר הקובעת כדלקמן:<sup>58</sup>

אסיר היוצא לעבודת 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 במשמורת חוקית ומסיק ממנה רכיב משמעותי של כפייה במערכת היחסים בין הצדדים – כפייה שעצם קיומה סותר את ההכרה ביחסי עובד-מעסיק, ללא קשר הכרחי לשאלה אם נכרת חוזה בין הצדדים.

שלישית, בית הדין פנה לבחינת רכיבי המבחן המעורב, שרכיביו יידונו להלן. פנייה זו למבחן המעורב אינה מקרית או יוצאת דופן אלא מייצגת את הבלבול הקיים כיום בפסיקה בנוגע לשימוש בו בשלב המקדמי. פסקי דין רבים, כפי שנראה בהקשרים שונים בהמשך, מחילים את המבחן המעורב, חלקית או במלואו, 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 אלו לסירוגין ובחוסר עקיבות בין הקטגוריות השונות.<sup>59</sup> גם בענייננו בחינה זו נעשית בצורה לקונית מאוד, ללא התייחסות לכלל או אפילו לרוב הרכיבים של מבחן זה. בית הדין ציין שאומנם נאיף איתר את העבודה בעצמו והתקשר בעצמו עם המעסיק, אך הוא מנה כמה 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 מעיד על חריגה מיחסי עבודה "רגילים", שכן שב"ס פיקח והתערב באופן ובתנאי עבודתו.<sup>60</sup> התערבות כאמור מתווספת ליתר 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 למחצריה, 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"

<sup>56</sup> שם, בפס' 8.

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

<sup>58</sup> תק' 55(א) לתקנות בתי הסוהר.

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

<sup>60</sup> פרשת נאיף, לעיל ה"ש 1, בפס' 13.



אשר הוגש על ידו לבית הדין. התובע אף חתם בחתימת ידו על התחייבות לקיים את הוראות המסמך.<sup>61</sup>

יש לשער כי בית הדין הסתפק 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 – שאותו אין ליישם כלל בהקשר של קטגוריות לבר-שוקיות. בהיעדר טענה כי מבצע העבודה הוא עצמאי/פריילנס, הרי שכבר בצומת ההכרעה המקדמי יש לקבוע כי המבחן המעורב לא יוכל לסייע בידנו. בצדק קבע השופט זמיר בבג"ץ שדות כי אין טעם ליישמו שם. אציג את ההצדקות לטענתי להלן תוך כדי הדגמתן בעובדות 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 היא 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 לעצמאיים/פריילנסרים.<sup>62</sup> חרף ההבדלים בין עבודה המבוצעת במסגרת עסק עצמאי לעבודה המבוצעת כאשר מדובר בשכירה – בשני המצבים נותרת העבודה במסגרת שוקית-כלכלית.<sup>63</sup> מכאן שהתפוקה או הפלט שהמבחן המעורב

שם, בפס' 11–12.

על הקושי בשימוש במבחן סטנדרטי לקביעת יחסי עובד-מעסיק בנוגע להבחנה בין עובד לבין מנהל ראו סע"ש (אזורי ת"א) 42407-04-14 זלאיט נ' גירוסלם השקעות בטכנולוגיות (גי.טי.איי) בע"מ, פס' 36 (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)".  
<sup>62</sup> אציין כבר כאן כי ברי שהגבולות בין ספרה שוקית-כלכלית לספרות חברתיות אחרות הם מטושטשים, ומכל מקום אינם חדים. קיימת ספרות נרחבת בתחומי הסוציולוגיה והפילוסופיה הפוליטית באשר להגדרתן, למשמעותן ולתפקידן של ספרות חיים (spheres of life). הוויכוח ניטש, בין היתר, הן באשר לשאלה אילו ספרות קיימות והן על האופן שבו יש להבחין את תפקידן בחברה. החשוב לענייננו הוא לזהות את קיומם של פרקטיקות ושל מוסדות בעלי היגיון פנימי מובחן כאשר המשתתפים בהם מסכימים על תכליתם ועל אופן פעולתם. ראו, MICHAEL WALTZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (1983). באשר להבחנה בין ספרות כגון כלכלה, פוליטיקה ודת, קיימת הסכמה רחבה, אך באשר למערכות אחרות קיימים ויכוחים עזים. בהקשר זה אני מאמצת לצורכי המאמר את המובן הרחב ביותר האפשרי של מערכות חברתיות אשר יכולות לכלול, לדוגמה, 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 הספרה 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 הטקסט הנלווה לה"ש 112–113. לכן השימוש במונח מסגרת/ספרה שוקית-כלכלית (או חברתית) תכוון לציין מסגרת/ספרה שוקית-כלכלית בעיקרה.

נועד "לייצר" כעניין של מסורת הוא מסוג מסוים בלבד: עובד או עצמאי. ואולם, הסיווג 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<sup>64</sup> מכיוון שתכלית מבחן המטרה (כפי שהיא עולה מהפסיקה) היא

אציין עוד שתי הבהרות בנוגע לשימוש במונח "ספרה" ו"חברתי". כאמור, המונח "ספרה" משמש כאן ככלל לתיאור תחומים מובהקים של פעילות אנושית בחברה המודרנית. לצורכי מאמר זה אני רואה הכרח להבחין בין פרקטיקות חברתיות המאופיינות בנורמות התנהגות הנשלטות על ידי הסדרים שאינם כה פורמליים והמעוגנות בתפיסות הסובייקטיביות של המשתתפים את נורמות ההתנהגות הראויות (למשל, אלטרואיזם, אינטימיות, חברות) לבין מוסדות המאופיינים ברגולציה ובהסדרה פורמליים יותר, ובכללם הסדרים ונורמות משפטיים (למשל צבא). אם כן, ההגדרה שאני מאמצת היא רחבה יחסית, והיא עשויה לכלול הן פרקטיקות והן מוסדות חברתיים. להעדרת הגדרה רחבה כזו, בהקשר דומה, ראו לדוגמה, Andrea Sangiovanni, *How Practices Matter*, 24 J. OF POL. PHIL. 3 (2016). נוסף על זה, גם את המונח "חברתי" במבחן המוצע (המבחן הכלכלי-חברתי) יש להבין במובן הרחב ביותר האפשרי של מערכות חברתיות שבהן אנו פועלים בחברה המודרנית. מטרתי באימוץ המונח "חברתי" במבחן הכלכלי-חברתי היא להבחין בין הספרה הכלכלית לשלל המקרים המגוונים המכונים "המועסקים המיוחדים" שבהם ההצדקה לשלילת סטטוס העובד נובעת מכך שהעבודה מתבצעת במסגרת פרקטיקות ומוסדות בעלי היגיון פנימי מובחן, שהוא לבר-כלכלי. המאמר מצביע על המשותף למקרים אלו, אך אין הכוונה לסווג את כולם כ"חברתיים" שבהן הצד של המושג. במילים אחרות, מכיוון שהמהלך הוא אינדוקטיבי, ברי שיש הבדלים ניכרים בין סוגי הפרקטיקות והמוסדות שבהם מתבצעת העבודה שאותה מחריג הדין הנוהג. מגוון ההגיונות הפנימיים שביסוד המערכות החברתיות שמנביעות את "המועסקים המיוחדים" כולל הן הגיונות שניתן לכנותם בקלות כ"חברתיים" במובן הצר (התנדבות) והן כאלו החורגים מהגדרה צרה זו (משרתי הקבע). את המונח "חברתי" יש להבין אפוא במובנו הרחב ביותר.

אף שאין קביעה גורפת כזו, בית הדין הארצי עומד מדי פעם על אי-ההתאמה של המבחן המעורב להקשרים ספציפיים שבהם עולה המבחן המקדמי. ראו למשל דוגמה מהעת האחרונה בנוגע 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 משותף או הליך שיקום או הליך התלמדות" (ראו: עע (ארצי) 19-62173-01 **לבר - החברה העירונית לתרבות נוער ספורט ונופש באשקלון בע"מ** (נבו 11.12.2021) (להלן: עניין **לבר**) וכן ע"ע (ארצי) 28419-11-13 **אילון נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (חל"צ)** (נבו 14.11.2017)). בהתאמה, לטעמנו גם את השאלה אם מדובר בהתקשרות רצונית לקבלת עבודה או מדובר בהתקשרות שבמהותה היא סחיטת דמי חסות בשל החשש פן יפגע העסק אם תידחה הדרישה יש לבחון במסגרת המבחן המקדמי, ולא במסגרת יישום מבחן ההשתלבות, על כפל פניו" (ע"ע (ארצי) 16060-11-20 **גבועה נ' א.ס.ע.ד תשתיות בע"מ**, פס' 6 (נבו 15.3.2022)).

בית הדין קבע, ובצדק, כי אין לבחון את הסוגיה בראי המבחן המעורב. עם זאת עצם הצורך לציין את הדברים מעיד על הבלבול הקיים ועל היעדר האחידות ביישום המבחן המעורב בפסקי הדין השונים. בתי הדין לעבודה מחילים את מבחן המטרה בהקשרים שוקיים-כלכליים שלא לצורך, לגישתי. לדוגמה עכשווית שבה מיישם בית הדין הן את המבחן המעורב והן את השלב המקדמי בהקשר שוקי-כלכלי ראו עניין **לבר**: "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. לכן נוסף כי מעבר

להבחין בין עבודות המבוצעות במסגרת שוקית-כלכלית לעבודות המבוצעות בהקשרים לבר-כלכליים-שוקיים. המבחן הכלכלי-חברתי שאותו אציע כחלופה ליישום בכלל מקרים אחרונים אלו (מבצעי העבודה המיוחדים) לא ייחשב 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.<sup>65</sup> הפן השלילי במבחן ההשתלבות נועד לקבוע אם מבצע העבודה ניהל עסק עצמאי אם לאו. חוסר הרלוונטיות של שאלה זו בולט מייד בעניין האסירים, 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-המבחנים שבהקשר שוקי-כלכלי היו מתפרשים כשיקול תומך בסיווג מבצע העבודה כעובד – אינם מנביעים את אותה המשמעות בעניין אסירים וקבוצות אחרות שהוחרגו על פי מבחן המטרה. כך, למשל, אין חולק שנאיף – שעבד בנגרייה כנגר – קיים את מבחן "חיוניות התפקיד/תפקיד ליבה".<sup>66</sup> נאיף אינו ייחודי בהקשר זה: אסירים העובדים מחוץ לחומות הכלא, אם בשיקום קבוצתי ואם בשיקום פרטני, עובדים ככלל בעבודות יצרניות שונות: נגרות, מסגרות, דפוס, הרכבה ועוד.<sup>67</sup> ניתן להניח כי מרבית המפעלים ממוקדים בעבודות יצרניות שכדי לעסוק בהן

---

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) 60-3/לד עזובן בלה ווי - לאורווי בע"מ, 10 ו (1974) (להלן: עניין לאורווי)). במקרה הנוכחי מטרתה העיקרית של ההתקשרות הייתה 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 ו-ג להלן, ההקשר הוא שוקי-כלכלי, ועל כן הפן השלילי של מבחן ההשתלבות יעניק מענה מספק לסוגיית "מיהו עובד" ויבהיר כי מדובר בהתקשרות עסקית. חשיפת ההצדקות למבחן הכלכלי-חברתי תבהיר כי כאן למשל אין צורך ליישם את מבחן המטרה כלל (ולא את המבחן הכלכלי-חברתי), כפי שנראה בהמשך. החלת המבחן מעורב תספיק. מבחן המטרה והמבחן הכלכלי-חברתי אינו אמור לשמש מבחן מקדמי. בגרסתו המורחבת של מבחן המטרה – המבחן הכלכלי-חברתי – עומד מבחן זה בפני עצמו ואין לערבו בכל מקרה "קשה" שבו יש לדון במבחן המעורב.

<sup>65</sup> עניין סרוסי, לעיל ה"ש 32; ע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא נ' מדינת ישראל - גלי צה"ל, פ"ד לו 625, 643-644 (2001) (להלן: פרשת צדקא) ("ככלל, נקבע מיהו 'עובד' על-פי המבחן המעורב, שעיקרו 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.

<sup>66</sup> 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".

<sup>67</sup> שירות בתי הסוהר דו"ח השב"ס לשנת 2014 188 (2014) (להלן: דו"ח השב"ס לשנת 2014). רשימת המפעילים שבהם האסירים עובדים נתונה לאישור מראש של השב"ס, ראו אלישע, לעיל ה"ש 50, בעמ' 346.

האסירים עוברים סדנאות הכשרה מיוחדות,<sup>68</sup> ותפקידם הוא פעמים רבות בליבת המפעל. עם זאת אף שיישום המבחן באשר להבחנה בין עובד לפריילנס/קבלן היא בעלת משקל ניכר, שכן קל יותר להניח שעבודות שאינן בליבת העסק יבוצעו בידי פריילנס/קבלן – בענייננו, מבחן עזר זה אינו מסייע כלל. במילים אחרות, לא 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. ברומה לזה, עניינו של מבחן "הזיקה האישית" הוא שהמועסק אינו רשאי לשלוח אדם אחר לבצע את העבודה במקומו.<sup>69</sup> אי-התקיימות המבחן בהקשרו ה"רגיל" מעיד על התקשרות עם קבלן עצמאי, שכן הלה עשוי לשלוח את עובדיו לספק את השירות הנדרש. בפרשת נאיף מבחן זה מתקיים, שכן כאמור במסגרת השיקום הפרטני, האסירים אחראים לאתר את מקומות התעסוקה בעצמם, והם גם מנהלים בעצמם את ההתקשרות עם מקבל העבודה.<sup>70</sup> ועם זאת אין בכך להעיד על היותם עובדים שונים ממבצעי 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 לפריילנס/קבלן, שכן סביר יותר שפריילנס/קבלן 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 ייקבע על

<sup>68</sup> דוח השב"ס לשנת 2014, לעיל ה"ש 67, בעמ' 192.

<sup>69</sup> ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק נ' תה"ל – תכנון המים לישראל בע"מ, פ"ד לו 817, 836–837 (2002): "ביצוע עבודה באופן אישי הינו 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 [3]. 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 [3], 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 איל זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב 113, 133–136 (1992); גולדברג "מהותם של יחסי עובד-מעביד", לעיל ה"ש 4, בעמ' 93–95. לעמדה אחרת, הגורסת כי מבחן הקשר האישי הוא מבחן סף, ולדיון מקיף יותר בהקשר זה ראו דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5, בעמ' 46–49. לגישתי, מלבד הדרישה לקיומו של מקבל עבודה, כפי שציינתי בה"ש 5 לעיל, אין לדרוש דרישות נוספות על אלו שאציג במסגרת המבחן הכלכלי-חברתי.

<sup>70</sup> עם זאת הדברים עשויים להיות שונים כשמדובר בשיקום הקבוצתי, כפי שמעיד ניסים קשי, לשעבר ראש מערך התעסוקה בשב"ס. האסירים העובדים בשיקום קבוצתי עובדים במקומות עבודה יצרניים שונים שהשב"ס כורת עימם חוזה, ולרוב עובדים בקבוצות של שלשות. המעסיקים בשיקום הקבוצתי אינם יכולים לבחור את עובדיהם אם כי במקרים מסוימים העובדים עוברים הכשרות שעשויות במבחן המציאות להטות את הכף גם כאן להתקיימות מבחן הזיקה האישית. ניסים קשי "תעשיות שירות בתי הסוהר – איכות כתנאי קיומי לארגון" צוהר לבית הסוהר 9, 108, 109–110 (2005).

בסיס שעתי.<sup>71</sup> 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 פרילנס/קבלן. אף שהפרקטיקה שמתגמלת אסירים לפי תפוקה הפכה נפוצה יותר בעשורים האחרונים בישראל, ברי שהיא אינה מעידה על מעמדם כקבלנים עצמאיים.<sup>72</sup> בדומה לזה, תתי-מבחנים אחרים שמתקיימים בעניינם של אסירים – כגון מבחני "הבלעדיות והגמישות" (ברי שהאסירים אינם גמישים באשר לשעות העבודה ולמקום העבודה וכי אינם עובדים בעבודה אחרת) ומבחן "אספקת כלי העבודה" (שכמובן מסופקים על ידי מקבל העבודה) – אינם יכולים לתמוך בסיווגם 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 בהבחנה בין עובד לפרילנס/עצמאי, שם שליטתו של המעסיק על אופן ביצוע העבודה והפיקוח על היבטיה הטכניים (כגון שעת הגעה לעבודה, מספר שעות העבודה וכדומה) מעידה שמבצעת העבודה היא שכירה. מבחן עזר זה פותח מתוך ההנחה כי הפרילנס/קבלן אינו כבול במגבלות אלו, ומכאן התועלת שבו להבחין בינו לבין העובד השכיר.

לפיכך הנגרייה קיימה פיקוח ושליטה על עבודתו של נאיף ואולם בניגוד למסגרת עבודה "רגילה" התקיימה שם גם "שכבת פיקוח נוספת" על ידי שב"ס בכמה היבטים. כזכור, נאיף לא הורשה לנוע בחופשיות מחוץ למפעל<sup>73</sup> ונזקק לאישור שב"ס לצורך יציאה ללקוחות וכן כדי לעבוד שעות נוספות.<sup>74</sup> מפקחים מטעם השב"ס גם הגיעו לביקורות תקופתיות קצרות במפעל לוודא שהעובד מועסק על פי הנהלים. למרות האמור, המפעל עצמו נותר הגורם המרכזי שקבע בעניינים האמורים ופיקח על העבודה, שכן המפעל קבע את צורכי העבודה ובכללם את שעות העבודה ואת הצורך בשעות הנוספות או בנסיעה ללקוחות. לפי הרציונל המקורי של מבחן עזר זה, "שכבת הפיקוח" הנוספת מחזקת את

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

<sup>72</sup> נוסף על הנדרש כאן אציין כי מגמה זו פוגעת בשיעור התגמול שמקבלים אסירים בעבודה יצרנית ואף מפלה אסירים מבוגרים או בעלי מוגבלויות. להרחבה על התשלום על פי תפוקה כפרקטיקה פוגענית, ראו מילמן-סיון ושגיא "ציבוריות כלאיים", לעיל ה"ש 12.

<sup>73</sup> פרשת נאיף, לעיל ה"ש 1, בפס' 11. בשיקום קבוצתי הם נוסעים בהסעות שמארגנים המעסיקים וזוכים לפיקוח צמוד על טיב ביצוע עבודתם מצד המעסיקים. אלישע, לעיל ה"ש 50, בעמ' 346.

<sup>74</sup> פרשת נאיף, לעיל ה"ש 1, בפס' 11.

סיווג האסיר כעובד, וודאי שאינה גורעת ממנה.<sup>75</sup> ועם זאת כאן יושם המבחן באופן הפוך, שמסייע להחריג אסירים מיחסי עובד-מעסיק.<sup>76</sup>

שימוש כאמור במבחן עזר זה הוא בעייתי. הרציונל המקורי ביקש להבחין בין פיקוח ושליטה של המעסיק לבין מצב שבו 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 בידי המעסיק הוא 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 אין מדובר בעובד – רק משום שהעובד מומשג במבחן המעורב כתמונת ראי לעצמאי.

כיצד אפוא יש להתייחס לסוגיית הפיקוח? ניתן להתייחס לשכבת פיקוח זו בכמה דרכים אחרות. כשנהלים 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".<sup>77</sup> בהנחה שנאיף יוכר כעובד, ייתכן שהפיקוח הנוסף של שב"ס

<sup>75</sup> למותר לציין כי מקומות עבודה רבים כפופים בהקשרים שונים ל"שכבות פיקוח" נוספות, רגולטוריות ואחרות.

<sup>76</sup> לחשיבות מבחן הפיקוח בהקשרים של עבודת אסירים השווה לפסק הדין: Cox v. Ministry of Justice [2016] UKSC 10.

פסק הדין של בית המשפט העליון של הממלכה המאוחדת עסק בסוגיית האחריות השילוחית בנויקין במקרים שבהם 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 שסחב 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 אף שהאסיר אינו נחשב "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 מהעובדה שהאסיר השתלב בעשייה של בית הסוהר וכי לבית הסוהר היו שליטה ופיקוח על מעשיו. זאת ועוד, בהחלטה לאפשר ערעור על פסק הדין בערכאה הנמוכה קבעו השופטים כי העובדה שהעבודה נעשתה בכפייה ולא בהתקשרות חוזית הופכת את מערכת היחסים בין האסיר-עובד לבית הסוהר למערכת יחסים הדוקה יותר, ככל שיש לכך השפעה על פסק הדין בערכאה הנמוכה. *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).

<sup>77</sup> ההבחנה שעורך המשפט הישראלי בין הסוגיות של מיהו עובד ומיהו מעסיק אינה נקייה ממחלוקת בקרב משפטני העבודה בעולם. סוגיית התחולה של 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 L. IND. RELAT. 7, 23–26 (2017). איני מביעה עמדה במחלוקת זו במאמר זה, אך אציין כי בהקשר הנוכחי קיימת חוסר בהירות בדבר "מיהו מעסיק". לצורך המאמר נניח כי המעסיק הוא מקבל העבודה בעבודות החוץ, אם כי מעמדו של שב"ס כמעסיק משותף אפשרי טרם הוברר.

יוביל למסקנה כי שב"ס ייחשב ל"מעסיק במשותף" של נאיף, עם המפעל יחד.<sup>78</sup> 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. את מבחן התלות הכלכלית, למשל, היה נהוג לפרש בפסיקה כמבחן שנועד לקבוע אם למבצע העבודה יש מקור הכנסה נוסף, כלומר אם ההכנסה מהמעסיק שבחסותו העובד מבקש להיות מוכר כשכיר הייתה הכנסתו היחידה.<sup>79</sup> הרציונל למבחן זה יסודו בכך שעסקים/פריילנסים פועלים לרוב אל מול כמה לקוחות ואינם תלויים כלכלית בלקוח אחד. תלות כלכלית בלקוח אחד עשויה אפוא להחליש את סיווג הפעילות כעסק/פריילנס. עם זאת רציונל זה אינו מתקיים במסגרת השלב המקדמי. לו יישמנו מבחן זה כפשוטו, הוא היה עשוי להוביל בקלות לחיזוק סיווגו 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.<sup>80</sup> מכאן – וזהו לב הטיעון – שהכשל המתואר אינו נובע מטעות מקרית של הפסיקה או מיישום 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.<sup>81</sup> האם ראוי לאמץ פרשנות רחבה למבחן זה שלפיה סיפוק צורכי האסיר בעת המאסר שוללים את תלותו הכלכלית בעבודתו?<sup>82</sup> יש סיבות רבות לדחיית הטענה גם לו הסכנו עם האמירה שיש ליישם

<sup>78</sup> משפט העבודה מאפשר עקרונית לזהות גם את שירות בתי הסוהר כמעסיק משותף כפי שכבר נאמר בהערת אגב בפסק דין אזורי אחר: ראו פרשת קרינאת, לעיל ה"ש 4, בפס' 7. לאחורונה, בפסק דין ע"ע 18-06-47271 (ארצי) התאמה השמה ומידע (1995) בע"מ נ' הפוטה (נבו 5.7.2020). הציג בית הדין התפתחות מעניינת של דוקטרינת המעסיק במשותף שעל פיה אפשרית העסקה משותפת באשר לחובה אחת בלבד. ייתכן שדוקטרינה זו עשויה להיות רלוונטית במקרה של עבודת אסירים, אולם דיון מעמיק בסוגיה זו חורג מגדרי המאמר.

<sup>79</sup> תת-מבחן זה, שהפסיקה הוסיפה למבחני ההשתלבות, קובע כי ככל שגדלה התלות הכלכלית במעסיק, כך ייחשב המועסק לעובד, ראו עניין מור, לעיל ה"ש 13, בעמ' 649-650; ע"ע (ארצי) 568/06 שושן נ' קל שירותי נופש ותירות בע"מ (נבו 3.1.2008). לביקורת על מבחן זה ועל הרלוונטיות שלו לתקופתנו, ראו זמיר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 161-165.

<sup>80</sup> במילים אחרות, יישומו של המבחן, שבהקשר המקורי שבו נוצר מסייע רבות להבחנה בין עצמאי לעובד, אינו מסייע להבחנה בין עובד לבין אסיר שעובד למטרות שיקום משום שאין כל היתכנות להתקיימותו של מצב הדברים שאותו נועד המבחן למנוע, שלפיו ההתקשרות החוזית משקפת מצג שווה של "עצמאי", מצג שקל לזהותו כשלאותו "עצמאי" יש לקוח אחד בלבד שבו הוא תלוי כלכלית.

<sup>81</sup> כאמור, סוגיית ההכרה באסיר כעובד ותחולתו של שכר מינימום נדונו במאוחד בבג"ץ שדות, לעיל ה"ש 22. נוסף על זה 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 מושג על שב"ס והוא אינו משתתף בעלות אחזקתו" (להלן: מענה לבקשת חופש מידע 2017).

<sup>82</sup> 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

את המבחן המעורב בהקשר זה. העובדים בשיקום הפרטני נמצאים זמן קצר לפני שחרורם, אז יצטרכו לדאוג לעצמם כלכלית. היות שרובם יתקשו למצוא עבודה עם שחרורם,<sup>83</sup> הם עשויים להיות תלויים בשכר שהצליחו לחסוך טרם שחרורם. האם אין אנו יכולים להכיר בתלות כלכלית הצופה פני עתיד (קרוב)?<sup>84</sup> נוסף על זה, לאסירים רבים הוצאות ניכרות נוספות על מה שהשב"ס מספק. לחלקם הוצאות הכרוכות במשפחתם או בחובות אחרים.<sup>85</sup> גם ההוצאות הכרוכות ביציאה לעבודה בשיקום פרטני, לפחות חלקית, עוברות אל האסיר – במסגרת הצפייה הכוללת מהם לעבור להתנהלות שוקית מלאה.<sup>86</sup>

חשוב מכך, פרשנות רחבה כאמור חורגת מהפרשנות המקובלת ועשויה להוביל לעיוותים בהקשרים אחרים (שוקיים-כלכליים) שבהם תישם הפסיקה את המבחן המעורב. כך למשל בסוגיית סיווגה של מבצעת עבודה כפרילנס/עובדת העובדה שמבצעת העבודה היא צעירה שגרה בבית הוריה והוריה מספקים לה "את כל צרכיה" לא תוכל להיחשב

מושת על שב"ס והוא אינו משתתף בעלות אחזקתו". יש סיבות להרהר אחר טענה זו: אסירים נאלצים לשלם עבור קניות בקנטנה, ויש אסירים החבים בחובות/תשלום דמי מזונות. ראו עניין קריב, לעיל ה"ש 36, בעמ' 8. ראו גם לאחרונה את ההחלטה בעת"א (מחוזי ב"ש) 17260-08-21 **אטיאס (אסיר) נ' שרות בתי הסוהר** (נבו) 28.7.2022. המתייחסת לזכות האסיר להתקיים בכבוד. ההחלטה קובעת כי יש להותיר בחשבון הקנטנה של אסירים סכום בשווי הקצבה ל"אסיר נזקק" – סכום שיהיה מוגן מפני עיקול – בשל הצורך של אסירים לספק את צורכיהם הבסיסיים בצריכה של מוצרי יסוד הנחוצים להם לטעמם. בשולי הדברים אוסיף כי אם הסוגיה היא שסיפוק צורכי האסירים ממומן על ידי המדינה דווקא, הרי שניתן לבחון סוגיה זו במסגרת שיקולי מדיניות בדבר התוויית אופי המאסר ולשקול מדיניות המטילה את הוצאות החזקתם עליהם, ואיני מביעה עמדה בקשר לזה.

ראו למשל עידו דוידסקו ודרור ולק "תעסוקת אסירים ככלי שיקומי"<sup>83</sup> 4, 13–14 (סקירת ספרות, יחידת המחקר בשירות בתי הסוהר 2011).

דיון מעמיק בשאלה זו חורג ממסגרת המאמר. על חלק מהקשיים שבהם לוקה הטיעון כי אין לשלם שכר מינימום לאסירים משום שהשב"ס מספק להם את כל מחסורם עמדתו במקום אחר: "טיעון זה מתעלם מתכלית נוספת של שכר-מינימום, 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' 327.

"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' 327. ראו גם למשל לאחרונה דיון על הקושי להתקיים בכלל ללא כסף בעת"א (מחוזי חי') 61772-11-21 **דמקינר נ' משטרת ישראל - שירות בתי הסוהר ואח'** (נבו 3.2.2022).

עובדה זו נזכרה למשל בבג"ץ **שרות** לצורך ההבחנה בין עבודות בתוך החומות ומחוץ להן, בדיון על פרשנות סעיף 48(ג) לחוק העונשין. 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[...]. 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 59 לתקנות בתי הסוהר קובעת כי 'ההוצאות שהוצאו למען אסיר בשל יציאתו לעבודת שיקום כגון: הוצאות נסיעה, כלכלה ולבוש, ייחשבו כחוב שחייב האסיר לבית הסוהר' (תקנה 59(א)), וכי מנהל בית הסוהר רשאי לנכות את סכום ההוצאות משכרו של האסיר". בג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 841.



לשיקול לגיטימי. כך, גם מבחן זה, במנותק מתכליתו המקורית, אינו יכול לקדם את שאלת סטטוס העובד, ויישמו אף עשוי להטעות.

לסיכום חלק זה, הדגמתי את חסרונות השימוש במבחן המעורב בדוקטרינת "מיהו עובד" לפי המציאות שנתגלתה בפרשת נאיף. אעבור כעת לניתוח ביקורתי של מבחן המטרה, שידגים את הצורך בהבניית מסגרת נורמטיבית חלופית לדוקטרינת "מיהו עובד". בהמשך, בפרק ב להלן, אפתח חלופה למבחן המעורב ולמבחן המטרה כאחד.

#### 4. מבחן המטרה – ניתוח ביקורתי של הדין הנוהג

התנאי שנחשב עד כה תנאי מקדמי להתקיימותם של יחסי עובד-מעסיק שלפיו על הקשר החוזי בין הצדדים להתאפיין במטרה כלכלית עודכן לאחרונה בפרשת זר,<sup>87</sup> וכך תואר המצב המשפטי טרם השינוי:

עוד טרם הכניסה למבחנים אלה יש לעבור מבחן מקדמי, ועיקרו כי **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** (דב"ע (ארצי) לד/60-3 עזבון בלה ורי - לאורווי בע"מ, [פורסם בנבו] 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 מדיצינית הדסה, [פורסם בנבו] פד"ע ד' 281 (1973); להלן: עניין הלפרין).

אכן, לא כל ביצוע של עבודה במובנה המילולי מקים יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים.<sup>88</sup> בהנחה שמדובר בעבודה המבוצעת למען אחר,<sup>89</sup> ניתן לגישתי לזהות דפוס חוזר המשותף לקבוצות שהוחרגו בשלב המקדמי והוא שמערכת היחסים שבבסיס הקשר בין מבצע העבודה למקבלה נתפס בבית הדין כקשר שאינו כלכלי-שוקי. כך למשל יש מערכות יחסים

<sup>87</sup> פרשת זר, לעיל ה"ש 8, פסקה 59 (ההדגשות הוספו).

<sup>88</sup> 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 ודויר 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 Concerning Wives' Household Labor, 1850-1880*, 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)

שבהן העבודה המבוצעת בידי אחד הצדדים נובעת מרצון טוב לעזור, מיחסי ידידות,<sup>90</sup> מהתנדבות פורמלית,<sup>91</sup> מעזרה הדדית בין קרובים<sup>92</sup> וכדומה. לפי הפסיקה, במקרים הללו מבצעת העבודה באה לעבודה מרצונה בלי להיות נתונה למרות המעסיק: ללא תמורה כספית, ללא התחייבות לתקופה מסוימת, בלי להיות צד לחוזה עבודה, והיא רשאית להפסיק את ההתנדבות/עזרה בכל עת.<sup>93</sup> משכך, נקבע במקרים אלו שמבחן המטרה אינו מתקיים.<sup>94</sup>

הפסיקה מספקת דוגמאות נוספות רבות לקבוצות מבצעי עבודה שהוחרגו בשלב המקדמי, ובהן קבוצת המתמחים והמשתלמים – אחת הקבוצות שמעוררת מחלוקת עיקשת בבתי הדין לעבודה. מתמחים במקצועות חופשיים, כגון משפטים וראיית חשבון, הוכרו כעובדים, אך את סוגיית המשתלמים בחנו בתי הדין באופן פרטני והגיעו למסקנות מגוונות בתחומי עיסוק שונים ובהקשרים שונים – מסקנות שאינן בהכרח עקיבות.<sup>95</sup> מקרה נוסף

דב"ע (ארצי) לט/2-30 גוטפריד נ' עובד המנוחה קראוס פ"ד יא(1) 214 (1980).

ע"ע (ארצי) 1270/00 פרידמן נ' הוז פ"ד 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.

ע"ע (ארצי) 712/07 מנשרוף נ' גלנצר (נבו) 13.5.2009; ס"ק (אזורי ת"א) 1148/02 הסדרות העובדים הכללית החדשה נ' אל על נחבי 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 אם כן לשקף את האיוון שבין החובה להעניק לכל עובד, שכן מינימום, הדרוש לקיום צרכיו הבסיסיים, ובין אי החלת חוק שכן המינימום על מי שאינו 'עובד', אלא עוסק ברכישת ידע או כישורים המקצועיים, 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, הנן תנאי ראשון ליצירת יחסי עובד ומעביד ביניהם. [...] 2. האם אופייה של ההכשרה הנו כשל הכשרה המועברת במוסד הכשרה לימודי או הכשרה במסגרת יחסי עובד ומעביד? 3. מהו משך ההכשרה, היקף השעות והאם מתאפשר לחניכים לעבוד במקביל להכשרה? [...] 4. האם מפיך המעסיק רווח מההכשרה? [...] 5. כוונת הצדדים". יש לציין כי לכל אחד ממבחנים אלה קבע בית הדין מבחני משנה ואינדיקציות. בענייננו התשובות לכלל השאלות מצביעות על היותם של החניכים בקורס ההכשרה לדיילות באל על עובדים; בדומה לזה פסק בית הדין בדיון לב/3-43 (ארצי) הלפרין נ' הסדרות מדיצינית "הדסה", פ"ד (ד) 281, 288 (1973), שמתמחה ברפואה הוא "עובד" בצינו שהדין אינו מבחין בין "עובד" לבין "חניך", ולכן החשיבות היא בבחינת מטרת הקשר; ראו גם ד"מ (אזורי ת"א) 2154-03 ירון נ' ליהי אקוקה פרסומאים בע"מ (נבו) 12.10.2003. בנוגע למתמחים בגרפיקה; נראה שבפסיקה מאוחרת יותר שיקול זה הוביל דווקא לשלילת יחסי עובד-מעסיק בשל התמורה העומדת לנגד מטרת ההתקשרות. בס"ע (אזורי ת"א) 10-03-34958 אבינועם נ' הטכניון - מכון טכנולוגי לישראל, פס' 28 (נבו) 28.2.2016 פסק בית הדין כי מילגאי לתואר מחקרי בטכניון לא ייחשב "עובד", אף שביצע עבודה שניתן לבצעה במסגרת העסקה, בשל מטרת ההתקשרות שאותה אבחן בית הדין כקבלת תואר אקדמי; המשקל הרב שניתן בפסיקה לשיקול מטרת ההתקשרות מקבל ביטוי סביב סוגיית החניכים בהכשרה המעשית של מקצועות הנדסאי האלקטרוניקה במכשור רפואי, שם איוון בית הדין בין שתי מטרות הקיימות בהתקשרות – הכשרה מעשית נדרשת להשלמת

שבו קבעה הפסיקה שעקרונית אין חלים יחסי עובד-מעסיק הוא כשהצד שמבצע את העבודה הוא בעל תפקיד על פי דין, נבחר ציבור או נבחר על ידי ארגון עובדים.<sup>96</sup> זאת, משום שהעבודה מבוצעת מכוח מעמד/סטטוס, ומשכך משפט העבודה אינו חל. גם בנוגע לדירקטורים נקבע לא אחת כי כהונה כדירקטור אינה מקימה יחסי עובד-מעסיק בינה לבין החברה שבה היא מכהנת.<sup>97</sup> על פי הפסיקה, קביעה זו נשענת בין היתר על היותה של דירקטורית אורגן של החברה, ומשכך קיים קושי בהחלת יחסי עובד-מעסיק בינה לבין החברה,<sup>98</sup> וכן משום שהמטרה שביסוד ההתקשרות כאן אינה "ביצוע עבודה" אלא כהונה או ניהול.<sup>99</sup>

הלימודים ואינטרס המעסיק בעבודתו של העובד. כאשר מצא בית הדין כי למעסיק אין צורך בחניך והוא אינו מסתמך עליו, הוא לא הכיר בו כ"עובד". ראו: ס"ע (אזורי חי') 1738-07-11 **גרייב נ' מכבי שירותי בריאות** (נבו 14.4.2013) (להלן: עניין **גרייב**). אולם כאשר נמצא שהמעסיק הסתמך על החניך, התנהג אליו כאל כזה והעסיק אותו במשימות כמו את יתר עובדיו הכיר בו בית הדין כ"עובד". ראו: ע"ב (חיפה) 3244/02 **הלן נ' מדינת ישראל משרד הבריאות** (נבו 29.1.2006). כלומר, אף שבית הדין נמנע מהבחנה קטגוראלית גורפת באשר למעמדם של חניכים בלימודי הנדסאים, הוא העביר בלא דעת את הנטל להוכחת תחולתו של משפט העבודה ועל אכיפתו במקום העבודה על המועסק, שבמקרים אלו היו סטודנטיות שנאלצו לעבוד בכמה עבודות כדי להשלים את לימודיהן. כך, בעניין **גרייב** מצא בית המשפט 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 (אזורי ת"א) 2000-04-12 **שגב נ' מדינת ישראל** (נבו, 8.10.2015) (להלן: פרשת **שגב**)). החשוב לענייננו הוא ראשית כי הפסיקה כיום אינה עקיבה, והיא תוכל להרוויח מהבהרת "מבחן המטרה", ושנית כי העיקרון המאחד בסוגיה זו היא המעבר בין הספרה הכלכלית-שוקית לבין הספרה של "הכשרה ולמידה". ככל שנבין יותר לעומק את מאפייני הלמידה, ההתמחות וההכשרה, כך נוכל לסווג טוב יותר וביתר עקיבות את העובדים/מתלמידים. ליבת העניין היא התייחסות לספרה הרלוונטית (לימוד/הכשרה) ופריטת המאפיינים הרלוונטיים לה, כפי שהחל לעשות בית הדין בפרשת **אל על**, המוזכרת לעיל, ואולי להוסיף להם מבחנים נוספים מתוך הכנת ספירת החינוך/הכשרה. כך למשל ההבנה כי מדובר בספרה לימודית והתחייבה מהם מאפייני ההכשרה עשויות למקד את הדיון במקרים של מקצועות פרופסיונליים במידת המעורבות של הרגולטור והדרגים הפרופסיונליים בהכשרה כפי שנעשה בפרשת **שגב** לעיל, בפס' 20-22. מכיוון שהרגולציה הפרופסיונלית היא חלק בלתי נפרד מהספרה הלימודית/הכשרתית, יש לשקול בחיוב להוסיף את מידת מעורבות הרגולטור והדרגים הפרופסיונליים כמבחן עזר נוסף בספרה זו. לעמדה שונה הגורסת כי יש לצמצם את מבחני העזר בהקשר זה ראו דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5, בעמ' 16-17.

ראו למשל: דב"ע (ארצי) 3-19/ה-**אלבינגר נ' מדינת ישראל**, פ"ד ו(1) 415 (1975) (להלן: עניין **אלבינגר**); ע"ע (ארצי) 525-08 **מסיקה נ' מדינת ישראל – משרד הפנים** (נבו 17.11.2010); דב"ע (ארצי) מח/3-58 **בן-גיגי נ' ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל** פ"ד יט(1) 541 (1988). 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 לבירור 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, בעמ' 53-56; ע"א 536/65 **כץ נ' חברת "קציף" בע"מ** פ"ד כ(3) 533 (1966) (להלן: עניין **קציף**); עניין **לאורווי**, לעיל ה"ש 64.

<sup>98</sup> עניין **קציף**, לעיל ה"ש 97.

<sup>99</sup> עניין **לאורווי**, לעיל ה"ש 64.

משרתי הקבע הם קבוצה נוספת שהנמנים עליה אינם מוכרים כעובדים.<sup>100</sup> שירותם של משרתי הקבע אינו מוסדר במפורש בחקיקה ראשית<sup>101</sup> אלא במסמכים פנימיים, בפקודות הצבא, שם נקבע כי אין חלים יחסי עובד-מעסיק בין משרת הקבע לצה"ל.<sup>102</sup> בדומה לשב"ס, גם הצבא מצהיר במפורש שכוונתו היא שמשרתי הקבע לא ייחשבו לעובדים,<sup>103</sup> ובית המשפט העליון קיבל עמדה זו בהלכת **עובד**.<sup>104</sup> המשפט הישראלי מסווג את משרתי הקבע כקבוצה שמקבלת עליה מרצון את הסטטוס של חייל בשירות קבע, סטטוס המעוגן במשפט הציבורי. על אף קבלתו של הסטטוס בהסכמה, משרתי הקבע אינם מסווגים כצד לחוזה עם הצבא וחלים עליהם דיני המשפט המנהלי.<sup>105</sup>

סקירה קצרה זו אינה מתיימרת למצות את כלל המקרים שבהם הוחרגו מבצעי עבודה מהגדרת עובד בשלב המקדמי אלא להפנות זרקור לחשיבות הסוגיה. על אף מספרם הרב של מבצעי עבודה שמוחרגים בשלב זה, הדיון האקדמי בנושא לוקה בחסר. כך למשל הקושי שביישום מבחנים לא עקיבים בהקשרים שונים, ובכללם גרסאות שונות של המבחן המעורב על ידי הפסיקה, טרם זכה לבחינה מעמיקה. בחינה כזו תוביל לטעמי לויתור מוחלט על המונח "מבחן המטרה" והכרה בחסרונותיו של המבחן כפי שהוא מיושם כיום. לחסרונות אלו נפנה כעת.

"מבחן המטרה", או בניסוחו הרווח מבחן "המטרה העיקרית", הוא מונח 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 של ממש על אופן ההתייחסות הנכונה ל"מטרה", ודומה כי הפסיקה מאמצת את שתי האפשרויות לסירוגין וללא קו מנחה. פרשנות ה"מטרה" כנובעת מהשאיפות של הצדדים הקונקרטיים בהתקשרות היא בעייתית: ראשית, משום שזיהוי המטרה כשאיפה הסובייקטיבית של הצדדים אינו מתיישב עם תכליות עיקריות של משפט העבודה, שככלל אינן מייחסות משקל רב ל"כוונת הצדדים" במישור קביעת הסטטוס של עובד.<sup>106</sup> נזכיר שבמסגרת המבחן המעורב נקבע שיש לייחס לרכיב כוונת הצדדים משמעות פחותה יחסית למבחני העזר

<sup>100</sup> ברק-ארו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 119.

<sup>101</sup> ברק-ארו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 114. זאת, בניגוד לשירות החובה והמילואים מאחר ששירות הקבע הוא התנדבותי במהותו, לעומת שירות החובה ושירות המילואים שבהם יש אלמנט של כפייה.

<sup>102</sup> 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 סדיר, והיחסים בינו לבין צה"ל מושתתים על הוראות החוק הצבאי, על פקודות הצבא ועל פקודות אחרות שניתנות לו כדיון". 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).

<sup>103</sup> ס' 9 ל"תנאי שירות", לעיל ה"ש 102.

<sup>104</sup> בג"ץ 279/72 **עובד נ' שר הביטחון**, פ"ד כז(1) 169 (1972). במקרה זה עתר משרת הקבע נגד שחרורו משירות ביוזמת הצבא. ראו גם דב"ע (ארצי) לו/8-2 **חיימוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד ח(1) 472 (1977).

<sup>105</sup> ביקורת על עמדה זו מתחה פרופ' ברק-ארו, לעיל ה"ש 6. לטעמה, ניתן להחיל את דיני החוזים בהקשר זה. ראו גם הספקות שהועלו בפסיקה בעניין **גדרה**, לעיל ה"ש 18.

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

האחרים<sup>107</sup> בשל אי-השוויון המובנה בין עובדים למעסיקים המחייב את צמצומו של חופש החוזים ביניהם. הלכה זו היא בבחינת מושכלות ראשונים בדיני עבודה.<sup>108</sup> יש לזכור עוד ש"כוונות" מובנות במידה רבה לפי ההקשר המשפטי שבו הן מתעצבות, וקביעה נורמטיבית כי יחסי עובד-מעסיק עשויים להתקיים היא כשלעצמה תעצב את ציפיותיהם וכוונותיהם של הצדדים.<sup>109</sup> שנית, פרשנות כזו מייצרת חוסר בהירות בנוגע לשאלה מטרתו של מי מהצדדים היא הקובעת, חוסר בהירות שמתגבר ביחסי עבודה מורכבים. כיצד נזהה את המטרה הרלוונטית במקרים שבהם מתקיימת מערכת יחסים משולשת בין הצדדים?<sup>110</sup> מהו הדין כשקיימים 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 שבהן 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.

אדגים. אשר לשיקום פרטני נקבע כי המטרה היא שיקומית. עם זאת נשאלת השאלה – מטרתו של מי? כשמדובר במטרה סובייקטיבית של הצדדים הרי שבריי שיתכנו פערים בין מטרותיהם של השב"ס והמפעל החיצוני.<sup>111</sup> בנוסף, לא ברור האם יש לבחון את מטרתו של

<sup>107</sup> פרשת סרוסי, לעיל ה"ש 32.

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

<sup>109</sup> מעניינת בהקשר זה פרשת סרוגי (ע"ע (ארצי) 1403/01 סרוגי נ' המוסד לביטוח לאומי פד"ע לט' (2004) 686 (2004) (להלן: עניין סרוגי)). אחד הרציונלים של העסקת אסירים מחוץ לחומות הוא שימשיכו לעבוד במקומות העבודה שבהם 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 העסקה. ייתכן שגם כאן, כשכוונת השב"ס/המעסיקים הפרטיים שיהפכו לעובדים בהמשך העסקתם עשויה להשליך על מעמדם כעובדים מתחילת העסקה.

<sup>110</sup> כך, למשל, בשיקום הפרטני מתקיימת מערכת יחסים כזו בין השב"ס למפעל החיצוני ולאסירים. לצורך הדין אתייחס אל שב"ס כאל גורם אחד ואחיד אף שניתן לשער כי לגורמים שונים במערך הכליאה עשויים להיות אינטרסים שונים ומטרות שונות בהקשרים מסוימים.

<sup>111</sup> 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 באשר לחלקם התשלום הנמוך יותר לאסיר הוא תמריץ להעסקתו. מנגד, גם כאן יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו. בריאיון עם בעלים של חברה גדולה שמעסיקה אסירים ברציפות זה כעשור, התברר כי היחס שלהם לאסירים הוא כעובדים לכל דבר ועניין. למעשה, הן הבעלים והן מנהלת משאבי האנוש שנכחו בריאיון לא היו מודעים כלל לכך שמשפטית אין יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים. מבחינתם האסירים הם עובדים מסורים המפיקים פריון גבוה, והיחס אליהם הוא כאל עובדים אחרים לכל דבר ועניין. ראו ריאיון בזום של המחברים עם מר יוסי חרש וגב' נורית הלר, הבעלים ומנהלת משאבי האנוש של חברת חרש, מיום 09.06.22, עמ' 2 בתמלול.

האסיר; ואם כן, האם יש ליישם מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי לצורך כך?<sup>112</sup> זאת ועוד – באיזו רמת הפשטה יש לקבוע את ה"מטרה"? ברמת הפשטה נמוכה יחסית ניתן לגרוס שעל המטרה לכלול את התנאים שבהם תבצע 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) אף שניתן לומר כי היו לאסיר ולמפעל "מטרה כלכלית" בשיקום הפרטני.<sup>113</sup>

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

באשר לדירקטורים פורש מבחן המטרה לעיתים כמבחן בעל אופי כמותי, כלומר 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 לפי הפעילויות שבהן הושקע רוב העבודה/זמן של העובד/דירקטור. פרשנות זו היא שגויה, שכן היא אינה מתיישבת עם פירושו של המבחן בהקשרים אחרים (הבחנה מהותית ולא כמותית) וגם משום שפרשנות כזו מאמצת במלואה את נקודת המבט הפרטיקולרית של הצדדים הקונקרטיים. לשיטתי, כפי שנראה בהמשך, יש להבין את המונח "עיקרית" כנוגע לשאלה אם עזבונו את הספרה השוקית-כלכלית "לטובת" ספרה 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, הסיווג ייעשה באמצעות כימות התרומה שיקבל מעניק העבודה והשוואתה לתרומה שיקבלו מבצעי העבודה; במענה לשאלה – למי בעיקר תורמת העבודה. פרשנות זו היא צרה מדי. היא נובעת ככל הנראה מהמינוח המטעה של המבחן ואינה מתיישבת עם הצדקות העומק שבבסיסו. העובדה שמבצעת העבודה נתרמת מביצועה אינה מצדיקה לשלול ממנה את סטטוס העובד. במילים אחרות, אין לפרש את "המטרה העיקרית" כמאזן רווח או תועלת מהעבודה למבצע העבודה מחד גיסא ולמקבל

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

<sup>113</sup> השוו לתובנות דומות בנוגע להתנגשות אפשרית בין המטרות של מקבל העבודה לאלה של מבצע העבודה בהקשר של קביעת היקף יחסי עבודה בהקשרים של השכלה ושיקום בארצות הברית, 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).

העבודה מאידך גיסא מתוך ניסיון להתחקות אחר המרוויח "העיקרי"<sup>114</sup>. הרווח לעובדים אינו מגיע על חשבון התרומה למעסיק, ותפיסה זו אינה מעוגנת במידה מספקת בהצדקות להחרגת מבצעי עבודה ממשפט העבודה. כפי שהראיתי, 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, שיידונו בהמשך.

הפסיקה מיישמת מבחנים לא עקיבים בהקשרים שונים, ובכללם גרסאות שונות של המבחן המעורב, אולם 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 בניחות ההצדקות לקיומו של שלב זה. בפרק הבא אציע מסגרת מארגנת אחת לכלל ההחרגות במה שעד כה נחשב ל"השלב המקדמי", מסגרת שאותה אכנה – **המבחן הכלכלי-חברתי**. אומנם מבחן מוצע זה פותח מתוך ההצדקות להחרגת אסירים ממשפט העבודה, אך כפי שנראה, הוא נועד ליישום באופן כללי על כלל מבצעי העבודה המיוחדים (הפועלים מחוץ לספרה השוקית-כלכלית או בשוליה). אדגים טענה זו על קבוצת המתנדבים לאחר שאעמוד על מהות שני חלקיו של מבחן זה.

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

### **1. המבחן המוצע: המבחן הכלכלי-חברתי**

גישת המבחן הכלכלי-חברתי מזהה שתי הצדקות עיקריות 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 תאפשר לפי גישה זו רק כאשר שני חלקיו של המבחן, במצטבר, אינם מתקיימים. במילים אחרות, מבצע עבודה יסווג כעובד אם הפעילות מתקיימת במסגרת ספרה שהיא שוקית-כלכלית בעיקרה, וכן בתנאי שלא ניתן לזהות בבירור 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 מערכות נורמות חלופית (ולא שוקית בעיקרה) שעל 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. העיקרון 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

<sup>114</sup> לדוגמה אחת מני רבות כיצד לעיתים מזהה "תכלית תעסוקתית" כמערכת יחסים שממנה "נותר" המעסיק, ראו פרשת 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".

של הפסיקה – בהעניקה סטטוס של עובד במקרים מסוימים בלבד – היא פעולה של זיהוי מערכות היחסים הרלוונטיות, סיווגן כמערכת שוקית-כלכלית או כמערכת חברתית אחרת, תוך כדי הכרה בהיגיון הפנימי שמכוננת כל מערכת. מובן 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 שבהם טענת הצדדים בבית הדין היא שמדובר בעצמאית/פריילנס, כלומר שהעבודה מתבצעת במובהק במסגרת שוקית-כלכלית. מי שנטען בעניינה כי היא מבצעת את עבודתה לפי רציונל לבר-שוקי/כלכלי (שיקום, למשל) – תיבחן על פי המבחן הכלכלי-חברתי. במסגרת המבחן הכלכלי-חברתי, אם יימצא כי אכן מדובר במועסקת שבעניינה אין ההיבט השוקי-כלכלי חשוב, ושהרציונל החלופי ניתן לזיהוי באופן פוזיטיבי, הרי שיש היגיון בהחרגתה ממשפט העבודה.

במילים אחרות, את "מבחן המטרה" יחליף קודם כול צומת הכרעה ראשוני שבו תזהה הפסיקה את המבחן הרלוונטי – המבחן המעורב או המבחן הכלכלי-חברתי – על פי טענות הצדדים. בכל מקרה שבו 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 לאחת הקטגוריות של המועסקים המיוחדים, יחליף המבחן הכלכלי-חברתי את המבחן המעורב.

הצעה זו תוביל לאחידות רבה יותר בפסיקה, שכן אימוצו של המבחן הכלכלי-חברתי יקדם את ביטולו למעשה של השלב המקדמי. שלב זה יתייחר כמעט לחלוטין, ובמקומו יעוגן צומת ההכרעה המקדמי, שלב כמעט פורמלי שבו תנתב הפסיקה את החלת המבחן המתאים לנסיבות המקרה בצורה אחידה. המבחן הכלכלי-חברתי יקדם את האחידות גם בשל הבהירות שתושג בזכות הבחנה ברורה ועקיבה בין שני רכיביו, בשל היותו מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון ייבחנו היבטיה הכלכליים של העבודה, ובשני – ההיבט החברתי, כלומר התקיימות הרציונל החלופי לביצוע העבודה. כך יתאפשר לפסיקה ליישם מבחן זהה לכלל ההקשרים בהיבט הראשון, הכלכלי מחד, ולעסוק בהקשר הייחודי של כל מקרה במסגרת ההיבט השני, החברתי, מאידך. 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 לתכליותיו של מבחן המטרה בפסיקה, ועל כן יש לחלצן מתוך התבוננות באופן שבו 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 ספרות חברתיות אחרות.<sup>115</sup> הצדקה זו, יש לשער, היא כפולה:

ראשית, בהקשרים לבר-שוקיים/כלכליים יש לשאוף שמערכות יחסים חברתיות ישמרו על העקרונות המארגנים שלהן, בלי שעקרונות השוק – ועקרון הקומודיפיקציה כראש

<sup>115</sup> ראו לעיל ה"ש 65.



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 תפגע במהותן ובהיגיון הפנימי המארגן שלהן. כך, בכל מקרה שבו ההיגיון השוקי נוגד את ההיגיון המארגן של מערכת היחסים החברתית אין להחיל על ספרות מובחנות אלו את הסד השוקי/כלכלי. במקרים אלו ראוי לזהות את הספרות החברתיות הבר-שוקיות באמצעות מבחן נפרד מהמבחן המעורב, מבחן אשר לפחות בחלקו בוחן ישירות ובמדויק את המסגרת הנורמטיבית החברתית הרלוונטית.

שנית, נוסף על הרצון שלא להשית היגיון שוקי על ספרות לבר-שוקיות/כלכליות, שלילת תחולתם של יחסי עובד-מעסיק במצב שבו ההיבט השוקי-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 המשוקעת בשוק במקום שהשוק יהיה משוקע בחברה.<sup>116</sup> משפט העבודה – למצער היבטיו המגנים – נועד לסייע לשיקוע מחדש של השוק (embeddedness) במקום להיכנע להיותם של הכלכלה ושל השוק כפופים לאינטרסים הצרים של בעלי ההון. בתפקידו המגן פועל משפט העבודה כדי לרסן את השוק, לייצר את "התנועה הכפולה" שאותה מזהה פולני, בין היתר בהגבלת מסחורה של העבודה. אכן, העבודה אינה מצרך, ועלינו להחיל עליה עקרונות חברתיים נוסף על שוקיים-כלכליים. בהיעדרם של האחרונים, מתייתר הצורך ברגולציה מגינה.

כך, למשל, אשר לאסירים, נקבע בבג"ץ שדות כי תכליות חוק שחר מינימום, כגון מניעת ניצול, מלחמה בעוני ושמירה על כבוד האדם, אינן רלוונטיות, שכן התכלית המרכזית שמניעה את שירות בית הסוהר אינה כלכלית.<sup>117</sup> כשהתכלית היא שיקומית בעיקרה,<sup>118</sup> אין עוד צורך למנוע ניצול בהצבת רף תחתון לערך העבודה. במילים אחרות, אין עוד חשש ממשי לניצול,<sup>119</sup> ועל כן "מטריית ההגנה" של דיני העבודה, שבהקשרים

<sup>116</sup> KARL POLANYI, THE GREAT TRANSFORMATION: THE POLITICAL AND ECONOMIC ORIGINS OF OUR TIME 60 (2<sup>nd</sup> ed. 2001).

<sup>117</sup> בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 22, בפס' 22. כזכור מהרגע שנקבע כי שאלת תחולתם של דיני העבודה כמכלול אינה עומדת עוד על הפרק, נבדקה בבג"ץ שדות השאלה הצרה אם יש לראות באסיר "עובד" לעניין חוק שחר מינימום, ולעניין חוק זה בלבד. לכן פנה השופט זמיר לתכלית חוק שחר מינימום.

<sup>118</sup> השווה ל-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) משום שמטרת העבודה אינה לצורכי רווח אלא לצורכי קניית הרגלי עבודה וכישורי עבודה וכחלק מהעונש.

<sup>119</sup> "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. השווה: דב"ע מה/0-51 המוסד לביטוח לאומי – שרון [11]; בג"ץ 279/72 עובד נ' שר הבטחון [4]. עבודת אסירים מתבססת בעיקר

רבים משמשים לצורך ויסות המתח בין האינטרסים הכלכליים של המעסיק ושל העובדים, אינה הכרחית עוד.<sup>120</sup> היעדר החשש לניצול נובע מקיומה של מסגרת נורמטיבית חלופית שבה מתקיימת העבודה. ודוק, וידוא התקיימותה של מערכת נורמטיבית זו בפועל הוא חיוני, והתקיימותה של המערכת נבחנת במבחן המשנה השני של המבחן הכלכלי-חברתי, שאליו אפנה 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 היגיון מארגן שאינו היגיון שוקי-כלכלי. ודוק, איני טוענת כי הפסיקה פירשה כך את מבחן המטרה בכל מקרה ומקרה. טענתי היא כי מתוך ניתוח הפסיקה בהקשר של עבודת אסירים, וגם בהתחשב באופן שבו החריגה הפסיקה קבוצות נוספות, ניתן לחלץ תבנית שיושמה באופן דומה פעמים רבות – היגיון מארגן "שוקי-כלכלי".

חמישה מאפיינים עיקריים מצביעים על קיומה של ספרה שוקית-כלכלית, ואותם יש לבחון במסגרת מבחן המשנה הראשון, מבחן ההיבט השוקי-כלכלי:<sup>121</sup> (1) **קיומו של חוזה** בין הצדדים (לפני ביטולו בסרוסי);<sup>122</sup> (2) **הדרישה למערכת יחסים רצונית, וולנטריות** המאפיינת יחסים חוזיים במסגרת שוקית-כלכלית; היבטים אחרים של שוק כוללים (3) **דרישה לתמורה**; (4) **בחינה אם ההסכם נעשה במסגרת משא ומתן 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, וייתכן שהפסיקה תוסיף עליהם בהמשך. אם הפסיקה תבחר לעשות כן, יש להיצמד

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 עבודות 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 "ההדרגה הוספה) בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 22, בפסקה 22.

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

<sup>121</sup> להרחבה על חשיבותם של רכיבים אלו דווקא ראו בהמשך המאמר, ובעיקר בהמשך פרק זה ובפרק ג להלן בנוגע לדיון על אסירים ומתנדבים ולרכיבים דומים המשמשים בשיטות משפט אחרות.

<sup>122</sup> על חשיבותו של רכיב החווה ניתן ללמוד כבר מעמדתו של מירוני הגורסת כי יש לכנות את המבחן המקדמי "מבחן ההתקשרות". ראו מירוני, לעיל ה"ש 3.

לרציונל המארגן של מבחן ההיבט השוקי, כלומר איתור גבולותיה של הספרה 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-דואלית:<sup>123</sup> מחד הם בעלי מאפיינים ייחודיים, ומאידך הפרקטיקה היום-יומית של התנהלותם במפעל נקבעת על ידי מקבל העבודה ולפי כללי 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 יהיו ממושמעים, יגיעו בזמן לעבודה, 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 שהציפייה היא שרוב החובות של מבצע העבודה כלפי מקבל העבודה יישארו על כנם. היעדר יחסי עובד-מעסיק אינו מאיין חלק ניכר מזכויותיו המשפטיות – הן עלי ספר והן בפועל – של מקבל העבודה. מצב זה, שניתן לכנותו "דואליות פוגענית", משקף תחולה של דיני עבודה מסוג מחורר, פוגעני, כזה המעקר את ההיבט המגן של דיני עבודה ואותו בלבד.<sup>124</sup> מצבים אלו מצדיקים את הקמתה של חזקת ההקשר השוקי-כלכלי, שאותה יכול מקבל העבודה לסתור בהרמת נטל ההוכחה שיושת עליו. הפסיקה תוכל, כאמור, גם להוסיף על מבחן משנה זה, במידת הצורך, מבחני עזר.

ניתן להדגים מצב זה בהקשר של עבודות החוץ שאסירים מבצעים. מפעלים פרטיים מחוץ לחומות שנעשות בהם עבודות החוץ מתנהלים בעניינם של כלל 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 בד בבד עם הפרקטיקה היום-יומית של התנהלותם במפעל הנקבעת לפי כללי המפעל השוקיים. מערכת הצפיות השוקית נותרת על כנה וחלה גם על אסיר העובד במקום. ככלל, סביר להניח (אלא אם תיסתר חזקה זו) שבפועל, בשיקום הפרטני, האסיר מתנהל דומה מאוד להתנהלות במתכונת ההעסקה של עובדים "חופשיים". הדואליות באה לידי ביטוי

<sup>123</sup> המונח "דואליות נורמטיבית" מופיע בהקשר דומה במאמרה של דפנה ברק-ארוז, לעיל ה"ש 6. עם זאת משרתי הקבע נהנים מדואליות נורמטיבית שאותה 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.

<sup>124</sup> יש להבחין בין חריגה ממתכונת העסקה השוללת מן העובדים זכויות 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.

למשל בחששם של האסירים מ"פיטורין" (הפסקת עבודתם), ועל כן ניתן לומר שרכיב ה"כפיפות" המאפיין את חווי העבודה אף פועל כאן במידה מוגברת. היעדר יחסי עובד-מעסיק אכן מאיין חלק ניכר מזכויותיו המשפטיות של האסיר אך לא של מעסיקו, ובכך 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, תואם הן את הפסיקה בישראל והן את המשפט המשווה. מבחן זה מבטא עמדת בניינים בין שתי תפיסות קצה לתעסוקת אסירים כפי שהן עלולות ממשפט העבודה האמריקאי. הפסיקה בארצות הברית יוצאת מנקודת מוצא שלפיה יש לבחון את סטטוס העובד של כל אסיר באופן פרטני ועל פי נסיבותיו, לפי מבחן המציאות הכלכלית.<sup>125</sup> במאמר מכוון בתחום מדגים Zatz כי ניתן לזהות בארצות הברית שתי גישות עקרוניות לסוגיית תחולת דיני עבודה על אסירים.<sup>126</sup> 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, ובמצטבר. דרישה זו כוללת למשל את קיומם של ארבעת הרכיבים הראשוניים של מבחן ההיבט השוקי, ודי בהיעדר רכיב יחיד מבין אלו כדי לשלול את סטטוס העובד מאסירים. אין תמה שאימוץ גישה מחמירה זו גרם לדחיית מרבית התביעות שנדונו לפיה וזכתה לביקורת בשל היותה צרה מדי. גישה חלופית ומקילה היא הגישה ש-Zatz מכנה אותה "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 כדי להכיר בו כעובד. Zatz מבקר גישה זו בשל היותה רחבה מדי וכוללת גם מקרים שבהם למשל אין מקבל עבודה שעבורו היא נערכת.

המבחן הכלכלי-חברתי מציע גישת בניינים. הוא רחב מגישת השוק האבסולוטי, שכן חמשת רכיבי המבחן ייבחנו כמכלול, ובניגוד לגישה זו היעדר סממן שוקי אחד כשלעצמו לא יכריע את הכף ולא ישלול את סטטוס העובד. כך יתקבלו תוצאות מאוזנות מאלה של גישת השוק האבסולוטי הנוקשה. עם זאת רכיב התפוקה לא ישמש מבחן עצמאי אלא יבחן במסגרת מבחן המשנה של ההיבט השוקי. לא כל תרומה כלכלית של מבצע עבודה למקום עבודתו תיחשב למספקת לצורך קיום המבחן הראשון. במובן זה המבחן הכלכלי-חברתי צר

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) <sup>125</sup>

זך, לעיל ה"ש 10. על הבלבול באופן שבו יושם מבחן המציאות הכלכלית בארצות הברית בעניין האסירים 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 בארצות הברית חורגת מגדרי מאמר זה. ככלל, רוב בתי המשפט בארצות הברית מגיעים למסקנה כי האסירים שלפניהם אינם מסווגים כעובדים לצורך מכלול החקיקה המגינה 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 בבג"ץ **שדות**, שלפיהם אין להניח שהמחוקק ביקש להחיל את החוק על מי שמקבלים את כל מחסורם ואת כלל מינימום צורכי המחיה שלהם מבית הסוהר עצמו. <sup>126</sup>

מגישת הפרודוקטיביות. גישת ביניים זו תנביע מצבים שבהם נזהה רציונל שוקי-כלכלי גם בהקשרים שאינם שוקיים במובהק. 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 וזניח לעומת רכיב השיקום – ניתן יהיה לקבוע כי אין מדובר ב"עובד".<sup>127</sup>

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. פרשת זר גם תואמת את המשגת מבחן המשנה הראשון כמאפשר החרגה מדיני העבודה רק אם ההיבט השוקי-כלכלי בעבודה הוא זניח. עם זאת פרשת זר מקדמת מודל צר מדי מסיבות שעמדנו עליהן לעיל.<sup>128</sup> לגישתי, יש לקבע את הדרישה לקיומה של מערכת נורמות לבר-כלכלית חלופית – כמבחן משנה נפרד. יש לבחון בחיוב אם מר זר "נוכח" בספרה השיקומית. להרחבה על מבחן משנה זה, השלב השני במבחן הכלכלי-חברתי, אפנה 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 חלופית המצמיחה נורמות והתנהלות שאינן שוקיות-כלכליות במהותן. לפי הרציונלים שהצעתי לקיומו של המבחן הכלכלי-חברתי, המערכת הנורמטיבית החלופית צריכה להיות "נוגדת" (לרציונל כלכלי), כלומר כזו שתיפגע מהחלת הגיונות שוקיים עליה, או בעלת נורמות מובחנות מספיק מנורמות של מקסום רווחים ותחרותית וכך מבצעי העבודה לא ייפגעו קשות מהיעדר חוקי המגן, למשל. המבחן החברתי החלופי תר אחר סממנים המצביעים על קיומה של מערכת כזאת, מערכת אשר דוחה, או למצער מרככת מאוד, את ההיגיון השוקי-כלכלי. אם ניתן לבסס את קיומה של מערכת נורמות כאמור, יקל על הפסיקה לשלול ממבצעי העבודה את סטטוס העובד, בהיעדר היבט שוקי-כלכלי מרכזי.

כך לדוגמה אשר לאסירים ולעובדים בעלי מוגבלויות יש לבסס את קיומן של נורמות המצביעות על התקיימות היגיון פנימי מכוון-שיקום. דוגמאות לספרות לבר-כלכליות נוספות הן אלטרואיזם (כשהעבודה נעשית בהתנדבות), קרבה ואהבה (קרובי משפחה), למידה והכשרה בהקשרי התמחות (מתלמידים במסגרת אקדמית), הייררכייה צבאית וציות בהקשרי ביטחון (עובדי צה"ל). אשר לנבחרי ציבור ניתן לזהות את הספרה הפוליטית כמחייבת את הנבחרים לנהוג באופן המשרת את טובת הציבור, ואשר לקואופרטיבים, כמו

פרשת זר, לעיל ה"ש 8, בפס' 66.

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

127

128

גם אשר 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 ולראות שהיא מתקיימת בפועל במציאות העובדתית הקונקרטיית.

מטרת זיהוי הספרה 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 בשל היעדר מוטיב הרווח ממערכת היחסים שמניעה את העבודה.<sup>129</sup> מערכת היחסים החלופית מייצרת מוטיבציה אחרת לעבודה, וזיהוי יניח את הדעת בנוגע לחשש לניצול. מנגד, כאשר אין מערכת היחסים החלופית ניתנת לזיהוי – חשש זה נותר בעינו גם במצב שבו מקצת הסממנים 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.<sup>130</sup> עבודה בשוק פגום עלולה אפוא לגרום לניצול מבצעי העבודה שבה ביתר שאת. זיהוי המטרה החלופית בכירור יסייע לבית הדין למנוע תוצאה זו, בין היתר בהקשרים שבהם יש חשש ל"שוק פגום" כאמור. נוסף על זה, 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 פונקצייה רגולטורית שתקדם אסדרה ראויה של תחומים שבהם קבוצות מוחלשות מבצעות עבודה. כך, עצם הדרישה של בית הדין להגדיר ולזהות סממנים של ספרת השיקום, למשל, עשויה לקדם את הפן השיקומי בעבודה. דוגמה לכך ניתן לראות בעניין משתקמים בפרשת זר, שם נקבע כי בהיעדר זיהוי ברור של רכיבים שיקומיים במפעלים שבהם עובדים משתקמים יחולו על הצדדים יחסי עבודה.<sup>131</sup> קביעה זו הנביעה דיון באשר לנוכחות סממנים המעידים על קיומה של מערכת שיקומית בפועל ובכלל זה את הפרקטיקה היום-יומית ונוהלי העבודה של המפעל המוגן. כך, מציינת השופטת דוידוב-מוטולה כי היחס של איש מקצוע טיפולי (כגון עובד סוציאלי) אחד למאה משתקמים שנקבע בנוהל משרד הבריאות בנוגע למפעלים מוגנים עשוי ללמד על "היבט שיקומי שאינו אינטנסיבי".<sup>132</sup> ההיבט השיקומי משתקף בחיי העבודה של המשתקמים, והוא כולל (על פי נוהלי 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..."<sup>133</sup> בית הדין אף מציע לשקול להעביר את נטל ההוכחה אם מדובר בעבודה בעלת "מטרה שיקומית

<sup>129</sup> ראו דיון בהצדקות של כבוד השופט זמיר שלא להחיל את חוק שכר המינימום על אסירים, בבג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 22, בפס' 20–22.

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

<sup>131</sup> פרשת זר, לעיל ה"ש 8, בפס' 71–72.

<sup>132</sup> שם, בפס' 51.

<sup>133</sup> שם.

דומיננטית<sup>134</sup> אם לא נערכה בחינה פרטנית ליכולות העבודה של כל משתקם המפונה למפעל מוגן. במקרה שלא נקבעה יכולת תעסוקה הנמוכה מ-81% בנוגע 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 במבחן 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 במתן הכשרות איכותיות או במתן זכויות ושכר באופן מדורג או עזרה במעבר לשוק העבודה. דרישה כאמור גם תיצר תמריץ נוסף לבחון מדי תקופה את יכולות התעסוקה הפרטניות של כל משתקם ולפעול באופנים נוספים כדי למלא את הפונקצייה הרלוונטית שלשמה מתבצעת העבודה – במקרה זה שיקום. דרישה דומה באשר 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**.<sup>135</sup> במקרה זה נדונה תביעתו של עולה חדש מאתיופיה לקבל סטטוס של עובד בשל השתתפותו ביוזמה של הביטוח הלאומי 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, ועימו עולים חדשים נוספים מאתיופיה, לעבוד בעבודות גינון עבור העירייה. מבצעי העבודה היו אמורים לעבוד ארבעה ימים בשבוע ולהקדיש יום בשבוע ללימודים כדי לשרג את כישורי העבודה שלהם. בסופו של דבר 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 וכן נימוקים המזכירים את מבחן המטרה. בית הדין הביע צער על "היעלמותו" של יום הלימודים, אולם המשיך לתאר את ההתקשרות כהתקשרות "סוציאלית" ושיקומית במהותה. בית הדין התייחס לתכלית חוק שכר מינימום שצוינה בבג"ץ **שדות**, כלומר חשש לניצול העובד, וקבע 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".<sup>136</sup> דומה כי הכותרת שניתנה לפרויקט והכוונה שיהיה בו רכיב "שיקומי" הספיקו כדי לשלול סטטוס של עובד ממובטלים שאינם אסירים ושאינם בעלי מוגבלות, ללא בדיקה עובדתית נוספת באשר למהותו של אותו "שיקום". יש לשער כי לו נדרש בית הדין לבחון את הסוגיה מבעד למשקפי המבחן הכלכלי-חברתי,

<sup>134</sup> שם, בפס' 66.

<sup>135</sup> ד"מ (אזורי י-ם) 5732/06 **טשגר נ' עיריית בית שמש** (נבו 12.6.2008).

<sup>136</sup> 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".

ובייחוד לאור ההיבט השני של המבחן – היו תוצאות המקרה שונות, שכן לאור אי-התקיימות יום הלימודים השבועי (ובהיעדר כל היבט שיקומי אחר) הייתה עולה בכירור המסקנה כי ההיבט החברתי של המבחן אינו מתקיים.

לסיכום, מוצע שהמבחן הכלכלי-חברתי, על שני מבחני המשנה שלו, ייושם בכלל המקרים שבהם מקבלי העבודה מבקשים להחריג את מבצעה שלא לפי הטענה כי מדובר בעצמאים. זיהוי מערכת נורמטיבית חלופית במסגרת מבחן משנה עצמאי מתיישבת עם הרציונל שביסוד מבחן המטרה, שעליו עמדתי לעיל, ואימוצו של מבחן משנה כאמור יגביר את האחידות ואת העקיבות 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"הודבקו" לרוב למבחן המעורב ויצרו מעין מבחני כלאיים. אומנם חלק ממבחני עזר אלו ניסו להתחקות אחר מאפייניה הייחודיים של הספרה החברתית הרלוונטית אך הם היו ספוראדיים – בחלקם כרכיב במבחן המעורב ובחלקם כחלק ממבחן המטרה – כפי שאדגים להלן באשר 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 עקיבה לעבודה, פיקוח וכו'), אולם כעת מבחני עזר אלו ייושמו רק אם הם רלוונטיים להבחנה בין הספרה החברתית שעל הפרק לבין "עובד". כפי שראינו לעיל בפרק א.3., רק חלק ממבחני העזר יוכלו לסייע בשאלה אם העבודה התנהלה במסגרת חברתית חלופית. מכל מקום, אימוצו של מבחן זה אינו בגדר מהפך אלא התפתחות טבעית של הפסיקה, שכן ניצניו משתקפים בה כבר כעת. ראינו זאת בפרשת זר בנוגע למשתקמים, ובפרקים ג ו-ד אעסוק בטענה זו גם בנוגע לאסירים עובדים, שם אדון בהרחבה ביישומם של המבחן המוצע. אך בטרם אצלול אל הסוגיה העיקרית – האסירים העובדים – אתעכב בקצרה על הרלוונטיות של המבחן המוצע לקבוצות "מועסקים מיוחדים" נוספות. לשם כך אבחן בתת-הפרק הבא את יישום המבחן הכלכלי-חברתי בסוגיית ההתנדבות.

## 2. המבחן הכלכלי-חברתי – בראי ההתנדבות

כיצד יש ליישם את המבחן הכלכלי-חברתי בסוגיית המתנדבים? מה ניתן ללמוד ממבט על הפסיקה בהקשר זה? מטרתו של תת-פרק זה היא להדגים את חשיבותו של אימוץ המבחן הכלכלי-חברתי בעניינם של מתנדבים באמצעות השוואת ההלכה הקיימת למצב המשפטי שיתקיים עם החלת המבחן המוצע.

מהי ההלכה בסוגיית תחולת דיני העבודה על מי שהוגדרו בחוזה ההתקשרות מתנדבים אך טוענים בדיעבד לזכאותם לסטטוס של "עובד"? הפסיקה שואפת להבחין בין מתנדב "אמיתי" לבין מתנדב "למראית עין", ורק האחרונים – כלומר מי שלמעשה תפקד בפועל כעובד – יהיו זכאים לסטטוס זה.<sup>137</sup> הבחנה זו נערכת על פי המבחן המעורב, ואילו מתווספים כמה מבחני משנה ייעודיים, שתפקידם למקד את הדיון במאפיינים הייחודיים

<sup>137</sup> שלומית ניסקי-רביד קניין רוחני בעבודה – תיאוריה, מעשה ומשפט משווה 259 (2013).



של התנדבות. ינסקי-רביד איתרה בפסיקה חמישה מבחני משנה ייחודיים להתנדבות, שנדונים בפסיקה עם מבחני המשנה ה"רגילים" של המבחן המעורב.<sup>138</sup> סקירת מבחנים אלו תראה כי קיים מתאם בין הנושאים שבהם דנה הפסיקה בעניינם של מתנדבים ובין הסוגיות העיקריות שבהן יעסוק המבחן הכלכלי-חברתי. מבחני המשנה שבהם נעזרת הפסיקה בנוגע להתנדבות הם אלה: (1) מבחן התמורה – אם התקבלה תמורה עבור העבודה ומה טיבה;<sup>139</sup> (2) תפקיד שניתן לבצע בתשלום – אם עבודה זו מתבצעת ברגיל בתשלום – ואם עובד היה נשכר לבצע את העבודה בתשלום אם לא היה מתנדב בנמצא;<sup>140</sup> (3) התועלת למקבל השירות – אם מקבל השירות הפיק תועלת מההתנדבות;<sup>141</sup> (4) "ציבוריות" ההתנדבות – כשהפעילות נעשית במסגרת גוף ציבורי ולמטרה ציבורית ניטה להתייחס לאדם כמתנדב, לעומת פעילות בהקשר מסחרי-פרטי;<sup>142</sup> 5. מבחן הרצון החופשי – אם ההתנדבות נעשתה מרצונו החופשי של המתנדב או שמא נכפתה עליו.<sup>143</sup>

לגישתי, קיים מתאם ברור בין מבחני משנה אלו למבחן הכלכלי-חברתי מאחר שניתן לזהות במבחני המשנה הללו את השאיפה להבחין בין עבודה המתבצעת בספרה השוקית-כלכלית לבין עבודה שמתנהלת על פי מערכת נורמות שבה היגיון מארגן אחר – אלטרואיזם. על כן ראוי שמבחני משנה אלו – שהתפתחו בפסיקה באופן קוואיסיטי כמבחני עזר למבחן המעורב – ימצאו את מקומם במסגרת המבחן הכלכלי-חברתי.

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 סיווג 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 הייתה אמורה להינתן תמורה).<sup>144</sup> גם מבחני המשנה של התועלת למקבל השירות ומבחן הרצון החופשי תואמים את רכיב התפוקה והרצוניות/וולונטריות של ההיבט השוקי-כלכלי. ארבעה ממבחני העזר לזיהוי מתנדבים משתקפים אפוא במבחן ההיבט השוקי-כלכלי. לעומת זאת את מבחן העזר

<sup>138</sup> שם, בעמ' 261.

<sup>139</sup> שם; עניין פרידמן, לעיל ה"ש 91, בפס' 6–7; עניין סרוגי, לעיל ה"ש 109; עב (אזורי נצ') 1684/03 יוסף נ' זיני (נבו 13.4.2005) (להלן: עניין זיני). יניסקי-רביד מציינת כי יש 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 בחלק ניכר מתתי-הרכיבים של מבחני המציאות הכלכלית.

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

<sup>141</sup> יניסקי-רביד, לעיל ה"ש 137, בעמ' 262–263 ע"ע (ארצי) 1182/02 קאזיס נ' ארייט, פ"ד לח' (2003) 394 (2002).

<sup>142</sup> יניסקי-רביד, לעיל ה"ש 137, בעמ' 263; עניין סרוגי, לעיל ה"ש 109; עניין זיני, לעיל ה"ש 139. יניסקי-רביד עומדת, בצדק, על הקושי ביישום מבחן זה בשל טשטוש הגבולות בין התחום הפרטי-מסחרי לציבורי, כפי שמתבטא בין היתר בגופים ציבוריים שעוסקים במטרות מסחריות. עוד לטשטוש גבולות זה ראו מילמן-סיון ושגיא "ציבוריות כלאיים", לעיל ה"ש 12.

<sup>144</sup> יניסקי-רביד, לעיל ה"ש 137, בעמ' 263–264. דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5.

האחרון בנוגע למתנדבים, כלומר 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 הרציונל השוקי-כלכלי. דומה כי שאלת "המטרות הציבוריות" של העבודה נועדה לבסס את קיומה מכיוון שניתן להניח שאלטרואיזם אותנטי ויחסי התנדבות יתקיימו בעבודה הנעשית למען קידום מטרות קולקטיביות-ציבוריות ולא בעבודה המקדמת מטרות פרטיות ומבוצעת למטרות רווח.<sup>145</sup> הציבוריות היא אפוא סממן המבנה את מערכת הנורמות של התנדבות. היעדר תמורה לעבודה<sup>146</sup> 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 אפוא עשוי להופיע הן בשלב הראשון והן בשלב השני של המבחן הכלכלי-חברתי.<sup>147</sup> האם ניתן להסתפק בשני מבחני עזר אלו להבנות את המסגרת של ההתנדבות האלטרואיסטית?

סקירת הפסיקה מזווית הראייה של המבחן הכלכלי-חברתי מגלה שפסיקה זו השקיעה את מרב מאמציה בזיהוי ההיבט השוקי בעבודת ההתנדבות, כלומר במבחני המשנה שמטרתם לזהות את הספרה 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.<sup>148</sup> אימוצו של המבחן הכלכלי-חברתי יחייב את הפסיקה להתמקד ולהעמיק במאפיינים הייחודיים של אלטרואיזם והתנדבות ובכך לעבות ולהשביח את הדיון בהוספתם של עוד סממנים. למשל, מחקר שעסק בהגדרות התנדבות שונות קבע שארבעה ממדים מופיעים בכל ניסיון להגדיר "מתנדב".<sup>149</sup> ממדים אלו הם (1) מידת הרצוניות של העבודה; (2) סוג

<sup>145</sup> מובן שאין כוונתי לקבוע מסמרות בסוגיה זו, וייתכנו מקרים חריגים שבהם גם עבודה המוכוונת לתמיכה בגופים פריטיים עשויה להיות אלטרואיסטית. יש לזכור גם ששאלת "ציבוריותו" של הגוף אינה נקבעת בלעדית על ידי הבעלות בגוף, אלא כוללת ממדים פוליטיים וכלכליים (ראו מילמן-סיון ושגיא "ציבוריות כלאיים", לעיל ה"ש 12). אין בכך כדי לגרוע ממשמעותה של הציבוריות כהיבט חשוב באיתור "רציונל התנדבותי". כאמור, דיון ממצה במהותו של האלטרואיזם וציבוריות חורג ממסגרת המאמר.

<sup>146</sup> ייתכן שלכך כיוון השופט צור בפרשת פרידמן באומרו: "יחסי עובד-מעביד ויחסי התנדבות הם תרתי דסתרי במובן זה שקיומם של יחסים מן הסוג האחד שולל את קיומם של יחסים מן הסוג האחר. אין מצבי כלאיים". עניין פרידמן, לעיל ה"ש 91, בפס' 7.

<sup>147</sup> 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.

<sup>148</sup> דיון מקיף במאפייני ההתנדבות והאלטרואיזם חורג ממסגרת המאמר, ומטרתו כאן היא אך להדגיש את החשיבות שבשאיפה לזהות את המערכת הנורמטיבית החלופית במלואה.

<sup>149</sup> 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 בעניין 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**

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; אם הארגון הפורמלי הוא ציבורי, פרטי או ארגון ללא כוונת רווח); (4) זהות המרוויח מהעבודה (אם הכרחי 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 אם ניתן לכלול גם את מבצע העבודה כמרוויח אפשרי, למשל במצבים שבהם 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 לסיווג של מבצעי העבודה באופן ראוי יותר מהמשך השימוש במבחן המעורב. בכך מתווסף דיון זה להצגת יתרונותיו של המבחן הכלכלי-חברתי. לאחר שעמדתי על עדיפותו הנורמטיבית של המבחן, אעבור ליישמו בפרקים הבאים בעניינה של תעסוקת אסירים.

מטרתם של שני הפרקים הבאים היא כפולה: ראשית, ברמה התאורטית, פריסת תמונה מקיפה ומעמיקה יותר של שני חלקיו של המבחן הכלכלי-חברתי שיידונו כסדרם; שנית, ברמה הדוקטרינרית אבסס 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.<sup>150</sup> פרשת סרוסי, שקבעה הלכה זו, מחזקת את עמדתה של בן-ישראל שככלל ניתן להכיר ביחסי עובד-מעסיק גם במצבים שבהם הקשר עצמו נכפה בהליך בחירה, למשל בהליכי מכרז או בחירות, כמו גם במצבים שבהם הקשר נכפה בדין.<sup>151</sup> עובד כשרות, למשל, שהעסקתו וזהותו נכפתה על המעסיק, הוכר כעובד ונקבע שצמצום יכולת הבחירה של מקבל העבודה אינו מאיין בהכרח קיומם של יחסי עובד-מעסיק.<sup>152</sup> אף בעבודות שת"מ, שם מחויב האסיר

102, 1 (2016). לסקירה של מבחני עזר שבהם נעזרה הפסיקה והצעות נוספות בהקשר זה ראו דוידוב "מבחני הסף", לעיל ה"ש 5.

<sup>150</sup> בג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 22, בפס' 19. כפי שציין השופט זמיר בבג"ץ **שדות**, ההלכה שהייתה מקובלת שנים רבות ומקורה במשפט המקובל ושקבעה כי חוזה הוא תנאי הכרחי להתקיימותם של יחסי עובד-מעסיק נהפכה בפרשת **סרוסי**, לעיל ה"ש 32.

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

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

לעבוד מכוח הדין,<sup>153</sup> מעירה בן-ישראל שניתן להרהר אחר הלגיטימיות שבשליטת תחולת משפט העבודה בעבודות אלו בשל הלכת סרוסי.<sup>154</sup> הלכה זו הסירה אפוא מחסום מרכזי להחלת דיני עבודה על אסירים, אך בה בעת היא אינה מחייבת את החלתם. קיומו או היעדרו של חוזה עבודה פורמלי אינו הציר הבלעדי שסביבו סב 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 את מיקומה של העבודה בספרה השוקית-כלכלית, והדין שמחייב את האסירים לעבוד מקשה את סיווגם כעובדים.<sup>155</sup> ודוק, אף שהתקשרות רצונית היא תנאי הכרחי להתקיימותו של הקשר החוזי – ראינו שמדובר בשני רכיבים נפרדים.<sup>156</sup> זיהוי כפייה או היעדר רצוניות בעשייה תפגע פגיעה ממשית בהתקיימות מבחן המשנה הראשון גם בהיעדר התניית סטטוס העובד בחוזה. כך גורס גם השופט צור בהערת אגב בפרשת גדרה, בקובעו כי שלילת יחסי עובד-מעסיק מאסירים נובעת מכך שבבסיס היחסים עומדת הכפייה.<sup>157</sup>

ואולם, חלק ניכר מאוכלוסיית מבצעי העבודה בבתי הסוהר אינו עובד בכפייה. לכלל הרחב המחייב עבודה בבתי הסוהר יש כמה חריגים, ובהם אסירים אזרחיים,<sup>158</sup> כמו גם כלל העצירים שטרם נדונו, אשר עובדים בהסכמתם בלבד.<sup>159</sup> חריג נוסף מעוגן בסעיף 48 (ג)

<sup>153</sup> ס' 48(א) לחוק סדר הדין הפלילי.

<sup>154</sup> בן-ישראל דיני עבודה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 518. למרות זאת בן-ישראל מסופקת בנוגע לאפשרות שהפסיקה בפועל תחיל יחסי עבודה על אסיר-עובד במטבח וקובעת כך: "לא מתקיים לגבי התנאי המחייב שההתקשרות 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 דרישת ההתקשרות החוזית בספק, אך קשה לקבל כי המקרה של האסיר הוא המקרה שעליו תיושם ההלכה החדשנית".

<sup>155</sup> יש להבחין בין היעדר הרצוניות לבין עצם היעדרו של חוזה פורמלי ולבין החלת החובה לעבוד בדין. היעדר הרצוניות עמד, למשל, ביסוד בג"ץ כטיב, פסק הדין הראשון ששלל את תחולת דיני העבודה על האסיר-העובד. כבר עמדתי על הבעייתיות שבהסתמכות על בג"ץ כטיב. מדובר בפסק דין ישן, משנת 1963, אשר נתן ביטוי לתפיסה שהייתה מקובלת לפני פסק דין סרוסי. עם זאת יצוין כי היעדר הוולונטריות ולא היעדר החוזה כשלעצמו הוא ציר מרכזי להחרגת האסירים מתחולת משפט העבודה: "והאסירים עומדים בעבודתם תחת פיקוחם של שלטונות בית-הסוהר, לא מכוח ההתחייבויות שקיבלו על עצמם כלפי מעבידיהם" (בג"ץ כטיב, לעיל ה"ש 15. ההדגשה הוספה). יודגש כי עצם קיומו של החיוב על פי דין לעבוד לא תמיד ולא בהכרח מחייב בסובייקטיבית האסיר אינו מעוניין לעבוד, וכי במובן זה העבודה נעשית בכפייה ובהיעדר רצוניות.

<sup>156</sup> ההסכמה הנדרשת במסגרת יחסי העבודה בכלל ובקשר 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 נ' קוציץ (נבו) 24.9.2009. הדיון במאמר זה יהיה מצומצם יותר, שכן הוא יתמקד בכפייה. אניח לצורך הדיון כאן כי כפייה בלבד (בניגוד להסכמה שאינה אותנטית במלואה) מוציאה את העבודה מהמתחם הכלכלי-שוקי.

<sup>157</sup> "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", ע"ע (ארצי) 1247/01 גדרה נ' מדינת ישראל - צבא הגנה לישראל, פס' 32 לפסק הדין של השופט צור (נבו, 02.09.2003).

<sup>158</sup> תק' 17 לתקנות בתי הסוהר.

<sup>159</sup> שם.

לחוק הפלילי, הקובע כי עבודה "מחוץ למוסדות המדינה" תיעשה "בהסכמה, ובתנאים מקובלים".<sup>160</sup> לפי בג"ץ שדות פורש חריג זה כקובע שאין לכפות עבודה על אסיר העובד מחוץ לחומות בית הסוהר,<sup>161</sup> כלומר בשיקום הפרטני והקבוצתי. בפרשת נאיף התעלם בית הדין בטעות מסעיף 48 (ג) המחייב לקבל את הסכמת האסיר לעבודה זו.<sup>162</sup> יש להניח כי די היה בפנייה 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 לראות בו חוזה התקשרות.<sup>163</sup> אומנם טיב ההסכמה שנותן אדם במאסר תמיד יהיה מוגבל, ולכן בהכרח תהיה עבודתו נגועה במאפיינים כופים.<sup>164</sup> 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 ודאי מוגבלת גם בשל התלות העצומה של האסיר בעבודתו. ואולם, אין הכרח כי כל מאפיין כופה במערכת יחסים בין מבצע למקבל עבודה יאיין לחלוטין את הקשר החוזי ואת רצונית ההתקשרות. לדוגמה, נפסק שההתקשרות שבין משרת הקבע לצה"ל שמתחילה וולונטרית ומקבלת מייד לאחר מכן אופי כופה תוכר "במידת האפשר" כקשר חוזי.<sup>165</sup> ראינו שגישה דומה אומצה גם בנוגע לעובדי הכשרות. בדומה לזה, ההיבטים הכופים שמתקיימים במסגרת השיקום הפרטני הם מינוריים ואין בהם לטעמי כדי לשלול את התקיימותם של שני הרכיבים הראשונים של מבחן המשנה הכלכלי-שוקי.<sup>166</sup> האם סממנים אחרים המאפיינים את הספרה הכלכלית-שוקית מחייבים להחריג את עבודות שיקום החוץ ממשפט העבודה? לכך אפנה כעת.

## 2. מבחן ההתמקחות ומבחן התמורה כסממנים שוקיים-כלכליים

<sup>160</sup> ס' 48 (ג) לחוק סדר הדין הפלילי.

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

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

<sup>163</sup> נכון לכתובת שורות אלו, אין בידי העתק או דגם של חוזה שהאסירים חותמים עליו 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".

<sup>164</sup> נזכור כי גם במצבים של "הסכמה" רצונם של האסירים מוגבל. כך, הפסקת עבודתם עלולה לגרום להרחקתם מאגף שיקום (אגף עם תנאים עודפים). מהותה של הסכמה "מרצון חופשי" בבתי הסוהר מעוררת שאלות נוספות.

<sup>165</sup> ברק-ארז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 121 קובעת במאמרה כך: "ההלכה בענין עובד נכונה מבחינת תוצאתה, אך לא מטעמיה. [...] עם כל הכבוד, יש לחלוק על הלכת עובד במידה שהיא שוללת את ההתייחסות להתקשרות בין משרת הקבע לבין צה"ל כאל חוזה. ההתחייבות לשירות קבע הינה בעלת אופי רצוני, ועל כן, במידת האפשר ראוי להחיל עליה את דיני החוזים" (ההדגשה הוספה).

<sup>166</sup> 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 הראשונים של מבחן ההיבט השוקי אפוא מתקיימים.

שני סממנים נוספים שעשויים להצביע על מיקומה של העבודה בספרה שוקית-כלכלית הם ניהול התמקחות על תנאי העבודה וקבלת תמורה עבורה. לסממנים אלו היסטוריה ארוכה בדיני החוזים במשפט המקובל, ובהקשרים שונים הם היו תנאי מקדמי להכרה משפטית בקיומו של חוזה. ואכן, קיומה של תמורה ומשא ומתן על תנאי החוזה מצביעים על קשר שוקי-כלכלי לעבודה. ראינו כי בארצות הברית, לפי 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 תנאי הכרחי או מספק להחלת יחסי עובד-מעסיק. האם קיימת התמקחות ותמורה בשיקום הפרטני? מאחר שהדיון ברכיב ההתמקחות נבלע רובו ככולו בנייתוחם של רכיבי הרצוניות והקשר החוזי לעיל,<sup>167</sup> אמקד את הדיון להלן ברכיב התמורה.

התמורה היא רכיב יסוד בסרטוט גבולות השוק, וקיומה של תמורה יחזק מאוד את התקיימות מבחן המשנה הראשון. היעדרו עשוי להצביע על התקשרות שאינה שוקית-כלכלית במהותה (אף שבאשר למתנדבים נקבע כי היעדרו אינו מכריע).<sup>168</sup> מכל מקום, התפיסה הרווחת היום בישראל בנוגע לאסירים היא כי הם זכאים לתמורה מינימלית עבור כל סוגי העבודות שהם מבצעים, ובעבודות יצרניות שיעור התמורה יהיה ביחס סביר לשכר המינימום במשק.<sup>169</sup> תפיסה זו באשר לשיעור התמורה הראויה לתעסוקת אסירים עברה תהפוכות דרמטיות במהלך השנים. בשנות השישים – בתקופה שבה ניתן בג"ץ **כטיב** – נקבע רף עליון בלבד לתשלום התמורה. בתקופה זו הוגבל שכר האסירים לרף מרבי של לירה אחת ביום,<sup>170</sup> כאשר בפועל הייתה התמורה הממוצעת נמוכה במידה ניכרת מסכום זה ונעה בין 8 ל-40 אגורות ליום, שעה שהשכר הממוצע היומי במגזר בעל ההכנסה היומית הנמוכה ביותר בתעשייה (הלבשה והנעלה) היה כ-7 לירות ליום.<sup>171</sup> כלומר, התמורה שקיבלו האסירים הייתה כ-7 אחוזים מהשכר הממוצע הנמוך ביותר בתעשייה. לעומת זאת בעת מתן פסק הדין בג"ץ **שדות** – כארבעים שנים מאוחר יותר – היה שכר האסירים בעבודות יצרניות כ-82% משכר המינימום במשק.<sup>172</sup>

כיום אסירים מקבלים תמורה רבה עבור עבודה יצרנית, אך תמורה זו נמוכה במידה ניכרת משכר המינימום במשק. בעקבות פסיקת בית המשפט המחוזי בעניין **קריב** – שם נקבע כי תשלום בסך של 14.70 ₪ לשעה לעבודה במפעלי יזם (מחצית משכר המינימום) אינו עומד במבחן הסבירות – עודכנו תעריפי התגמול במפעלים אלו. אומנם באופן תמוה ומאכזב לא כלל העדכון קטגוריות תעסוקה נוספות, כגון עבודות חוץ או עבודה יצרנית

<sup>167</sup> ראו הדיון בפרק 1.1. לעיל. במשפט המקובל למשל נקבע כי כדי שעבודה תיחשב לכזו המתבצעת במסגרת השוק, צריך להתבצע "סחר חליפין" מסוג כלשהו. במסגרת סחר חליפין כזה המעביד מקבל את עבודתו של העובד, שהתמורה בה היא לרוב כספית. על הצורך בתמורה כשמדובר בתעסוקת אסירים ועל הטענה כי בתעסוקת אסירים במשפט האמריקאי אין מתבצע סחר חליפין "אמיתי" שכן "המשאב" כבר מצוי ברשות/בעלות בתי הסוהר, ראו זק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 888–889.

<sup>168</sup> ראו הדיון בפרק 3.3. לעיל.

<sup>169</sup> עניין **קריב**, לעיל ה"ש 36.

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

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

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

במפעלי יזם. כך, על פי נוהלי שב"ס משנת 2021 בעבור עבודה במפעלי יזם (בתוך החומות) התמורה היא בסך של 18.9 ₪ לשעה, ואילו בעבור עבודות חוץ התמורה נמוכה יותר, שכן היא נותרה בסך של 14.70 ₪ לשעה.<sup>173</sup> תוצאה אבסורדית זו, שלפיה המינימום המחויב בעבודות חוץ קבוצתיות נמוך מהתשלום המחויב בעבודות יזם, אינה רלוונטית ממילא לשיקום הפרטני, שכן התמורה שם מוסדרת בהסכמה בין האסיר למקבל העבודה (ומאושרת על ידי שב"ס). החשוב לענייננו כאן הוא כי העבודה היצרנית בשיקום חוץ אינה נעדרת תמורה מספקת אף שבשיקום קבוצתי תמורה זו עשויה להיות נמוכה במידה מדאיגה משכר המינימום.<sup>174</sup> המציאות התעסוקתית שבה עובדים אסירים בשיקום חוץ ובייחוד 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, כלומר את סוגיית הפיריון של האסיר-עובד, ואלה אעבור כעת.

### 3. מבחן התפוקה: בין "תפוקה מינימלית" ל"תפוקה מקסימלית"

התפוקה היא רכיב מרכזי באפיונה של עבודה כשוקית-כלכלית. כזכור, בארצות הברית, לפי גישת הפרודוקטיביות, שאימצה את מבחן התפוקה כמבחן בלעדי, הוכרו רוב האסירים כעובדים<sup>175</sup> מאחר שהמבחן יושם כמבחן יחיד וקבע רף נמוך יחסית של פרודוקטיביות. על פי המבחן הכלכלי-חברתי, שבו רכיב התפוקה אינו משמש כמבחן יחיד, יש לאמץ את העמדה האמריקאית שלפיה די בתפוקה נמוכה יחסית כדי לקיים את המבחן. גישה זו מתיישבת עם הפסיקה בפרשת זר אשר אימצה לאחרונה עמדה דומה באשר למשתקמים כפי שנראה להלן.<sup>176</sup> 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.<sup>177</sup>

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

<sup>173</sup> למעלה מן הנדרש ציינן כי הנוהל משקף מציאות אבסורדית ומנוגד לפרשנות הפיזית-גאוגרפית שניתנה בבג"ץ 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 בעניין קריב שלא ייעד את קביעותיו לחול על מפעלי היזם לבדם, ויש לקוות כי יעודכן בקרוב. להרחבה בנושא זה ראו מילמן-סיון ושגיא "ציבוריות כלאיים", לעיל ה"ש 12.

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

<sup>175</sup> זך, לעיל ה"ש 10, בעמ' 6-925.

<sup>176</sup> ודוק, עצם אימוץ התפיסה החדשנית והפרוגרסיבית המשתקפת בפרשת זר בקשר לתעסוקת אנשים עם מוגבלויות 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.

<sup>177</sup> ההשוואה של אסירים לאנשים עם מוגבלויות היא מתבקשת ורלוונטית כאן, משתי סיבות: ראשית, קיימת זהות מצרפת בין שתי הקבוצות, שכן רבים מהאסירים הם אנשים עם מוגבלויות; שנית, וחשוב יותר, ההצדקה המרכזית להחרגתן של שתי הקבוצות היא כי העבודה מתבצעת לצורכי שיקום.

[...] 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.<sup>178</sup>

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).<sup>179</sup>

פרשת זר מתווה אפוא מבחן מרחיב בנוגע למשתקמים, הקובע כי במצבים שבהם 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 – קבעה 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 קשר 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").<sup>180</sup>

גם כאשר למבחן הכלכלי-חברתי יש לאמץ את גישת התפוקה המינימלית לפי המגמה העולה מפרשת זר. די ברף נמוך יחסית של תפוקה או תועלת כלכלית שמקבל המעסיק לכאורה כדי לסייע במיקום העבודה בספרה השוקית-כלכלית.<sup>181</sup> במילים אחרות, כאשר מדובר בעשייה שאינה "פיקטיבית לגמרי", יש לקבוע כי רכיב התפוקה במבחן המשנה הראשון מתקיים. בניגוד למגמה מרחיבה זו ניתן לזהות בעניינם של אסירים גישה מצמצמת.

בפרשת נאיף יושמה הגישה המצמצמת שמציבה רף תפוקה שניתן לכנותו מקסימלי. כזכור, נקבע בנאיף כי המטרה המרכזית בהעסקתו אינה כלכלית בשל המגבלות שהוטלו על עבודתו, שמהן ניתן להסיק שהנגרייה העסיקה את נאיף "ממניעים ציבוריים". עם זאת

<sup>178</sup> פרשת זר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 46.

<sup>179</sup> שם, בעמ' 32 (ההדגשות הוספו).

<sup>180</sup> שם, בעמ' 47 (ההדגשות הוספו).

<sup>181</sup> אכן, דיון מעמיק על "קו הגבול" הרצוי של תפוקה בקשר לאסירים ובכלל נדרש, אך הוא חורג מגדרי מאמר זה.



הרושם העולה מהעובדות הוא כי המגבלות שהטיל שב"ס, שתוארו בפסיקה כ"קשות"<sup>182</sup>, פגעו בתרומתו הכלכלית של נאיף למפעל פגיעה מינורית 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 הסובייקטיביות של מקבלי העבודה, מטרות שאינן רלוונטיות בענייננו.<sup>183</sup> ייתכן שמפעלים ומעסיקים מסוימים אכן בוחרים להעסיק אסירים גם ממניעים אלטרואיסטיים טהורים, ולצורך הדיון אניח שמקצתם חווים מניע זה כמרכזי להעסקה. נוסף על זה, אין חולק כי אסירים נתרמים מהאפשרות לעבוד בעבודות חוץ. ובכל זאת מאחר שתכליתו של המבחן הכלכלי-חברתי מתמקדת בשאלה אם מערכת הנורמות המרכזית שחלה על העשייה היא כלכלית-שווקית, ראוי לבחון באופן אובייקטיבי את התפוקה ולייחס משקל קטן יותר לכוונת הצדדים. את התפוקה יש להעריך לפי הגישה המרחיבה שיושמה בפרשת זו.

לו הייתה גישה זו מיושמת בשיקום הפרטני, קל היה להסיק שרכיב התפוקה מתקיים.<sup>184</sup> אף אם הפירון מהאסיר-עובד נופל מ"תפוקה מלאה" בשל מגבלות השב"ס, אין לשלול את התקיימותו של רכיב התפוקה. יש לבחון כל אסיר בפני עצמו, ובפרשת נאיף בחינה כאמור הייתה 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 מעטה.<sup>185</sup> המשך העסקתו בתקופה שלאחר השחרור מחזק השערה זו. לסיכום, נראה כי יש היבט שוקי-כלכלי מספק בעבודתו של נאיף, וכי מבחן המשנה הראשון מתקיים. במקרה כזה נטל ההוכחה עובר אל המעסיק לכאורה אשר ינסה להראות כי קיימת מערכת נורמטיבית

<sup>182</sup> הן כללו את הדרישה לאפשר את הגעתם של בודקים משב"ס במהלך שעות העבודה, אשר בחנו 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 שילווח את האסיר-עובד למקום ההרכבה ואת פרטי הלקוח. אישור דומה נדרש אם התבקשו שעות נוספות, וכן התמודדות עם לקוחות שהלינו בדיעבד, לעיתים, על שליחת אסיר לביתם.

<sup>183</sup> כבר עמדתי על כך שמבחן המטרה הוא מבלבל בהקשר זה, ראו הדיון בפרק ב.1. לעיל.

<sup>184</sup> גם על פי מבחן מחמיר יחסית, שנדחה בפרשת זו בעניינם של משתקמים, ושלפיו תיערך השוואה בין הפגיעה בתפוקה – כלומר בתועלת הכלכלית שהמפעלים מקבלים מהעסקת האסירים – לבין התמורה שהם משלמים לאסיר, יש לקבוע כי עבודות החוץ הן פרודוקטיביות. יש להניח כי רובם ככולם של סוגי העבודות שהאסירים מבצעים בתוך החומות יעברו גם מבחן פרודוקטיביות מחמיר כזה. עם זאת, כאמור, לטעמי אין הצדקה להחלת מבחנים שונים על קבוצות שונות של עובדים. ודוק, גם אם ההנחה שחלק מהמעסיקים אינם מקבלים תמורה מלאה עבור השכר מהאסירים שאותם הם מעסיקים, הרי אין בכך כדי לחייב את המסקנה שנדרש לא להחיל על הצדדים יחסי עבודה. כלומר, אין הכרח כי האסיר, שאמור להרוויח משיקום, יספוג את מלוא ההפסד. היה אפשר להניח כי אם מדובר בתעסוקה "משקמת" שעליה אמונה המדינה, הרי שניתן לסבסד חלק מ"ההפסד", אם אכן קיים.

<sup>185</sup> את סוגיית הפירון של אסירים יש לבחון באופן פרטני, ובחינה מחקרית כוללת טרם התקיימה בישראל.

חלופית נוגדת ששוללת מתן סטטוס עובר. אבחן אפוא גם את יישומו של מבחן המשנה השני, כלומר את קיומה של ספרה לבר-שוקית חלופית – השיקום.

#### ד. המבחן החברתי החלופי: האומנם 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 [...] ("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)<sup>186</sup> אף שבעבר שירת מוסד תעסוקת אסירים גם מטרות לבר-שיקומיות, שחלקן קיימות גם כיום. תזכיר החוק לתעסוקת אסירים קובע כי לתעסוקה כמה מטרות, ובכללן שיקום, טיפול ומתן אפשרות לאסיר לתמוך במשפחתו.<sup>187</sup> מטרות אלו עולות בקנה אחד עם תפיסה קרימינולוגית המצביעה על תחום התעסוקה כמהותי בחיי האסירים וכן כבעל השפעה ארוכת טווח על תפקוד הפרט לאחר שחרורו.<sup>188</sup> אין מדובר בקביעה של מה בכך לנוכח תפיסות הפוכות ששגשוגו בישראל ובעולם בעבר הלא רחוק.<sup>189</sup> כך, בבג"ץ כטיב הבהיר בית המשפט כי תכליתה של עבודת אסירים היא במקצתה חלק מהעונש ומקצתה כדי למנוע בטלה בבתי הסוהר, שכן בטלה עשויה להוביל להפרת הסדר בבית הסוהר. אכן, תעסוקת אסירים היא כלי יעיל לשמירה על סדר וביטחון ("שקט תעשייתי"), שכן היא מאפשרת לאסירים לשחרר מתח ולחץ.<sup>190</sup> גם כיום שמירה על סדר וביטחון היא מטרה מוצהרת של תעסוקת אסירים. מטרה לבר-שיקומית נוספת בתעסוקת אסירים נוגעת לתרומה הכלכלית שיש בעשייה זו להוצאות תחזוקת בתי הסוהר.<sup>191</sup> למעשה, קשה לדמיין כיצד יוכלו בתי

<sup>186</sup> 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 המדינה דוח שנתי 64 לשנת 2013 ולחשבונות שנת הכספים 2012 475 (2014).

<sup>187</sup> תזכיר חוק תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38.

<sup>188</sup> 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). המדינה משאבים רבים בתגבור מערך השיקום בישראל, ראו למשל יוחנן ועקנין, קתירין בן-צבי, תומר כרמל "השיקום משתלם" צוהר לבית הסוהר 150, 148 21 (נובמבר 2021).

<sup>189</sup> ראו מילמן סיון ושגיא "ציבוריות כלאיים", לעיל ה"ש 12 להרחבה על התקופות השונות בהיסטוריה של עבודת אסירים בישראל.

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

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

הסוהר שלא לחרוג הרבה מתקציבם לו היו נדרשים לשלם שכר שוק או שכר מינימום עבור מכלול העבודות והשירותים שהם מקבלים מהאסירים. כך בייחוד בכל הכרוך לעבודות השת"מ שמבצעים האסירים בתוך חומות הכלא ומחוץ להן. אף שמטרות לבר-שיקומיות אלו הן חיוניות – כיום נתפסת הגישה השיקומית כמשקפת את תכליתה המרכזית של תעסוקת אסירים בישראל.

ספקנות באשר למרכזיותן של תפיסות שיקומיות בפרקטיקות של תעסוקת אסירים הלכה למעשה הייתה ביסוד חלק מהביקורות שהוטחו במוסד תעסוקת האסירים על גלגוליו השונים בארץ ובעולם. כך, מחקרים קרימינולוגיים בעולם מבקרים את התעסוקה מאחורי הסורגים, בין היתר בשל זיהויה עם שוק כלכלי שפועל לאו דווקא על פי מטרות שיקומיות.<sup>192</sup> נוסף על זה, תפיסות פרוגרסיביות של המאסר בכלל<sup>193</sup> 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 ברציות המונח "שיקום", וכפי שציינה בצדק השפטת דוידוב-מוטולה בהקשר של תעסוקת אנשים עם מוגבלות, מדובר במונח שנוי במחלוקת.<sup>194</sup> ביקורות אלו הן חשובות וראויות, ואולם קצרה היריעה מלדון בהן כאן דיון ממצה.

לצורכי 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 באשר לשיקום חוץ קבוצתי ופרטני.<sup>195</sup> אאמץ גישה זו כהנחת מוצא ואתמקד במטרה השיקומית כמטרה החלופית היחידה הרלוונטית לצורך יישומו של המבחן החברתי החלופי, מאחר שלא ברור אם המטרות הלב-שיקומיות 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

<sup>192</sup> כך למשל, נטען לאחרונה במחקר שנערך בצ'כיה כי העדפת התעסוקה על פני תוכניות טיפוליות, כגון טיפול בטרואמה, אף פוגעת 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. 20(2) (2021) <https://doi.org/10.1177/14773708211012624>

<sup>193</sup> 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 'שיקום' עלול להתפרש כ'נטוע בתפיסה פטרונית, שיקומית וסגורגטיבית, שאינה הולמת עדין 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 זר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 32.

<sup>195</sup> אלישע, לעיל ה"ש 50.

מערכת נורמטיבית לגיטימית כוללת כגון שמירה על הסדר בבית הסוהר.<sup>196</sup> חידודה של עמדה זו הוא אחד מיתרונות אימוצו של המבחן הכלכלי-חברתי. השאלה היא אפוא אם ניתן לזהות בעבודות החוץ את ההיבט השיקומי, במובחן מההיבט הכלכלי-שוקי. האתגר שמקשה על מענה משפטי ראוי לשאלה זו הוא כפול: הצורך בהבחנה ברורה ובהירה בין קטגוריות התעסוקה השונות והמשגת תכליות השיקום בכל אחת מקטגוריות אלו.<sup>197</sup>

התייחסות מובחנת למגוון קטגוריות התעסוקה ב"מנעד התעסוקתי" הקיים תחשוף את מה שאכנה "פרדוקס השיקום" בהקשר של דיני העבודה. כזכור, מטרתו של המבחן החברתי החלופי היא לזהות סממנים של מערכת נורמטיבית בעלת היגיון פנימי מארגן מובחן מהעיקרון השוקי-כלכלי. ואולם, אם התכלית השיקומית בתעסוקת אסירים היא שילובו של האסיר בשוק החופשי, הרי שהשיקום פועל במידה רבה "דרך השוק". לכן בהקשרים רבים – כשסממני השיקום נוכחים במידה הרבה ביותר בקטגוריה מסוימת במנעד התעסוקתי – הרי שבהכרח נוכחים שם במידה הרבה ביותר גם סממני השוק. כך, סממני השוק המובהקים שזיהינו במסגרת השיקום הפרטני הם הם הגורמים שעבודה זו היא גם המשקמת ביותר מתוך קטגוריות המנעד התעסוקתי. כיצד ניתן אפוא להצדיק את החרגת האסירים ממשפט העבודה בשל היות "המטרה העיקרית" לא שוק אלא שיקום? נצייע לבחון את "פרדוקס השיקום" באמצעות הבחנה בין "שיקום כתעסוקתיות" לעומת "שיקום כטיפול".<sup>198</sup> שתי משמעויות אלו לשיקום נדונו בהרחבה בהקשר של משתקמים במפעל מוגן.

## 2. בין תעסוקתיות לטיפול ופרדוקס השיקום

<sup>196</sup> השוו לעמדתה של הסנגוריה הציבורית באשר לתזכיר חוק תעסוקת אסירים, לעיל ה"ש 38, אשר מציין במפורש מטרת נספוח 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 הסנגוריה הציבורית לתזכיר חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תעסוקת אסירים), התשע"א-2010" 2 (חוות דעת של הסניגוריה הציבורית, 9.11.2010). ברי כי קשיים כלכליים של מעסיק פוטנציאלי אינם יכולים להוות רציונל חלופי, אולם דיון עומק בסוגיית השמירה על הסדר בבתי הסוהר כרציונל חלופי חורג ממסגרת המאמר.

<sup>197</sup> כל ניסיון להמשיג במדויק את משמעות השיקום בהקשר התעסוקתי של עבודת אסירים ייתקל מייד במורכבותו של מושג זה, והמשגה כזו חורגת מגדרי המאמר. מטרתו של פרק זה היא להצביע על חשיבותו של הדין הפסיקטי באשר לתעסוקת אסירים ולהעיר כמה הערות ראשוניות על האופן שבו נדון המונח עד כה במשפט, כבסיס לדיון עתידי כאמור. מדובר בדיון שונה מהדיון הקיים בספרות הקרימינולוגית שמתמקדת בבחינת תעסוקת אסירים כפונקצייה של הירידה ברצידיביזם.

<sup>198</sup> ודוק, ייתכן תאורטית שהבחנה בין שני הפנים של השיקום בתעסוקת אסירים הייתה יכולה להיווצר ולדון גם במסגרת "מבחן המטרה" (אני מודה לקוראים האנונימיים ולחברי המערכת על הערה זו). עם זאת העובדה היא שבמשך עשרות השנים שבהן הופעל מבחן המטרה בתעסוקת אסירים דיון מעמיק כאמור טרם נעשה. לטענתי, אין תמה שדיון כאמור לא נעשה שכן מבחן המטרה אינו מכונן את הפסיקה להעמקה מסוג זה. זהו אחד מיתרונות המבחן הכלכלי-חברתי, אשר מייחד את השלב השני במפורש 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.

הספרות מבדילה בין שני היבטים מובחנים ל"שיקום" בהקשר של תעסוקה במפעל מוגן:<sup>199</sup> היבט אחד נוגע לשיקום כמסוגלות תעסוקתית או תעסוקתיות (employability). בתמצית, מטרת התעסוקה כאן היא להכין את האדם עם המוגבלות לתעסוקה בשוק החופשי באמצעות הקניית קשת של יכולות וכישורים למבצעת העבודה שיאפשרו לה לקבל ולשמור על מקום עבודה בשוק.<sup>200</sup> לעומת זאת ההיבט השני, שיקום במובן 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 תייחס ערך שיקומי רב לעבודה אם זו 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 "שילבי שיקום" שבהם "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 הגדול ביותר, שכן זוהי ההכשרה הטובה ביותר לעבודת שוק.<sup>201</sup> 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.<sup>202</sup> זוהי תרומה חשובה להתגברות על הקושי של אסירים למצוא עבודה לאחר השחרור.<sup>203</sup> מקסום ה"תעסוקתיות" הוא אפוא מטרה שיקומית מרכזית של השב"ס והיא מתממשת

<sup>199</sup> אריק רימרמן ושירי כץ "מדיניות התעסוקה המוגנת כלפי אנשים עם מוגבלויות קשות בארצות המערב ובישראל: סקירה ודיון" **ביטחון סוציאלי** 65, 111 (2004).

<sup>200</sup> 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).

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

<sup>202</sup> אורי תימור ואפרת שהם "עמדות כלפי חזרה של אסירים משוחררים לקהילה" **קרימינולוגיה ישראלית** ג 81, 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).

<sup>203</sup> בישראל 50% מהמועמדים לתפקיד יידחו אם יש להם עבר פלילי כלשהו. שיעור 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. על פי נתוני הרשות לשיקום האסיר עולה כי בשנת 2010 רק 46% מהאסירים המשוחררים מצליחים למצוא עבודה לאחר השחרור מהכלא. ראו: הרשות לשיקום האסיר **סיכום שנת עבודה 2010** 46 (2011).

כנראה בשיקום הפרטני.<sup>204</sup> בה 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 חופף למעשה לספירה השוקית-כלכלית. עבודות אלו הן שמקנות לאסירים כישורי עבודה נחוצים להשתלבות בשוק העבודה ומכינות אותם לחזור אל "העולם שבחוץ". הכנה זו היא שיקומית גם בשל ההנחה שקשרים ושיתוף פעולה עם העובדים האחרים שאינם אסירים יסייעו בידם להפנים ערכים ודרכי פעולה נורמטיביות.<sup>205</sup> העובדה שמדובר בעבודות שבהן האסירים גם מרוויחים את המשכורת הגבוהה ביותר תורמת אף היא לאפיון כמשקמות לעומת עבודות השת"מ שדומה שבהן התעסוקתיות היא הפחותה ביותר, ונוסף על זה נעדרים מהן גם חלק מהסממנים השוקיים-כלכליים שניתן לזהות בעבודות החוץ.<sup>206</sup> כך, כשלפי מבחן המטרה סממני השוק אמורים (לכאורה) להתמעט או לדעוך ככל שהמטרה החלופית (שיקום) מתחזקת – שהרי מדובר במטרות מתחרות והמבחן נועד "לגלות" את המטרה "העיקרית" – במסגרת עבודת אסירים שתי המטרות כרוכות זו בזו. השיקום הפרטני הוא מסגרת העבודה המשקמת ביותר (במובן

<sup>204</sup> מחקרים בארץ ובעולם אינם חד-משמעיים באשר ליחס שבין עבודה לרצידיביזם, בין היתר בשל מגבלות מתודולוגיות ובשל ההבדלים בין קטגוריות עבודה מסוגים שונים. עם זאת חלק מהמחקרים מצאו קשר ישיר בין תעסוקה בכלא לבין ירידה מסוימת בשיעורי הרצידיביזם, והשב"ס מציב את הגדרת שיעורי התעסוקה כמטרה מרכזית. ראו למשל: David Weisburd et al., *Reinforcing the Impacts of Work*, 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 (2) CORRECTIONS: POL'Y, PRACTICE AND RESEARCH 89 (2020).

<sup>205</sup> תאוריית השיקום של קרייסי (Differential Association and Rehabilitation) דנה בצורך זה מתוך פרספקטיבה שלפיה ניתן לשקם עבריינים ולהחזירם למוטב באמצעות מסגרות מתאימות. התאוריה דנה בתהליך של שיקום דרך **תברות מחודש** (Re-socialization). תאוריה זו ממשיכה את התאוריות 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. כדי לעשות כן על המוסד לספק תנאים חלופיים לתנאים שהעברייין הכיר עד כה בחייו ולייצר **קבוצה חיובית להזדהות שהעברייין יבחר ללמוד ממנה**. EDWIN H. SUTHERLAND, DONALD R. CRESSEY & DAVID F. LUCKENBILL, *PRINCIPLES OF CRIMINOLOGY* (1992).

<sup>206</sup> חגיית לרנאו, עורכת דין מטעם משרד המשפטים, אומרת דברים דומים: "כשמדובר על תעסוקת אסיר התפישה 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 (2014.28.10) (להלן: פרוטוקול ישיבה 390). השוו לדבריה של מירי רגב בישיבה זו, אז בתפקידה כיו"ר הוועדה, המצוטטים בתחילת פרק זה.

תעסוקתיות) ואולם גם המטרה השוקית-כלכלית נוכחת בה באופן הברור ביותר. אין תמה אפוא שפרשת זר מכירה באפשרות ששתי המטרות תתקיימנה בד בבד: ניכר ששיקום במובן תעסוקתיות מתממש במיטבו ככל שהעבודה "שוקית" יותר.<sup>207</sup> 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 באשר לתעסוקת אסירים.

תפיסה המזכירה שיקום כטיפול עולה בנוגע לאסירים בהקשר של אסירים עם מוגבלויות, אסירים הזקוקים לגמילה, אסירים שלא עבדו מעולם וכאלו שמתקשים מסיבות שונות לסגל לעצמם הרגלי עבודה וכישורי עבודה מינימליים. במקרים אלו מטרתה של תעסוקת אסירים היא להקנות להם שגרה והרגלי עבודה בסיסיים – מטרה שלא תוכל להתממש במסגרת הכללים הנוקשה שבהם חייבים האסירים לעמוד במפעלים יצרניים, ולכן מדובר כאן בתעסוקה המזכירה היבטים של שיקום כטיפול. תפיסה כזו אינה שוללת בהכרח את קידומו של יעד התעסוקתיות ביצירת שגרה שעוזרת להפנמת הרגלי למידה ועבודה. עם זאת תרומה כאמור תהיה תוצאת לוואי של העבודה בלבד ולא המטרה המרכזית שלה בטווח הקצר. עמדה קרובה לזאת קיימת גם בהקשר אירופי.<sup>208</sup>

<sup>207</sup> ראו למשל סקירה עדכנית על יתרונות עבודות החוץ (אשר נעשות מחוץ לבית הסוהר ובדרך כלל במסגרת שוקית) במאמרו של וויסבורד לעיל, בה"ש 202, עמ' 243–244. המחקרים על תעסוקת אסירים ורצידיביזם מצביעים לעיתים על תוצאות סותרות, אך קיימת עמדה שלפיה מציאת תעסוקה לאחר מאסר, בעיקר בתנאי עבודה טובים ובשכר נאות, עשויה להקטין 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).

<sup>208</sup> "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).

סוג העבודות שמוזכר לרוב בנוגע לתפיסה זו הוא עבודות השת"מ, והצורך להקנות לאסירים הרגלי עבודה מוזכר לעיתים כמצדיק את התגמול המזערי שניתן בגינן. טענת השב"ס היא כי רכישת הרגלי עבודה וקבלת אחריות בביצועה יאפשרו לאסיר להשתלב בשוק העבודה בעתיד ולכן מדובר בכלים שיקומיים.<sup>209</sup> שאיפה עתידית זו מכילה גם היבטים של שיקום כתעסוקתיות, 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 היא שיפור ניכר באיכות חייהם. האפשרות לשילוב הדרגתי במסגרת שאליה הם אינם רגילים, הן מבחינת שעות העבודה הן מבחינת הסלחנות לטעויות, כמו גם ההדרכה הצמודה שניתן להעניק אך בספרה חברתית שאינה שוקית-כלכלית, עשויות להיות צעד חשוב בתהליך של 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.<sup>210</sup>

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, ולכן למצער 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 כוללות גם קטגוריות עבודות אחרות. הנחיות בתי הסוהר מבחינות בין שלושה סוגים עיקריים של עבודות שת"מ: בין כותלי בית הסוהר, מחוץ לכותלי בית הסוהר ואסירי עבודה. אומנם הקבוצה הראשונה עוסקת בפעילות הקשורה לסביבת החיים של האסירים (לדוגמה עבודות המטבח והניקיון), אך היא כוללת גם עבודות מורכבות יותר כגון הוראה או תחזוקת המתקן וטיפולו (בינוי). הקבוצה השנייה, עבודת שת"מ מחוץ לכותלי בית הסוהר, כוללת הן עבודות לצורכי הפעלת בית הסוהר (לדוגמה טעינת מזון ופריקתו) והן עבודות המשרתות את כלל שב"ס (לדוגמה תחזוקת כלי רכב). בשתי הקבוצות ניתן למצוא עבודות מקצועיות כגון עובדי תחזוקה ובינוי (חשמל, שרברבות

<sup>209</sup> לדוגמה, ניסים קשי, ראש מערך התעסוקה בזמנו, מתאר בוועדת הכנסת שעסקה בהצעה לתיקון 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 הטבחיות, 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 שאל אם שת"מ הוא שיקום, ועודד ברוק, עוזר ליועמ"ש שירות בתי הסוהר, ענה 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, המשנה ליועמ"ש, שירות בתי-הסוהר, המשרד לביטחון פנים, אשר קבעה בוועדה כי עבודות השת"מ מלמדות את האסירים לקבל עליהם 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).

<sup>210</sup> דוידסקין וולק, לעיל ה"ש 83, בעמ' 8.



ותחזוקת כלי רכב) וגם עבודות מורכבות וקשות כגון תמיכה באסירים סיעודיים.<sup>211</sup> הקבוצה השלישית היא אסירי העבודה. מדובר בקבוצה של אסירים פליליים אשר משוכנים באגפים או בבתי כלא שבהם 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 בידי אסירים. מכיוון שהתגמול תמורתן מזערי וקטן במידה ניכרת משוויין האמיתי בשוק, דומה כי עבודות אלו תורמות בעיקר להיתכנותם הכלכלית של בתי סוהר, ורק בחלק מהמקרים ירכשו כך האסירים הרגלי עבודה בפעם הראשונה. ניכר אפוא שה"תעסוקתיות" היא ההיבט המרכזי ביחסו של שב"ס לשיקום, ועל כן המערכת החלופית שאת סממניה נזהה לצורך המבחן הכלכלי-חברתי תכלול לרוב פרקטיקות המחזקות את סיכויי האסיר למציאת תעסוקה בשוק החופשי ויסייעו לו בבניית חיים נורמטיביים. אין חובה שסממנים כאמור יימצאו בלעדית במקומות עבודה בשוק, והם עשויים לכלול למשל קשר הדוק בין ההכשרה וסוג העבודה שאסירים מקבלים לבין הזדמנויות התעסוקה בקהילה; עבודה אשר מדגישה "כישורים רכים" ומאפשרת לתרגלם, ועבודה אצל מעסיקים שאפשר שימשיכו להעסיק את האסיר.<sup>212</sup> מנגד, תפיסת השיקום כטיפול או כהקניית הרגלי למידה ואחריות עשויה לקדם שיקום במקרים ספציפיים, לדוגמה אם האסיר לא עבד מעולם ויש אינדיקציות קונקרטיות שהוא חסר כישורי עבודה בסיסיים. במקרים אלה יוכל השב"ס להוכיח בנקל 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 קיימת 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.<sup>213</sup> התקיימותו של רציונל השיקום אינו שולל מעיקרו את קיומם של

<sup>211</sup> ס' 15-ט, 16 ו-28ב לפק"צ 04.62.00 "כללים בדבר תעסוקת אסירים בבתי סוהר ומחוז להם" (1.8.2001), עורכן ב-6.4.2017).

<sup>212</sup> Kerry M. Richmond, *Why Work While Incarcerated? Inmate Perceptions on Prison Industries Employment*, 53 J. OFFENDER REHABIL. 231 (2014). במחקרו של ריצ'מונד התלוננו האסירים על חוסר הקשר בין ההכשרה שהם מקבלים בכלא לבין הזדמנויות התעסוקה בקהילה. בלי להתיימר למצות את הדיון, בהקשרים אחרים כגון תוכניות לעידוד תעסוקה בשוק העבודה בישראל באופן כללי, ניתן לזהות כמה 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 הנוספות על מיומנויות פורמליות, דוגמת הכשרה מקצועית, ובמיוחד כאשר מדובר בעובדים לא מיומנים. כלומר, אסטרטגיה של פיתוח הון אנושי. כישורים 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 200, בעמ' 7.

<sup>212</sup> 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.

<sup>213</sup> וויסבורד ואח', לעיל ה"ש 204, מדגימים כי אחד הרכיבים העיקריים שתורמים, לטענת האסירים, לכך שעבודות החוץ תרמו להשתלבותם בחברה היא ההתערות בקרב עובדים שאינם אסירים.

רציונלים כלכליים-שוקיים, שכן הפרקטיקות המודרניות של תעסוקת אסירים השתחררו מתפיסות עונשיות או דתיות של תעסוקת אסירים (עבודה ככפרה על חטא). להפך, ראינו כי היבטים רבים של שיקום תלויים בהיותה של העבודה כלכלית ביסודה.<sup>214</sup> דומה שבשל כך הצעת החוק לעיל מבקשת להגדיר את האסירים בשיקום פרטני כעובדים.<sup>215</sup> 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 העיקרון שעצם הסטטוס של אסיר מונע את החלתם של דיני העבודה. מכאן שבדומה לאנשים עם מוגבלויות, גם בהקשר של אסירים 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 שבין חומות הכלא, כמכוננים יחסי עובד-מעסיק עם בעלי המפעל.<sup>216</sup> יש לקיים גם דיון ברמת המאסדר בנוגע לחלק 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 שיעשה המחוקק. מאמר זה אינו שולל אימוץ התאמות הכרחיות שעשויות להקל את המשך קיומן ואף את 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 ממיסוי למפעלים שיקומו קווי יצור בתוך חומות הכלא.<sup>217</sup> פטור כזה, לו התקבל, היה מאפשר להתיק חלק מעלויות מערך התעסוקה מכתפי האסירים-עובדים – שכיום מסבסדים בפועל את מערך התעסוקה על ידי שחיקה הולכת ומעמיקה של שכרם – אל כתפי המדינה.<sup>218</sup> דא עקא, שמשרד האוצר מסרב להעניק את הפטור המבוקש, וגם את הנושא הזה יש לאסדר בהליכי חקיקה, שראוי שיערכו תוך כדי קיום דיון ציבורי נרחב ושקילת מלוא השיקולים הרלוונטיים שקצרה

<sup>214</sup> בהקשרים מסוימים (כגון התנדבות) ניתן לטעון כי קיומם של רכיבים שוקיים-כלכליים מאיין את קיומו של הרכיב המקדמי השני, ואולם אשר לעבודת אסירים התכלית השונות דווקא מחזקות 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 ה"מתחרות". הן השיקום הפרטני והן הקבוצתי מבוססים על יתרונות שיקומיים שמגיעים יד ביד עם היבטים כלכליים.

<sup>215</sup> ראו דבריה של ח"כ מירי רגב בדיוני הכנסת, לעיל בתחילת פרק ד.

<sup>216</sup> רבים מהאסירים המועסקים בשיקום הקבוצתי עשויים למעשה להימצא כבעלי סטטוס עובד. השיקום הקבוצתי הוא דפוס העסקה בעל 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, בין היתר משום שדיון כזה מעלה ביתר שאת את שאלת היותו של השב"ס מעסיק.

<sup>217</sup> בג"ץ **שדות**, לעיל ה"ש 22; עניין **קריב**, לעיל ה"ש 36; פרוטוקול ישיבה 455, לעיל ה"ש 50, בעמ' 19.

<sup>218</sup> להרחבה על ההבחנה בין ההיבטים הציבוריים של תעסוקת אסירים אל מול ההפרטה הזוחלת שלה – מילמן סיון ושגיא "ציבוריות כלאיים", לעיל ה"ש 12.

היריעה מלפרטם כאן. עם זאת בהיעדר הוראת חוק כאמור, תפקידה של הפסיקה הוא להכיר ביחסי עובד-מעסיק בשיקום הפרטני בין המפעל לאסיר וייתכן שגם אל מול השב"ס בהעסקה משותפת. 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 ושל עבודות החוץ בפרט למרות הקריאה המפורשת של בג"ץ שדות בשנת 2000 להסדיר את התחום וחרף המאמצים שנעשו להציע הצעות חוק בנושא למן 2011. דומה כי רק עם ההכרה שעבודות החוץ מקימות יחסי עבודה ייאלץ המחוקק לקבוע התאמות למודל תעסוקתי זה, ככל שאלו נדרשות.<sup>219</sup>

## 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 שאותו הצעתי לזהות בהבחנה בין הספרה השוקית-כלכלית לספרות חברתיות אחרות הפועלות על פי מערכות של נורמות המובחנות מההגיונות השוקיים-כלכליים. מכאן שמבצעי עבודה שפועלים במערכת כאמור ועבודתם נעדרת רוב הסממנים השוקיים-כלכליים לעבודה – והם בלבד – יוחרגו ממשפט העבודה. כדי 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. אם סממנים אלו אינם זניחים, עובר נטל ההוכחה למקבל העבודה במסגרת המבחן החברתי החלופי. בשלב זה אפשר יהיה להחריג את מבצע העבודה מסטטוס העובד רק אם אפשר יהיה לזהות פוזיטיבית קיומה של ספרה חלופית נוגדת, המכוננת 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.<sup>220</sup> את המבחן המעורב יש לייחד לסיווגם של מבצעי עבודה כאשר הסיבה הלכאורית לטענת ההחרגה היא היותם עצמאיים.

התחלנו את מסענו בשלב המקדמי וסיימנו אותו בצמצומו. המבחן הכלכלי-חברתי, שאותו הצעתי כחלופה למבחן המטרה, מקביל למבחן המעורב, ואינו "מקדמי" לו. במקום מבחן המטרה שמיושם בשלב המקדמי הצעתי להוסיף מעין "צומת הכרעה ראשוני" אשר יקבע אם יש להחיל את המבחן המעורב או את המבחן הכלכלי-חברתי לפי הטעם שבגיניו טוען מקבל העבודה כי יש לשלול את סטטוס העובד. במקרים שנטען בהם כי מבצעת העבודה אינה עובדת בשל היותה עצמאית/פריילנס (ואולי הקשרים שוקיים דומים) – ובמקרים אלו בלבד – יש ליישם את המבחן המעורב.

<sup>219</sup> השוו למצבן של עובדות הסיעור 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 שנושאות בעלות, התמריץ להסדיר את התחום קטן.

<sup>220</sup> כאמור, מבחני עזר מסוימים יכולים לעבור "אימוץ" מחדש בשלב השני של המבחן הכלכלי-חברתי, אך רק במשורה ומתוך התבוננות במידת התאמתם להקשר הספציפי.

התחלנו את מסענו באסירים עובדים בפרשת נאיף – שאותה ביקרתי – והוא הובילנו למבצעי עבודה משתקמים בפרשת זר – שאת מרבית חידושיה אימצתי. הפערים ביישום מבחן המטרה בין שתי קבוצות אלו, פערים לא מוצדקים, חידדו את הצורך להמשיג את המבחן הכלכלי-חברתי כמבחן אחיד שיחול על כלל מבצעי העבודה בקטגוריות הלב-שוקיות המבקשים להיחשב "עובדים". תכליות היסוד של משפט העבודה אפוא מונחות ביסוד המבחן הכלכלי-חברתי, וניצניו נראים בפסיקה קיימת כפי שהודגם גם בהקשר של מבחני הפסיקה באשר למתנדבים.

ברמה הדוקטרינרית החל מסענו בהחרגה גורפת של אסירים ממשפט העבודה לפי 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 ניכרת במבצעי העבודה. על כן לפי התכליות המגינות של דיני העבודה, ראוי לאמץ הנחת מוצא שלפיה 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 על קטגוריות 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 את 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.