



עת"א 4051/01/19 - שמואל קריב (אסיר), הקליניקות המשפטיות - אוניברסיטת תל אביב נגד שירות בתי הסוהר

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"א 4051-01-19 קריב(אסיר) נ' שירות בתי הסוהר
תיק חיצוני:

בפני עותר:	כבוד השופט חגי טרסי
נגד משיב:	שמואל קריב (אסיר) ע"י ב"כ עו"ד משה קשלס ועידית צימרמן הקליניקות המשפטיות - אוניברסיטת תל אביב
	שירות בתי הסוהר

פסק דין

1. עניינה של העתירה המונחת לפני הנו הגמול המשולם לאסירים המועסקים במפעלי יזם פרטיים הפועלים בתוך שטחי שירות בתי הסוהר (להלן: "**מפעלי יזם**").
2. העותר, יליד 1953, נדון למאסר עולם, אשר נקצב לתקופה של 40 שנים, לאחר שהורשע בעבירת רצח. הוא נושא את מאסרו מאז שנת 1990, ותקופת המאסר המלאה עתידה להסתיים בשנת 2030. במהלך שנות המאסר הועסק העותר בעבודות שונות, וביולי 2016 החל לעבוד במפעל היזם "מיבא", מפעל פרטי אשר פועל בשטח בית הסוהר רימונים. עבודתו של העותר כוללת אריזת שקיות פלסטיק המשמשות לעטיפת לחמים. הגמול שמקבל העותר נקבע לפי כמות האריזות שייצר, ללא תעריף שעתי מינימלי, כלומר מחושב על בסיס תפוקה בלבד.
3. לטענת העותר, בשל גילו המבוגר ונתוניו הגופניים, תפוקתו נמוכה מזו של אסירים אחרים, צעירים וחזקים ממנו, והגמול לו הוא זוכה נמוך אף הוא בהתאם. לדבריו, ממוצע הכנסותיו מעבודתו במפעל עומד על כ-8.5 ₪ לשעת עבודה, בעוד ערך הגמול השעתי לאסירים המועסקים במפעלי יזם (להלן: "**ערך הגמול השעתי**"), אשר קבוע בנספח ג' לפקודת נציבות בתי הסוהר מספר 04.62.00 (להלן: "**פקודת התעסוקה**"), עומד כיום על 13.7 ₪.
4. בגוף העתירה מעלים ב"כ העותר ארבע טענות מרכזיות, הדורשות הכרעה: טענתם הראשונה היא כי עבודת אסירים במפעלי יזם, כפופה להוראות סעיף 48 (ג) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן: "**חוק העונשין**") הקובע כי עבודה "**מחוץ למוסדות המדינה**" תעשה רק בהסכמת האסיר ובתנאי עבודה מקובלים; הטענה השנייה הנה כי העסקתם של אסירים במפעלי יזם בשכר לפי תפוקה נעשית בחוסר סמכות, ועל כן היא אסורה; טענה שלישית הינה כי במנותק משאלת הסמכות, אין זה ראוי כי הגמול לאסירים עובדים יחושב על פי תפוקה בלבד, ובדרך זו יעקוף שב"ס את חובת התשלום בהתאם לערך הגמול השעתי המינימלי; לבסוף נטען כי ערך



הגמול השעתי, העומד כיום על 13.7 ₪, אינו סביר, פוגע בכבוד האסירים העובדים, ואינו תואם את ההלכה שנקבעה בבית המשפט העליון בבג"צ 1163/98 **שדות ואח' נ' שירות בית הסוהר**, פ"ד נה (4) 817 (להלן: "**הלכת שדות**") ואת הצהרות המשיב במסגרת אותו הליך; על יסוד טענות אלה מבקשים ב"כ העותר כי בית המשפט יורה על עדכון גובה ערך הגמול השעתי בהתאם להוראות סעיף 48(ג) לחוק העונשין ולחלופין בהתאם לקביעות שבהלכת שדות.

5. להלן תתואר השתלשלות העניינים בעתירה זו, ובתוך כך אף יתוארו ביתר הרחבה טיעוני וטעמי הצדדים.

העתירה ונימוקיה:

6. כאמור, טענתם הראשונה של ב"כ העותר הינה כי יש להחיל על העסקה במפעלי יזם את הוראות סעיף 48(ג) לחוק העונשין. לטענתם, עבודה במפעל בבעלות פרטית, גם אם הוא ממוקם בשטח בית הסוהר, הנה בגדר עבודה "**מחוץ למוסדות המדינה**", ועל כן ניתן להעסיק בה אסיר רק "**בהסכמתו ובתנאי עבודה מקובלים**". לטענת ב"כ העותר, יש לפרש את המונח "מחוץ למוסדות המדינה" פרשנות מהותית - מוסדית, זאת בניגוד לפרשנות הפיזית - גיאוגרפית שניתנה למונח זה בהלכת שדות, לפיה די בכך שמפעלי היזם ממוקמים בין כתלי הכלא, על מנת שלא ייתפסו ככאלה המצויים "מחוץ למוסדות המדינה".

7. טיעוני העותר בהקשר זה נשענים כל כולם על הניתוח המשפטי שערכה ד"ר פאינה מילמן סיון במאמר "**עבודה אסורה: בין הפרטי לציבורי, בעקבות עשור לבג"ץ שדות**", עיוני משפט לו 317, (2013). המדובר במאמר ביקורת על חלק מהממצאים והעמדות שנקבעו בהלכת שדות, ובתוך כך במיוחד על הניתוח הפרשני שערך כב' השופט זמיר, לגבי המונח "מחוץ למוסדות המדינה" שבסעיף 48(ג) לחוק העונשין. לטעמה של המחברת, ניתוח נכון של כוונת המחוקק, לשון החוק ועקרונות פרשנות ראויים, צריך היה להוביל לאימוץ הפרשנות המוסדית ולקביעה כי העסקה במפעל יזם מחייבת הסכמה ותנאי עבודה מקובלים, גם אם המפעל ממוקם בתוך תחומי בית הסוהר. פרשנות מעין זו אף מתיישבת עם המשפט הבינלאומי ועם הוראות אמנה מס' 29 של ארגון העבודה הבינלאומי, העוסקת במיגור עבודה כפויה, אשר אושרה על ידי מדינת ישראל עוד בשנת 1955.

8. שתי הטענות הבאות נוגעות כאמור לפרקטיקה הנהוגה במפעל בו מועסק העותר, שעניינה תשלום על בסיס תפוקה בלבד, ללא כל גמול שעתי מינימלי. ראשית, נטען כי המשיב מפעיל את פרקטיקת הגמול על פי תפוקה ללא סמכות, שכן היא אינה קבועה בחוק העונשין, בתקנות בתי הסוהר או בפקודות הנציבות. שנית, במרבית המקרים, כך לטענת העותר, תגמול המוענק בשיטה זו קטן משמעותית מערך הגמול השעתי. לדידו של העותר מטרתה של פרקטיקה זו הנה "עקיפת" ערך הגמול השעתי, אשר קבעה המשיבה עצמה. יתרה מכך, תשלום לפי תפוקה נותן יתרון משמעותי לעובדים צעירים וחזקים על פני עובדים מבוגרים וחלשים יותר, כך שאימוץ שיטת תגמול שכזו פוגעת במיוחד בקבוצות העובדים המוחלשות מבין האסירים.

9. לבסוף, מבקש העותר לקבוע כי גובהו של ערך הגמול השעתי הנוהג כיום אינו סביר, וכי יש לעדכן אותו בהתאם לקביעות שבהלכת שדות. באותו עניין נקבע, בין היתר, כי הסדר תעסוקת האסירים צריך שיעמוד במתחם הסבירות. אחד השיקולים אשר נמנו לשם בחינת סבירות תגמול האסירים, הוא גובהו של שכר המינימום הקיים, זאת על אף שאסירים אינם זכאים לשכר מינימום לפי חוק שכר מינימום, התשמ"ו-1987 (להלן: "**חוק שכר מינימום**"). העותר טוען כי ערך הגמול השעתי, חורג משמעותית ממתחם הסבירות, ולא עודכן שנים רבות



ביחס לגובה שכר המינימום, אשר חווה עליה משמעותית, ועל כן הוא אינו מידתי ופוגע בכבוד האדם של האסירים.

10. בעת מתן הלכת שדות עמד ערך הגמול השעתי על 12.90 ₪. בתחילה היווה ערך זה שיעור של כ-90% משכר המינימום שחל באותה תקופה, אך לאחר מכן חלה עלייה בגובה שכר המינימום, ובעת מתן פסק הדין, היווה ערך הגמול השעתי שיעור של כ-82% ממנו. בהלכת שדות נקבע כי תגמול שעתי בשיעור של כ-90% מגובה שכר המינימום הינו "סביר", ואילו כזה בשיעור של 82% משכר המינימום "עדין יכול להיחשב סביר". בהתאם לכך נקבע אז כי ערך הגמול השעתי עומד במתחם הסבירות.

11. העותר טוען כי בשנים שחלפו מאז ניתנה הלכת שדות בשנת 2001, חל שינוי ניכר בגובה שכר המינימום, אך מנגד ערך הגמול השעתי כמעט ולא עודכן, ועומד כיום על 13.70 ₪, המהווים שיעור של כ-47% בלבד משכר המינימום השעתי. לטענתו, פער זה הוא שערורייתי, אינו עומד במתחם הסבירות, ואינו תואם את הלכת שדות, אז המליץ בית המשפט העליון למשיב לתת דעתו לפער בין שכר האסיר לשכר המינימום ואולי אף לקבוע פער ראוי או פער מרבי, שיקבל גם ביטוי בהסכמים עם היזמים.

12. עוד טוען העותר כי השיקול של עידוד היזמים להקמת מפעלים בבתי הסוהר, הינו אכן שיקול לגיטימי בקביעת ערך הגמול השעתי, אך דומה כי בשיקולי המשיב הוא מקבל משקל חורג ובלתי סביר, שכן ממילא, זוכים היזמים לתנאים מקלים ואטרקטיביים המעניקים להם יתרון כלכלי רב על פני העסקה רגילה בתנאי שוק, וזאת לפי פרסומי המשיב.

13. לטענת העותר, השכר הנמוך המשולם לעותר בשיטת התשלום לפי תפוקה פוגע בכבוד האדם שלו, ויש בו כדי להשפילו. כמו כן, הוא אינו מקנה לעותר ולחבריו תועלת כלכלית ממשית להסדרת חובות ולתמיכה בבני משפחה, כך שאינו משיג חלק ממטרות התעסוקה, כפי שהוגדרו על ידי המשיב עצמו ואף לא את מטרות השיקום.

14. יתרה מכך, העותר טוען כי השינויים שהתבקשו על ידי בג"ץ בהלכת שדות, הנוגעים בין היתר להסדרת נושא שכר האסירים, ובכללם הצהרות המשיב לעיל, לא קוימו, על אף חלוף השנים.

כתב התשובה המקורי:

15. בפתח הדברים הזכיר המשיב כי סמכותו של בית המשפט לדון בעתירת אסיר מצומצמת לכדי דיון פרטני בעניינו של העותר, כאמור ברע"ב 5898/10 **מגאדבה נגד שירות בתי הסוהר** (23.11.10), ואין להרחיב את היריעה ולדון בעניינים כלליים החורגים מהעיסוק בתנאי מאסרו של העותר.

16. עוד נטען כי הסעדים המבוקשים בעתירה כבר נידונו והוכרעו בהלכת שדות, ללא שינוי נסיבות המצדיק דיון מחודש בסוגיה. גם הפרשנות הגיאוגרפית למונח "מחוז למוסדות המדינה" בסעיף 48(ג) לחוק העונשין, אשר עליה חולק המשיב, אושרה מחדש במרוצת השנים על ידי בתי המשפט העליון והמחוזיים אשר חזרו על קביעות אלו והפנו אליהן.

17. לגופן של הטענות, המשיב מדגיש כי תעסוקת האסיר היא נדבך חשוב בתהליך שיקומו, זאת לפי תקנה 15 בפרק ג' בתקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978, וכי התכלית להעסקת האסירים הינה רחבה וכוללת טיפול



ושיקום האסירים, מניעת בטלה בבתי הסוהר והפגת לחצים ומתחים, שיפור דימויים העצמי של האסירים, ותגמול המסייע לאסיר בשגרת חייו.

18. למערך התעסוקה של שירות בתי הסוהר (להלן: "**מערך התעסוקה**") ביקוש גבוה בקרב האסירים, בין היתר בשל ההטבות האפשריות בתנאי המאסר והתגמול הטמונים בו. מפעלי היזם הינה אפשרות אחת מיני מגוון אפשרויות התעסוקה במערך זה. במפעלי היזם מועסקים כ-2000 אסירים, ביניהם העותר. תהליך שיבוץ האסירים במערך התעסוקה הינו חלק מהתהליך התיקוני והשיקומי אשר עובר האסיר, ומותנה בהתנהגותו, כישוריו והתאמתו לתעסוקה הנדרשת, לצד מרכיבים "תקוניים" נוספים.

19. יצירת מקומות התעסוקה נתונה למגבלות משמעותיות, המקשות על הצורך המובהק בגיוס יזמים פרטיים. מערך התעסוקה סובל מביקוש נמוך מצד היזמים בשל הקשיים הרבים הכרוכים בהעסקת אסירים: צפי לתפוקה נמוכה בשל חוסר מיומנות מצד האסירים, אשר לעיתים אף סובלים ממוסר עבודה ירוד; הימצאות חלק מן האסירים בהליכים טיפוליים שונים המשפיעים על עבודתם; ההשקעה הכרוכה בהכשרת האסירים אשר עלולה לרדת לטמיון; אי היציבות התעסוקתית הצפויה מההעסקה זו, שכן בשל שיקולים שונים אשר המרכזיים בהם שיקולי מודיעין ובטחון, עלולים להתבצע שינויי שיבוץ, להתקיים נסיבות בהן תמנע יציאה לתעסוקה של כלל האסירים או שתמנע העסקת אסיר ספציפי, הגם שעבודתו במפעל כבר החלה; נקודת תורפה נוספת נובעת גם היא משיקולי בטחון - המגבלות בהכנסה והוצאה של חומרי גלם לבית הסוהר, גורמות לבזבז זמן יקר של נותני שירות, אשר מפחית אף הוא את הכדאיות הכלכלית.

20. המשיב ציין כי קשיים אלו מכבידים עליו בגיוס היזמים, ולשם ההמחשה, רק במהלך השנתיים האחרונות 33 יזמים הפסיקו על רקע תחשיבי כדאיות כלכלית את התקשרותם עמו. לפיכך מנסה המשיב להעלות את אטרקטיביות הקמת מפעלי היזם, ומשקיע משאבים ביצירת תמריצים כלכליים: גביית דמי שכירות נמוכים מאלו המקובלים בשוק הפרטי, ובעזרת גובה התגמול לאסירים העובדים במפעלים.

21. עוד הובהר בכתב התשובה כי הקשר היחיד המתקיים הוא בין האסירים לבין שב"ס, ואין כל קשר ישיר בין אסיר כלשהו לבין היזם הפרטי. גורמים מטעם המשיב, הם האחראים הבלעדיים להתנהלות במפעלי היזם ולממשק עם האסירים. המשיב הוא המחליט אלו אסירים יופנו לעבודה במסגרת מפעל היזם, והוא המתגמל את האסירים המשתתפים בתעסוקה מדי חודש, ללא תלות ישירה בקבלת התשלום מן היזם אל המשיב. המשיב מממן את כל הפעלת מערך התעסוקה, אשר נועד לצורך שיקומם של האסירים, ואינו נושא בכל רווח כלכלי מהם.

22. עמדת המשיב, המעוגנת בקביעות שבהלכת שדות, היא כי בין המשיב ו/או היזם הפרטי לבין האסיר לא מתקיימים יחסי עובד-מעביד ואין תחולה לחוק שכר מינימום. תכליתו של מערך התעסוקה היא שיקומית, ולא כלכלית, והאסיר חייב בעבודה מכוח סעיף 48(א) לחוק העונשין, וסירובו לעבוד מהווה עבירה משמעת, לפי סעיף 56(30) לפקודת בתי הסוהר.

23. מעבר לאמור, מציין המשיב כי התגמול שניתן לאסיר אינו משולם לו לצורך הבטחת צרכיו החומריים, שכן צרכי קיומו הבסיסיים של האסיר מוטלים כולם על כתפי המשיב. על רקע זה הוא אינו זכאי למשל לתשלום גמלה או דמי פגיעה מאת הביטוח הלאומי, ומנגד אינו חב בתשלום דמי בריאות, שכן המשיב הוא המספק לו את שירותי הבריאות. בעוד הרציונל העומד בבסיס חוק שכר מינימום הינו הבטחת קיום בסיסי בקהילה, בשים לב



לעלויות אותו קיום, הרי שלאסיר אין כל מחויבויות כלכליות בהיבט הדאגה למחייתו, וכל צרכי מחייתו, כלכלתו, מזונו ומדורו ניתנים לו על ידי המדינה.

24. באשר למפעל בו מועסק העוטר, הרי שמדובר במפעל בתחום האריזות הממוקם בבית סוהר רימונים ומנוהל באחריות שב"ס. הבסיס לתגמול נקבע על פי האופן הקבוע בהסכם ההתקשרות בין המשיב לבין היזם, ובהסכם עם היזם הרלוונטי, נקבע כי התגמול המשולם לאסיר יחושב על בסיס תפוקות בפועל. המשיב מדגיש כי ככל שהתגמול הינו מבוסס תפוקה, החישוב מבוצע על בסיס שעות, כלומר: גובה התגמול לפריט נקבע על פי מספר הפריטים שאסיר ממוצע מפיק בשעה.

25. הרציונל העומד בבסיס שיטת התגמול הנ"ל הנה כי ייתכן מצב בו אסיר המחויב לעבוד מכוח החוק יגיע למקום התעסוקה, אך לא יבצע את המטלות הנדרשות ממנו. לכן, נוצר מנגנון המעודד חריצות ואף מביא לכך שיש אסירים שתגמולם עולה על ערך התגמול השעתי, כאשר הם אורזים מספר שקיות העולה על הכמות הממוצעת.

26. לטענת המשיב, סוגיית התגמול המבוסס תפוקה נידונה בעבר במסגרת רע"ב 8726/13 **אילן טסלר נ' שירות בתי הסוהר** (13.2.14), שם לא נשללה פרקטיקת תגמול המבוסס תפוקה, המחושב כמתואר לעיל.

27. המשיב מציין כי בדיקה מדגמית שנערכה עם גורמי התעסוקה בבית הסוהר העלתה כי תפוקותיו של העוטר נמוכות פי 2 בהשוואה לאסיר הממוצע שעבד עמו בעבודה זוהי באותו המפעל. העוטר אינו יעיל בעבודתו ועליו להלין על עצמו בלבד.

28. המשיב דוחה את פרשנותו של העוטר בנוגע לפרוטוקול לאמנה מס' 29. דברי ההסבר שנכתבו לצורך אשרור האמנה ממחישים כי הפרוטוקול נועד לעסוק בנפגעי סחר בבני אדם, ולא ניתן ללמוד ממנה על תעסוקת אסירים.

29. לסיכום מציין המשיב, כי ישנה סבירות גבוהה כי הענות לסעדים המבוקשים בעתירה תוביל למצב בו היזמים ידירו רגליהם מהתקשרות עם המשיב, באופן שמספר מקומות התעסוקה הפוטנציאליים יצומצם, מהלך שיוביל לפגיעה בשיקומם של האסירים.

החלטת הביניים מיום 26.5.19:

30. ביום 26.5.19 התקיים לפני דיון בעתירה, בנוכחות הצדדים כולם, לרבות יועמ"ש מחוז המרכז אצל המשיב והיועצת המשפטית של מערך התעסוקה. במהלך הדיון מסרו נציגי המשיב כי בימים אלה ממש נעשית עבודת מטה במערך התעסוקה לבחינת העלאת התגמול, ללא קשר לעתירה. לאור ההערות שנשמעו במהלך הדיון, ביקש ב"כ המשיב בתום הדיון שהות של חצי שנה על מנת לסיים את עבודת המטה ולגבש את גובה ההעלאה המומלץ של ערך הגמול השעתי.

31. לאחר שנתתי דעתי למכלול הנתונים שהובאו לפני באותה עת, נעניתי לבקשת המשיב למתן ארכה משמעותית לצורך גיבוש מתווה חדש לערך הגמול השעתי, תוך שציינתי את הקשיים הנחזים באשר לפער שבין ערך הגמול השעתי הנוכחי לבין שכר המינימום. על מנת לעמוד על השתלשלות העניינים במדויק, תובא החלטתי מאותו יום במלואה:



"החלטה"

לפני עתירה שעניינה שכר העבודה לו זכאי אסיר המועסק בעבודה יצרנית במפעלי יזם פרטיים הממוקמים במרכז היצרני בבית הסוהר. לקראת הדיון היום הוגשו עיקרי טיעון מפורטים מצד ב"כ הצדדים ובמהלך הדיון היום ניתן מענה ממוקד לסוגיות המרכזיות. במסגרת הדיון הפניתי את ב"כ המשיב לקושי המצטייר בסבירות התגמול השעתי שנקבע על ידי הנציב, אשר עומד היום על 13.70 ₪.

קושי זה מבוסס על קביעות בית המשפט העליון בבג"צ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר פ"ד נ"ה (4) בעמ' 817, שם נקבע בדעת הרוב, כאשר דעת המיעוט אף הייתה קיצונית יותר, כי אחד המבחנים החשובים לקביעת סבירות שיעור שכר האסירים יהיה שכר המינימום והפער בין התגמול שנקבע לבין שכר המינימום, על אף שחוקי המגן אינם חלים ישירות על אסירים. בעת מתן פסק הדין בעניין שדות עמד הפער בין השכר השעתי שנקבע על ידי הנציב לבין שכר המינימום על 18%, כך שהתגמול השעתי היה בשיעור של 82% משכר המינימום שעמד בתוקף באותה עת. בית המשפט העליון סמך את ידו על הצהרות שירות בתי הסוהר לפיהן יינקטו דרכים על מנת למנוע פגיעה בשמירת ערכו הריאלי של התגמול. בית המשפט אף הציע בעמ' 852 כי שירות בתי הסוהר יקבע לעצמו פער ראוי או פער מרבי בין שכר האסיר לבין שכר המינימום. בפועל לא יושמו המלצות אלה ואף ההצהרות שניתנו לא גובו במעשים. בפרק הזמן שחלף מאז מתן פסק הדין בעניין שדות שכר המינימום הוכפל, בעוד שכר האסירים הועלה פעם אחת בלבד בשנת 2011 ב-7%. בנסיבות אלה עומד כיום התגמול השעתי לאסיר במפעל יזם על 47% משכר המינימום בלבד, ודומה כי בכך הופר באופן ניכר האיזון עליו הורה בית המשפט העליון בבג"צ שדות. במהלך הדיון היום הובהר על ידי נציגי המשיב כי בימים אלה מתנהלת חשיבה מחודשת על גובה השכר השעתי, וזאת ללא קשר לעתירה הנוכחית, וקיימת כוונה לאחר שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים להורות על העלאת השכר השעתי. בנסיבות אלה ועל מנת לאפשר למשיב לשקול את צעדיו גם לאור הערות בית המשפט, אני נענה לבקשת המשיב למתן ארכה על מנת להציג מתווה חדש לשכר השעתי. מצופה כי במסגרת מתווה זה יינתן המשקל הראוי להנחיות בית המשפט העליון בבג"צ שדות בדבר הפער הסביר בין השכר השעתי לאסיר לבין שכר המינימום הקבוע במשק.

ב"כ המשיב יישלחו הודעת עדכון לבית המשפט בתוך 90 ימים, ובהתאם לכך ייקבע הצורך בקיום דיון נוסף או במתן פסק דין בעתירה.

32. בחלוף 90 הימים שהוקצבו הגיש המשיב בקשה למתן ארכה נוספת להעברת ההודעה המעדכנת, וזאת לאחר שממלא מקום נציב בתי הסוהר החליט על מינוי צוות בכיר, בראשותו של ראש מנהל תכנון, על מנת שחבריו יבחנו את תמונת המצב הארצית בנושא התגמול הניתן לכלל האסירים העובדים בכלל בתי הסוהר ויגבשו מסקנות בהתאם לממצאיהם. משנעניתי לבקשה למתן ארכה נוספת, הוגש לבסוף כתב התשובה המשלים רק ביום 16.11.19.

כתב התשובה המשלים:

33. בפתח דבריו בכתב התשובה המשלים הבהיר המשיב כי עבודתו של הצוות הבכיר שמונה טרם



הסתיימה, אך ניתן כבר כעת להצביע על המלצה ראשונית ולפיה ימליץ מערך התעסוקה בפני מ"מ הנציב להעלות, בשלב זה, את ערך התגמול השעתי בשיעור של כ-7%, מסכום של 13.7 ₪ לשעת עבודה לסכום של 14.7 ₪ לשעה.

34. על רקע זה, חזר המשיב ועתר לדחיית העתירה, על יסוד מספר טעמים, אותם פירט בהרחבה, ונביא רק את הדגשים הנוספים אשר טרם הוצגו עד כה. הטעם הראשון שהודגש נוגע להלכת שדות ולכך שלצד הקביעה בדבר אי תחולת שכר המינימום על עבודת אסירים נקבע שם כי הפער בין התגמול השעתי לאסיר לבין שכר המינימום הינו רק שיקול אחד מני רבים אותם מחויב הנציב לשקול בבואו לקבוע את ערך הגמול השעתי. בין היתר, קיים צורך למשוך יזמים פרטיים להקמת מפעלים נוספים, וקיים חשש כי כל העלאה נוספת של ערך הגמול השעתי מעבר לזו המומלצת תסכל את האפשרות להרחיב את מעגל המפעלים ואף תביא בפועל לסגירתם של אלה הקיימים.

35. טעם נוסף שהודגש הנו רציונל שכר מינימום בראי החקיקה, עליו כבר עמדנו לעיל. כאמור, הטענה היא כי מדובר בחוק סוציאלי שנועד לאפשר לעובד ולמשפחתו להתפרנס בכבוד ועל כן אין הוא רלבנטי לעניינם של אסירים אשר כל צרכיהם לקיום בכבוד מסופקים על ידי המשיב. לטענת המשיב, אין הלימה בין העלייה החדה בשכר המינימום במשק לאורך השנים לבין העלייה המתונה במדד המחירים לצרכן, וההסבר לעלייה החדה בשכר המינימום נובע בעיקר מטעמים פוליטיים חברתיים, ולא כלכליים. כך למשל, בעשור האחרון עלה מדד המחירים לצרכן ב-5.4% בלבד, בעוד שכר המינימום עלה ב-37%. כל שהתחייב שב"ס במסגרת הדיון בהלכת שדות הוא לבצע התאמה לתוספת היוקר. כך אכן נעשה בשנת 2011, עת הועלה ערך הגמול השעתי מ-12.90 ₪ ל-13.70 ₪, וכך צפוי להיעשות שוב בעת הקרובה, בהתאם להמלצת הצוות הבכיר שמונה.

36. המשיב שב והדגיש את מאפייני תעסוקת האסירים ואת המגבלות והקשיים המאפיינים את מערך התעסוקה בשב"ס. מעבר למגבלות הנובעות מהמשאב האנושי הבלתי יציב ונטול ההכשרה, קיימות גם מגבלות עסקיות נוספות בתפעול תעסוקה בשב"ס: ההתקשרות עם יזמים תלויה בהשפעות מאקרו כלכליות; מערך התעסוקה פועל במשק תחרותי (כולל מול ייצור באיו"ש ובמזרח), תשומות המוצר גבוהות מן המגזר הפרטי, בשל רכישת חומרי גלם ושירותי תפעול במסגרת חוק חובת המכרזים; עלויות תחזוקת המכונות גבוהה ביחס למגזר הפרטי בשל חוסר מקצועיות טכנולוגית, חוסר אכפתיות וונדליזם; עלויות ההכשרה המקצועית של האסירים, בהן נושאים היזמים, גבוהות ועלויות לרדת לטמיון בשל התחלופה הגבוהה; תחזוקת המבנים והחשמל גבוהות בשל חובת המכרזים, וכן בלאי גבוה כתוצאה מתנועה מוגברת של אסירים.

37. באשר לעלויות המושקעות בהפעלת מרכזי השיקום התעשייתיים, הרי שהפעלת מערך התעסוקה ממומנת בחלקה מתקציב שב"ס ובחלקה מתקציב מותנה בהכנסות בגין מכירת הסחורות והשירותים. בפועל, סך עלויות תפעול המערך עולה על ההכנסות ועל כן הוא מסובסד מתקציב שב"ס. כך למשל, בשנת 2018, עמד סך עלויות התפעול על 70.5 מיליון ש"ח (מתוכם 25 מיליון תגמול לאסירים ו-29 מיליון שכר סגל הסוהרים המקצועי המתפעל את המערך) ואילו סך ההכנסות עמד על 45 מיליון ₪, כך שהשב"ס נשא בעלות תקציבית עודפת של 25.5 מיליון ₪ בגין מערך התעסוקה. המערך אינו פועל אפוא מטעמים כלכליים של השאת רווחים, אלא מטעמים שיקומיים בלבד.

38. עוד מבקש המשיב ללמוד על סבירות התגמול מהשוואת שכרם של האסירים לאוכלוסיות נוספות אשר



אינן מקבלות תגמול בגובה שכר המינימום בגין עבודתם. בהקשר זה מפנה הוא לשכר החיילים בשירות חובה ולשכר המתנדבים בשירות הלאומי אזרחי, אשר עובד על העיקרון, לפיו שיעור דמי הכלכלה לא יעלה על דמי קיום של חייל בשירות סדיר. עוד עורך המשיב השוואה להסדר שנקבע לגבי אוכלוסיית העובדים בעלי המוגבלויות והצרכים המיוחדים.

39. בסעיף 34 לכתב התשובה המשלים פירט ב"כ המשיב את "**כלל הנסיבות והמאפיינים הצריכים לעניין אשר הובאו במסגרת עבודת המטה שנערכה בעניינו**". בשל חשיבות הדברים, ראוי יהיה להביאם באופן מלא: "**משנת העבודה 2011 ועד שנת העבודה 2019, לא שולמה תוספת יוקר במשק. עם זאת, כאמור, חלה עליה במדד המחירים לצרכן בגובה 5.4% במצטבר. לאור זאת, וכפי שהוצהר במסגרת הדיון בעתירה דנן, החלה בשנת העבודה 2018, עבודת מטה לבחינת גובה שיעור התגמול במרכזי השיקום התעשייתיים. בהתאם לאמור לעיל התגבשה התובנה ולפיה העלאה של 7% תגלם מחד גיסא את העלייה במדד המחירים לצרכן ואפילו למעלה מזה, ומאידך גיסא, ולא פחות חשוב מכך, תאפשר היצע של מגוון מקומות התעסוקה במסגרת שב"ס, והכל לטובת שיקום האסירים. לא למותר לציין כי תוספת של 7% הינה תוספת משמעותית לשיעור התגמול וכי לאחר שהנושא נבדק, בין היתר, מול היזמים השונים, נראה כי בשלב זה כל העלאה בגובה התגמול בשיעור גבוה משהומלץ, עלולה להוביל להפסקת התקשרות עם חלק מהיזמים, וכפועל יוצא מכך להפחתה מיידית במגוון ומספר אפשרויות השיקום התעסוקתי העומדות היום בפני אסירים**".

40. לסיכום, לטענת המשיב שיעור התגמול המשולם לאסירים הינו סביר ומידתי, ולא נפל פגם בהחלטה להעלות לעת הזאת את שיעור התגמול ב-7% נוספים.

תמצית תגובת העותר לכתב התשובה המשלים:

41. המשיב עדכן בדבר המלצת מערך התעסוקה, אך אין לדעת האם ערך הגמול השעתי אכן יעלה בעקבותיה, ומכל מקום אף היא איננה משקפת איזון סביר של השיקולים שיש לשקול לפי הלכת שדות, ומה גם שכל עוד המשיב ממשיך לפעול בפרקטיקת התגמול לפי תפוקה, אין כמעט משמעות לעלייה זו של שקל אחד בשכר השעתי, שכן האסירים ימשיכו להשתכר שקלים בודדים לשעת עבודה.

42. העותר אינו חולק על קיומם של שיקולים נוספים שיש לשקול בעת קביעת תגמול האסירים, לצד הפער משכר המינימום, אך לטעמו רובם המוחלט של שיקולים אלו תומכים בצורך להעלות את שכר האסירים בשיעור ניכר ומעל לסכום עליו המליץ הצוות הבכיר שמונה. עבודת האסירים אכן נועדה לעודד את שיקומם, אך האינטרס השיקומי מצביע על כך שהאסיר יראה ברכה בעמלו, בכך שיקבל שכר ראוי. ככל שהשכר מתרחק יותר מתנאי העבודה בחופש, נפגעת מוטיבציית האסירים לעבוד ונפגע דימוים העצמי, וכך נפגעת התכלית השיקומית.

43. טענת המשיב כי רציונאל חוק שכר המינימום אינו רלוונטי לעניין האסירים היא טענה שגויה, שכן שלושת השופטים בהלכת שדות בחרו לתת משקל גדול לשכר המינימום, זאת לאחר שהיו מודעים לתכליתו אשר נותחה ונידונה. כמו כן, בהלכת שדות נקבע שמן הראוי כי המשיב ייתן דעתו על שאלת הפער בין התגמול השעתי לשכר המינימום, ואולי אף יקבע פער ראוי או מירבי לעניין זה, כך שנראה כי בניגוד לטענת המשיב, הלכת שדות אכן הצמידה את התגמול השעתי לשכר המינימום.



44. יתר על כן, תכלית חוק שכר מינימום הינה דו ראשית, היא אינה רק לשם הבטחת פרנסה מינימלית לאדם, אלא גם לשם שמירת כבוד האדם במובן הרחב, שכן שכר עבודה נמוך מבטא השפלה המגיעה כדי פגיעה בכבוד. מאז חקיקתו של חוק זה ועד היום, הוא כולל מנגנון הצמדה לשכר הממוצע במשק, כך ששומר על יחס מסוים בין העובדים המוחלשים ביותר בחברה ליתר העובדים במשק.
45. בניגוד לאמור בתשובה מטעם המשיב, המדינה אינה מספקת לאסירים את כלל צרכיהם, אלא האסירים נדרשים להשתתף בתשלום עבור מוצרים אלמנטריים כגון רכישת אביזרים רפואיים חיוניים (נוהל רכישת אביזרים רפואיים 01-2009); השתתפות במימון טיפולי השיניים (נוהל טיפול שיניים לאסירים 03-1001); ורכישה מחוייבת המציאות של פריטי ציוד אישי, שכן הציוד האישי הניתן לאסירים בסיסי ביותר (פקנ"צ 04.01.00 ציוד אישי לאסירים). מדוח מרכז מחקר ומידע של הכנסת משנת 2017, עולה כי הציוד האישי והמזון אינם מספיקים, והאסירים נאלצים לערוך רכישות בהיקף גדול בקנטינה.
46. האסירים נאלצים אף להתמודד עם חובות טרם מאסרם אשר נצברים בימי המאסר, וכן עם קנסות ופיצויים שהוטלו עליהם במסגרת ההליך הפלילי. חוסר היכולת הכלכלית עלול להשליך ישירות על חירותם.
47. כמו כן יש להתחשב בכך שכלל הנתונים והקשיים אשר הציג המשיב היו ידועים כבר בעת כינונה של הלכת שדות, ועל כן טענות המשיב אינן תואמות הלכה זו.
48. העותר טוען כי שורת הקשיים אשר הציג המשיב בנוגע למערך התעסוקה, אינם מחייבים את גלגול העלויות אל כתפי האסירים, אלא יכולים להוביל למסקנה אחרת והיא התייעלות שעל המשיב עצמו לבצע.
49. לטענת העותר, המשיב טוען למגבלות שונות בנוגע לכוח האדם כגון מוסר עבודה ירוד, בה בעת שאף לטענתו במפעלי היזם פועלים אסירים במדרג העליון של מערך התעסוקה, לאחר שעברו כברת דרך במערך זה והוכיחו עצמם ראויים. כמו כן המשיב ציין כי אנשי הסגל העובדים במערך התעסוקה עברו הכשרה ייחודית, כך שנראה כי למשיב הכלים לפתח הרגלים, מוטיבציה ומוסר עבודה מיטיב בקרב האסירים.
50. לטענת העותר, ההשוואה לחיילים או מתנדבי שירות לאומי אינה רלוונטית, מכיוון שבמקרה שלנו מדובר בעבודות יצרניות עבור יזם פרטי. כמו כן, גם ההשוואה לשכר עובדים בעלי מוגבלויות אינה נכונה, כיוון שהמנגנון כולל התאמת השכר לכומר עבודת העובד, ורק כאשר העובד עצמו מבקש התאמה כזו. לעומת זאת במקרה שלנו, המשיב מבקש לקבוע שכר נמוך באופן גורף לכלל האסירים, חלקם בריאים וללא כל מוגבלות, בלי קשר לכומר עבודתם בפועל וללא הסכמתם.
51. לסיום מדגיש העותר, כי על אף שכתב התשובה המשלים כלל לא עסק בסוגיית התגמול לפי תפוקה, העותר עומד על כלל טענותיו בנושא זה, וביתר הנושאים שנסקרו בעתירה המקורית.

דין והכרעה:

52. לאחר קבלת כתבי הטענות המשלימים, הודיעו ב"כ הצדדים כי אין הם עומדים על קיומו של דין נוסף בעתירה, וכי הם מסכימים למתן פסק הדין על יסוד המסמכים שהוגשו והטיעונים שנשמעו בדיון מיום 26.5.19.



לפיכך, אפנה כעת לשלב ההכרעה בעתירה. נקודת המוצא להכרעתי תהא נעוצה בקביעות בית המשפט העליון בהלכת שדות, במסגרתה נדונו בהרחבה שאלות רבות הנוגעות לתגמול המשולם לאסירים תמורת עבודתם במסגרות השונות בשב"ס, וביניהם גם במפעלי יזם, ונקבעו עקרונות מנחים לבחינת סבירותו של אותו תגמול. לאחר סקירת עמדות השופטים שדנו בהלכת שדות, אדון בכל אחת מארבע הטענות המרכזיות שעלו מטעמו של העותר ואכריע בהן. בהתאם לאותן הכרעות, ינתן אף הסעד האופרטיבי הנגזר מהן, כאשר אשוב ואציין כבר עתה כי בהמשך להחלטתי מיום 26.5.19 טרם זכיתי לקבל מידי המשיב מענה מספק לשאלה הכיצד עומד הפער הנוכחי בין ערך הגמול השעתי לאסיר במפעל יזם לבין שכר המינימום במבחני הסבירות שנקבעו בהלכת שדות.

עיקרי הלכת שדות:

53. בהלכת שדות נדון עניינם של שלושה אסירים שעבדו במהלך מאסרם, כל אחד במסגרת תעסוקתית שונה, וזכו בשל כך לשכר שונה. שלושתם טענו כי הם זכאים לשכר גבוה יותר עבור עבודתם, ועל רקע זה התעוררה לגבי כל אחד מהם השאלה האם יש לראות בהם בגדר "עובדים", והאם זכאים הם לקבל שכר מינימום בהתאם להוראות החוק.

54. בתום דיון מפורט ומעמיק ניתנה בהלכת שדות, פה אחד, תשובה שלילית לשאלות אלה, ונקבע כי הוראות חוק שכר מינימום אינן חלות על עבודת אסירים ככלל, ואף לא על עבודה במפעל יזם, שהיא הרלבנטית לענייננו. עם זאת נתגלו מחלוקות מסוימות בין שלושת שופטי ההרכב לגבי אופן בחינת סבירות התגמול המשולם לאסירים המועסקים במפעלי יזם, ובמידה בה יש להתחשב בקביעת התגמול בגובהו של שכר המינימום הנוהג. אתאר אפוא את יסודות ההלכה ואת חילוקי הדעות הללו.

55. פסק הדין המרכזי נכתב ע"י כב' השופט זמיר, אשר פתח בתיאור מערך התעסוקה בבתי הסוהר, כפי שהצטייר מהדו"ח המקיף שהוצג לו מטעם שב"ס. מדובר במערך שהוקם על ידי המשיב על מנת לשרת את המטרות שנקבעו בהקשר זה בפקודת הנציבות: הקניית הרגלי עבודה ומקצוע לאסירים; מניעת בטלה וניווט; הפגת לחצים ומתחים; אפשרויות ביטוי אישי באמצעות עבודה ושיפור הדימוי האישי; רווח כספי לאסיר; וכיסוי חלקי של הוצאות ההחזקה של אסירים. על פי האמור באותו דו"ח, ישנם אסירים רבים שאינם כשירים מטעמים שונים להשתלב במערך התעסוקה, אך גם מבין אלה שהנם כשירים קיימים מאות אסירים שנותרים ללא תעסוקה, בשל מחסור במפעלים בבתי הסוהר.

56. ההשתלבות במערך התעסוקה נעשית על פי שלבים, כאשר המעבר משלב אחד למשנהו, מותנה בתפקודו הראוי של האסיר: בשלב הראשון, האסיר החדש שווה זמן מה בתא לשם בדיקת כשירותו; בשלב השני, ישולב האסיר בעבודות שירותים ותחזוקה; בשלב השלישי, במידה ויש בכך צורך, ישולב האסיר בפעילות חינוכית של השלמת השכלה; בשלב הרביעי, ישולב האסיר בתעסוקה יצרנית, אשר מחולקת לשתי מסגרות: האחת, מפעלי שב"ס, דוגמת נגריה, מסגרייה, מתפרה וכיו"ב. תוצרת מפעלים אלה משווקת בשוק הפרטי, והאסיר זוכה לתגמול לפי תפוקה. השנייה, אשר נחשבת שלב מתקדם יותר במערך התעסוקה, היא במסגרת מפעלים פרטיים המכונים מפעלי יזם. המפעלים מוקמים באזורי התעשייה של בית הסוהר ופועלים על פי הסכם בין שב"ס ליזמים. דרך כלל ישלם היזם דמי שכירות נמוכים מן המקובל בשוק, וכן שכר בעד עבודת האסירים; השלב החמישי והמתקדם ביותר הוא עבודות שיקום, במסגרתם משתלבים אסירים במפעלים רגילים מחוץ לבתי



הסוהר, כחלק מהליך שיקומם לקראת השחרור ממאסר.

57. התגמולים המשולמים לאסירים בגין כל אחד מסוגי העבודות הללו שונים באופן ניכר. לענייננו רלבנטי רק התגמול בגין עבודה במפעלי יזם, ולכן יתמקד התיאור בסוגיה זו בלבד. על פי המידע שסקר כב' השופט זמיר, עד לשנת 1998 נהג שירות בתי הסוהר, כעניין שבמדיניות, לקבוע בהסכמים שנחתמו עם היזמים כי האסירים יקבלו עבור עבודתם שכר מינימום, כשיעורו לפי החוק. מדיניות זו השתנתה בתחילת 1998, ובהסכמים נקבע ערך גמול שעתי של 12.90 ₪, כ-92% משכר המינימום באותה עת, על מנת לתמרץ הקמת מפעלים נוספים בבתי הסוהר. לבית המשפט נמסר עוד כי "מעט לעת משתדל מערך התעסוקה לעדכן את תעריפי התגמול", אך בפועל, בפרק הזמן שחלף מאז הגשת העתירה בעניין שדות בשנת 1998, ועד למועד מתן פסק הדין ביולי 2001, נותר ערך הגמול השעתי על כנו ואילו שכר המינימום עלה, כך שהפער בין שכר האסיר לשכר המינימום עלה מ-8% ל-18%.

58. בתום התיאור הנ"ל פנה כב' השופט זמיר לבחינת שאלת תחולתו של חוק שכר מינימום על עבודת אסירים. בסופו של דיון מקיף, קבע כב' השופט זמיר כי משקלם המצטבר של הטענות מוביל בהכרח למסקנה שחוק שכר המינימום אינו חל על אסירים. מסקנתו זו הייתה מקובלת כאמור, ללא הסתייגות, על חבריו להרכב, והיא אף אינה שנויה במחלוקת במסגרת העתירה הנוכחית, ועל כן לא ארחיב בתיאור הנימוקים, ואזכיר רק את אלה מתוכם אשר להם עשויה להיות השלכה מסוימת לענייננו.

59. נימוק ראשון מעין זה עניינו בתכליותיו של חוק שכר מינימום, תכליות שאינן מצדיקות את החלתו על אסירים. מטרות החוק לדברי השופט זמיר, הן למעשה שתיים: האחת, התערבות ביחסי העבודה על מנת למנוע ניצול העובד בידי המעסיק, כאשר החוק מהווה מכשיר לוויסות המתח בין האינטרס הכלכלי של השניים. השנייה, לצרכי מלחמה בעוני וסיפוק צרכיהם הבסיסיים של העובדים ומשפחותיהם. שתי המטרות הללו אינן רלוונטיות כלל לעניינם של אסירים. עבודת האסירים נועדה לקדם מטרות שיקומיות ומוסדיות, והאינטרסים הכלכליים אינם אלא שוליים. כמו כן, כשמדובר באסיר, שכר המינימום אינו דרוש על מנת לספק צרכים בסיסיים, שכן אלו מסופקים ללא תשלום ע"י שב"ס, לרבות לאסירים שאינם עובדים כלל. בנוסף, גם הצרכים הכלכליים של בני משפחות האסירים מקבלים מענה, במסגרת הוראות חוק הבטחת הכנסה.

60. נימוק רלבנטי נוסף נוגע לתכלית עבודת האסירים כפי שהיא מוסדרת בחוק העונשין. סעיף 48(א) לחוק העונשין מטיל חובת עבודה על כל אסיר ורואה באופן חיובי את עבודתו, ומכאן משתמעת התכלית לאפשר לאסירים רבים ככל האפשר לעבוד במסגרת בתי הסוהר. בפועל, כפי שהובהר, אין השב"ס מסוגל לספק עבודה לכלל האסירים הכשירים לעבודה, וזאת בשל הקשיים הכרוכים בהקמת מפעלי יזם. על כן, מציע שירות בתי הסוהר תמריצים ליזמים, ובעיקר דמי שכירות נמוכים ושכר עבודה נמוך משכר המינימום, אך גם בכך אין די כדי למשוך מספיק יזמים. מכל מקום, החשש הוא כי במידה והיזמים יחויבו בתשלום בגובה שכר המינימום, מספר מפעלי היזם ירד, בשל פגיעה בכדאיותם הכלכלית. הגדלת היצע העבודה הינו אינטרס המשרת את תכלית החוק, ולצורך הגדלת ההיצע נדרש תמריץ מיוחד לעודד הקמת מפעלים וגם בכך יש כדי לתמוך בפרשנות חוק שכר מינימום באופן שאינו חל על אסירים.

61. עוד הפנה כב' השופט זמיר למשפט המשווה, וסקר את הדין החל על עבודת אסירים במדינות מודרניות אחרות. ממצאי הסקירה, המפורטים בהרחבה בפסקה 26 לפסק דינו, מצביעים על תמונה לפיה אין זה נהוג לשלם שכר מינימום בעד עבודת אסירים. לרוב אף מדובר בתשלום הנמוך ממנו במידה רבה, אם לא בתשלום



סמלי גרידא.

62. בחלק הבא של פסק הדין דן כב' השופט זמיר בפרשנות הוראת סעיף 48(ג) לחוק העונשין המורה כי אסיר לא יועסק בעבודה "מחוץ למוסדות המדינה" אלא בהסכמתו ובתנאי עבודה מקובלים. במסגרת זו הוצגו שני פירושים עיקריים לביטוי "מחוץ למוסדות המדינה". הפירוש הראשון הנו הפירוש הפיזי, המתייחס לשטח הפיזי של המוסדות, כך שכל מפעל המצוי בשטח בית הסוהר, לרבות מפעלי היזם, מצוי בתוך מוסדות המדינה, ועל כן סעיף 48(ג) אינו חל עליו. פירוש אפשרי אחר הנו הפירוש המוסדי, המתייחס למהות המשפטית של המוסד המעסיק, כך שאם מדובר במפעל שב"ס הסעיף לא יחול, אך אם מדובר במפעל של יזם פרטי יחולו התנאים הקבועים בסעיף. בתום התהליך הפרשני, המפורט בהרחבה בפסקה 32 להלכת שדות, קובע כב' השופט זמיר כי הפירוש הראשון, הפירוש הפיזי, הוא הפירוש הנכון, ועל כן תנאי סעיף 48(ג) אינם חלים על מפעל יזם. מסקנה זו הייתה מקובלת על כלל חברי ההרכב.

63. לבסוף פנה כב' השופט זמיר לבחינת סבירות גובה התגמול הניתן לאסירים בכל אחד מתחומי העיסוק. בהקשר זה הוזכר כי על פי סעיף 48(א) לחוק העונשין, יכילו התקנות הוראות בעניין שכר. בהתאם לכך מורה תקנה 16 לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח - 1978, כי כל אסיר יקבל שכר עבודה וכי שיעור השכר וצורתו ייקבעו בידי הנציב. החלטות הנציב בנוגע לשכר שישולם אמנם אינן כפופות להוראת סעיף 48(ג) לחוק העונשין, אך ככל רשות מנהלית חייבת החלטתו לעמוד במבחן הסבירות.

64. באשר להיקפו של מתחם הסבירות לעניינו קבע כב' השופט זמיר את הדברים הבאים:

"בכל הנוגע לשכר בעד עבודת אסירים, מתחם הסבירות נקבע, בין היתר, מתוך התחשבות בכבוד האסיר כאדם; במטרה לעודד את האסיר לעבוד, להרגיל אותו לסדר יום המשלב עבודה ולקדם את השיקום שלו; בצורך למשוך יזמים פרטיים שיקימו מפעלים נוספים בשטח בית הסוהר; במהות העבודה, כגון אם היא עבודת שירותים או עבודה יצרנית; בתנאי העבודה, ובין היתר אם זו עבודת שעות או עבודה בקבלנות ומתוך התייחסות, כאחד השיקולים לעניין הסבירות, גם לשכר המינימום."

65. על יסוד עקרונות אלה בחן כב' השופט זמיר את סבירות ערך הגמול השעתי במפעלי יזם שעמד באותה עת על 12.90 ₪, כשמונה אחוזים פחות משכר המינימום. באשר לשינוי המדיניות משנת 1998 שאפשר לראשונה מתן גמול נמוך משכר המינימום, נקבע כי החלטה זו אשר נועדה לתת תמריץ ליזמים ולהרחבת היקף המפעלים ומספר האסירים המועסקים הינה עניינית וסבירה. גם בחינת תכלית חוק שכר המינימום מראה כי מדובר בגמול סביר, שכן הוראות חוק זה מבוססות בראש ובראשונה על ההוצאות הנדרשות לקיום ראוי, ואלו אינן מוטלות כלל על האסיר. גם ההשוואה למדינות אחרות מחזקת את המסקנה כי שכר בשיעור של 90% לערך משכר המינימום הנו סביר.

66. עם זאת, מוסיף כב' השופט זמיר ומתייחס לשינוי שחל בינתיים בגובה שכר המינימום, שינוי אשר בעטייו התרחב הפער מהגמול המשולם לאסירים המועסקים במפעלי יזם מ-8% ל-18%. בהקשר זה, הוצגה העמדה באופן הבא:

"האם פער זה עומד במבחן הסבירות? מצד אחד, שירות בתי הסוהר, כדבריו בהודעה מיום 25.10.1998, כאשר הפער עדיין היה 8%, "שואף לכך שבמסגרת ההתקשרות עם היזם הפרטי

עמוד 12



יקבעו תנאי ההעסקה הדומים ככל האפשר לתנאי העבודה בתנאי חופש". מצד אחר, השירות מבקש להפחית את שכר האסיר במידה שתהווה תמריץ ליזמים להקים מפעלים נוספים בבתי הסוהר. באיזון נראה לי כי פער של 8% בין שכר האסיר לבין שכר המינימום הינו סביר בהתחשב בצורך לתת תמריץ ליזמים, ואפילו פער של 18% עדיין יכול להיחשב סביר. ומה דין פער גדול יותר? השאלה לא נדונה בפני בית-המשפט, ואין צורך להשיב עליה בעתירה זאת."

67. עוד הוסיף והבהיר כב' השופט זמיר כי:

"בית-המשפט רושם לפניו את ההודעה שהוגשה מטעם שירות בתי הסוהר ביום 19.5.2000 ולפיה השירות "עומד לכלול בהסכמיו עם היזמים הוראה בדבר עדכון השכר בדרך של תוספת יוקר, וזאת על-מנת למנוע פגיעה בשמירת ערכו הריאלי של התגמול". בהקשר זה מן הראוי ששירות בתי הסוהר ייתן דעתו גם על שאלת הפער שבין שכר האסיר לבין שכר המינימום, ואולי יקבע לעצמו פער ראוי או פער מרבי וייתן לכך ביטוי בהסכמים עם היזמים."

68. לבסוף, מצא כב' השופט זמיר לנכון להעיר כי הדין המצוי בנושא עבודת אסירים אינו הדין הרצוי, והפנה נושא זה לבחינת היועץ המשפטי לממשלה, תוך שהוסיף כי:

"דומה שהגיע הזמן להסדיר מחדש את הנושא של עבודת אסירים, לאור המצב הקיים והניסיון שנצבר, באופן מלא, שיטתי ועדכני. יש מקום לשפר את המצב הקיים בנושא זה. בין היתר, ראוי שהנושא יוסדר באופן מפורט יותר מתוך התחשבות במעמד של אסיר. אסיר, אף שעליו לשאת בעונש משום שעבר על הדין, עדיין הוא זכאי, ויותר מזה הוא צריך, את הגנת הדין. שהרי אחד התפקידים החשובים של הדין הוא להגן על קבוצות חלשות בחברה והאסירים הם קבוצה כזאת. לכן ראוי שבנוגע לעבודת אסירים הדין יקבע באופן ברור את החובות והזכויות של אסירים, מצד אחד, ואת הסמכויות של שירות בתי הסוהר, מצד אחר."

69. כב' השופט חשין, הצטרף למסקנותיו של כב' השופט זמיר לפיהן חוק שכר מינימום אינו חל על עבודת אסירים ואין להתערב בגובה ערך הגמול השעתי שנקבע באותה עת, אך קבע כי ראוי להקיש מהוראות חוק שכר מינימום היקש מסוים על שכר האסירים. בהקשר זה נקט בגישה שונה במעט בנוגע לתכליתו של חוק שכר מינימום וליחס בין הגמול המשולם לאסירים לבין גובה שכר המינימום.

70. לגישתו של כב' השופט חשין, לחוק שכר המינימום "שתי תכליות משנה הנארגות לתכלית אחת כול-כוללת": האחת הינה מקור מחיה מינימלי, אשר אין עניינה באסיר, המקבל תנאים בסיסיים אלו משירות בתי הסוהר; השנייה היא השמירה על כבוד האדם, כבוד המתבטא בכך שיראה ברכה בעמלו ויזכה בגמול לעבודתו המניבה רווח. במובן זה של התכלית השנייה לחוק, אין האסיר שונה מן האדם החופשי. בשל תכלית שנייה זו המתמקדת בכבוד האדם, עמדת כב' השופט חשין היא כי שכר המינימום אמור לשמש את הנציב כמעין "תחנת מוצא" לקביעת גובה תגמול האסירים. לפיכך:

"חריגה מהותית, חריגה-של-ממש, מן השכר המשתלם על-פי חוק שכר מינימום תיחשב בלתי ראויה ותחייב את נציב בתי הסוהר בשיקול-דעת פגום. חברי השופט זמיר מדבר על שיקול-דעת סביר ושיקול-דעת בלתי סביר כמקובל במשפט המינהלי. ואילו אני, סבורני שראוי כי ננחה עצמנו בהנחיות חוקתיות, אלו הנחיות הנגזרות מכבוד האדם, ובהן הוראות חוק שכר מינימום."



71. ובהמשך:

"דעתי היא אפוא זו שבבוא נציב בתי הסוהר לקבוע שכרו של אסיר המועסק בעבודה של ייצור במפעלי-יזם, חייב הוא להביא במניין שיקוליו - וכתחנת-מוצא לשיקוליו - את שכר המינימום הנקבע לפי חוק שכר מינימום. אכן, מדברים אנו בחלות חוק שכר מינימום על דרך של היקש, ועל-כן שומה עלינו להביא במניין שיקולים נוספים - שיקולים הכרוכים בעבודתו של אסיר והעשויים להביא להפחתה משכרו, ואולם, הפחתה זו חייבת שתהא מידתית, ומכל מקום תחנת-המוצא תהא בחוק שכר מינימום. כמסבר בחוות-דעתו של חברי השופט זמיר, על-פי הנתונים שנמסרו לנו מצויים אנו כיום באותו מרווח של מידתיות, ועל-כן מסכים אני למסקנתו כי אל לנו להתערב בשכר המשתלם לאסירים המועסקים בעבודת ייצור במפעלי-יזם."

72. עוד העיר כב' השופט חשין כי ככל שקיים חשש כי יזמים לא יספקו עבודה אם יידרשו לשלם את שכר המינימום, אין לשלול את האפשרות כי ההפרש יכוסה מתקציב שב"ס.

73. חוות הדעת האחרונה בהלכת שדות הנה זו של כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש, אשר הצטרפה באופן מלא לכלל טעמיו וקביעותיו של כב' השופט זמיר, ואך ביקשה להדגיש את זווית ראייתה לנוכח עמדת כב' השופט חשין בדבר הפגיעה האפשרית של תגמול נמוך בגין עבודת אסירים בזכות החוקתית לכבוד.

74. לטעמה של כב' השופטת ביניש ראוי לתת ביטוי למימושה של הזכות החוקתית לכבוד רק באותם עניינים המבטאים פגיעה בערך של כבוד האדם במובנו המהותי, כגון תנאי כליאה משפילים או הטלת עבודה במטרה להשפיל. לדבריה, גם שכר עבודה נמוך עשוי בתנאים ובהקשרים מסוימים המבטאים השפלת האדם להגיע לכדי פגיעה בכבוד, אך כאשר מדובר בעבודת אסיר שמלכתחילה כרוכה במגבלות ואינה לשם עשיית רווח, הרי הפגיעה הבאה לידי ביטוי בפער בין שכר האסיר לשכר המינימום, אינה נבחנת באספקלריה של הזכות החוקתית לכבוד. פער זה יש לבחון במשקפי המשפט המנהלי:

"בהתאם לכך, בכל הנוגע לקביעת השכר בידי נציב בתי הסוהר, עלינו לבחון אם היו שיקולים רלוונטיים וענייניים ואם ניתן להם המשקל הראוי. בהקשר זה אף אני סבורה, כמו השופט זמיר, כי גם בקביעת שכרו של אסיר העובד במפעל יזם יצרני בכלא מן הראוי שנציב שירות בתי הסוהר יביא בגדר שיקוליו את הצורך לשלם שכר שאינו משפיל, שכר המביא בחשבון את כבודו של האסיר כאדם. כאחד המבחנים החשובים לסבירות שיעור השכר ישמש שכר המינימום. לצד אלה מותר לנציב בתי הסוהר להביא בחשבון גם את הצורך לספק עבודה לאסירים; את מידת הפער הנוצר בכלא בין אסיר עובד לבין אסיר שלא ניתן לספק לו עבודה; את מכלול היחסים הנגזרים מן הצורך לקיים את הסדר והמשמעת בכלא; שיקולים הנוגעים לעידודם של אסירים מסוימים על פני אחרים ועוד שיקולים רלוונטיים הנגזרים מהייחוד של תנאי עבודתם של האסירים. במקרה דנן ובנתונים שהוצגו לנו מצאנו שהפער בין השכר בעד עבודה במפעלי יזם המצויים בכלא לבין שכר המינימום אינו חורג ממתחם הסבירות, ומשכך אין הוא מהווה עילה להתערבותנו."

75. נוכח חשיבותן הרבה של ההכרעות בהלכת שדות לחלק ניכר מהנושאים המתעוררים בעתירה זו, הובאו לעיל בהרחבה רבה עמדות שלושת השופטים שהיו שותפים למתן פסק הדין. אפנה כעת לניתוח הטענות העולות בעתירה זו, ואקדים לכך אך כמה מילים באשר לסמכות הדיון של בית משפט זה לנוכח השלכות הרוחב שעשויות



להיות להכרעה כאן על עניינם של אסירים רבים אחרים.

על סמכות הדיון בעתירה בעלת השלכות רוחב:

76. סעיף 62א (א) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, מורה כי אסיר רשאי להגיש לבית המשפט המחוזי שבאזור שיפוטו נמצא בית הסוהר שבו הוא מוחזק עתירה נגד רשויות המדינה ואנשים הממלאים תפקידים על-פי דין בכל ענין "הנוגע למאסרו או למעצרו".

77. בתגובתו הראשונית טען המשיב כי מאחר ועתירת אסיר תחומה לעניינים הנוגעים "למאסרו או למעצרו" של האסיר, אזי סמכות בית המשפט מצומצמת לכדי דיון פרטני וספציפי בעניינו של העותר בלבד ואין להרחיב את היריעה ולדון בעניינים כלליים החורגים מהעיסוק בתנאי מאסרו של עותר ספציפי וחלים על קבוצה גדולה של אסירים. המשיב מבסס זאת על עמדתו של השופט רובינשטיין ברע"ב 5898/10 מחמוד מגאדבה נ' שירות בתי הסוהר (23.11.10).

78. אינני מקבל טענה זו. הלכה ידועה היא כי בית משפט זה מוסמך לדון "בכל ענין הנוגע למאסרו או למעצרו" של אסיר, ואם עניינו זה מעורר סוגיות הנושאות גם אופי כללי ועקרוני ובעלות השלכות רוחב, הרי שאין כל מניעה כי יתבררו בפני. ראו בהקשר זה למשל בג"ץ 4531/09 פחרי ברגותי נ' שירות בתי הסוהר (16.6.10), בג"ץ 7667/16 חאלד ג'רבווע נ' שירות בתי הסוהר (9.10.16), בג"ץ 118/12 מחמוד מגאדבה נ' המשרד לביטחון פנים נציב שב"ס, פסקה 5 (25.10.12). עוד ראו בג"ץ 4283/14 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שירות בתי הסוהר (17.6.14), שם הוער, לגבי ההלכות הללו ודומותיהן כי: "במאמר מוסגר נציין כי הלכות אלו ניתנו כולן במושב תלתא. מובן אפוא כי ההחלטה בדן יחיד שאליה מפנים העותרים - רע"ב 5898/10 מגאדבה נ' שירות בתי הסוהר (23.11.10) - אינה אוצרת כוח לשנות מהן".

תחולת סעיף 48(ג) לחוק העונשין על מפעלי יזם:

79. במסגרת הלכת שדות הועדף כאמור הפירוש הפיזי על פני הפירוש המוסדי לביטוי "מחוץ למוסדות המדינה" ובהתאם לכך נקבע כי הוראות סעיף 48(ג) בדבר הסכמה ותנאי עבודה מקובלים אינם חלים על מפעלי יזם פרטי הממוקמים בתוך כותלי בית הסוהר. על אף הגישות השונות שהציגו השופטים לגבי חלק מהנושאים שנדונו בהלכת שדות, הרי שבנושא זה לא הייתה כל מחלוקת והפרשנות שנקבעה על ידי כב' השופט זמיר הייתה מקובלת על כל שופטי ההרכב. יתרה מכך, בכל ההחלטות שניתנו ב-19 השנים שחלפו מאז בערכאות השונות לא הוטל ספק בנוגע לפרשנות זו ומדובר בהלכה חלוטה שאין חולקים עליה.

80. אף על פי כן מבקש העותר להרהר מחדש באותה פרשנות, תוך שהוא מבקש לאמץ את דברי הביקורת שהפנתה ד"ר פאינה מילמן-סיון כלפי אותה פרשנות במאמר פרי עטה. באותו מאמר, פאינה מילמן-סיון "עבודה אסורה: בין הפרטי לציבורי, בעקבות עשור לבג"ץ שדות", עיוני משפט לו 317, (2013), מותחת המחברת ביקורת על הפרשנות שנקבעה בהלכת שדות, כאשר לצד טענות הנוגעות לשיקולי הפרשנות הרגילים, נשענת הביקורת במידה רבה על הדין הבינלאומי ובעיקר על הוראות האמנה למיגור עבודה כפויה - אמנה מס' 29 של ארגון העבודה הבינלאומי משנת 1930, אשר אושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1955.



81. עיינתי במאמרה הנ"ל של ד"ר מילמן-סיון, ולא מצאתי כי יש בו משום הצדקה לעיון המחודש המבוקש בהלכה החלוטה של בית המשפט העליון. ראשית, יש להזכיר כי הוראות האמנה אינן חדשות וכי הן עמדו בתוקף שנים רבות עוד טרם התקיים הדיון בעניין שדות. שנית, כמפורט בגוף המאמר, הוראות האמנה עצמה מחריגות ממנה העסקה כפווה של אסירים, כאשר מקום העבודה מפקח ונשלט על ידי רשות ציבורית, דוגמת שב"ס. עוד ראוי לזכור כי מדובר באמנה שנועדה למנוע ניצול כלכלי של אסירים על ידי גופים כלכליים פרטיים, אשר נחתמה על רקע ניצול מחפיר של עובדי כפייה בקולוניות של תחילת המאה ה-20. ראו לעניין זה הסקירה ההיסטורית המפורטת במאמר נוסף של ד"ר מילמן-סיון: פאינה מילמן-סיון "הפרטת בתי הסוהר בראי דיני העבודה הבין-לאומיים" **ספר אליקה ברק-אוסוסקין**, 803 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012).

82. אותו חשש כבד מפני ניצול מחפיר של כוח העבודה של האסירים על ידי גורמים פרטיים בעלי אינטרסים כלכליים מצומצמים, אינו כבד משקל בהקשר הנבחן על ידנו בעתירה זו. כפי שהובהר בכתבי התשובה, שב"ס, ולא גורם אזרחי פרטי כלשהו, הוא האחראי להתנהלות במפעלים בכלל ההיבטים, ואין לאסירים כל קשר ישיר מול היזם הפרטי. רק גורמי שב"ס מחליטים מי מהאסירים יעבוד ומי לא, והאם ומתי תופסק העבודה. תנאי העבודה במפעל מוסדרים ומפוקחים על ידי שב"ס ואף הגמול משולם לאסירים על ידי שב"ס ותשלומם אינו מותנה כלל בהעברת כספים מהיזם, או בהשאת רווחים כלכליים.

83. על השוני הנ"ל בין מצב דברים בו מנוהלת עבודת האסירים על ידי שב"ס לבין מצב בו מנוהלים הם על ידי אינטרסים כלכליים של יזמים פרטיים עמדה גם כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בפסק הדין הידוע נגד הפרטת בתי הסוהר - בג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (2009):

"כלל, סמכות "ניהול הכליאה", מעצם טבעה, "מועדת לפורענות". דוגמא מובהקת לחשש זה היא ביחס לעבודות האסירים. כאשר המדינה, באמצעות שירות בתי הסוהר, אחראית לעבודת האסירים נחלש החשש מפני ניצול לרעה של כוח המרות השלטוני בניהול הכליאה, כיוון שהמדינה רואה את תכלית עבודת האסירים כשיקומית בעיקרה בעוד "האינטרסים הכלכליים הכרוכים בעבודת אסירים אף שהם קיימים, אינם אלא שוליים" (כדברי השופט זמיר ב-בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, 836 (2001) (להלן: ענין שדות), וראו גם שם, בעמ' 864 מפי השופטת ביניש: "אסיר... עבודתו מלכתחילה כרוכה במגבלות ואינה לשם עשיית רווח"). לעומת זאת, כאשר הגורם הפרטי אחראי לעבודת האסירים, מתעוררת בעיית ניגוד העניינים המובנה ביתר שאת. האם גם הזכיין הפרטי שותף לתפיסה לפיה "עבודת אסירים משרתת מטרות חשובות מן הבחינה של האסירים, של שירות בתי הסוהר ושל הציבור הרחב" (ענין שדות, 837 (השופט זמיר)) דומה כי התשובה היא בשלילה..."

84. אני ער לפרשנות הנטענת לסעיפי האמנה מטעם ארגון העבודה הבינלאומי, כמתואר במאמריה של ד"ר מילמן-סיון, אך בסופו של יום 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. על פי הפרשנות אותה מבקשים המאמרים לקדם, יש לפעול לביטול חובת העבודה המוטלת על אסירים, ובמובן זה אין הם עולים בקנה אחד עם עמדת המחוקק, אשר לא השתנתה בעשרים השנים שחלפו מאז הדיון בהלכת שדות. לפיכך, לא מצאתי הצדקה, דיונית או מהותית, לבחינה מחודשת של הפרשנות שניתנה בהלכת שדות להוראות סעיף 48(ג) לחוק העונשין.



תשלום לפי תפוקה - טענת העדר הסמכות:

85. לטענת באי כוח העותר, המשיב מפעיל את פרקטיקת הגמול על פי תפוקה ללא סמכות, שכן היא אינה קבועה בחוק העונשין, בתקנות בתי הסוהר או בפקודות הנציבות. לפיכך, דינה של פרקטיקה זו להתבטל ועל המשיב לשלם לעותר את שכר עבודתו בהתאם לערך הגמול השעתי הקבוע בפקודת התעסוקה.
86. אינני מקבל טענה זו. כפי שהובהר במסגרת סקירת ממצאי הלכת שדות, מורה סעיף 48(א) לחוק העונשין, כי התקנות שיותקנו בענייני עבודת אסירים יכללו הוראות בעניין השכר. בהתאם לכך תוקנה תקנה 16 לתקנות בתי הסוהר, תשל"ח - 1978, במסגרתה נקבע כי כל אסיר יקבל שכר עבודה וכי **"שיעור השכר וצורתו"** ייקבעו בידי הנציב. הנציב הוסמך אפוא מכוח החוק והתקנות לקבוע הן את שיעור השכר והן את צורתו, ומדובר בסמכות רחבה שבשיקול דעת, אשר אין סיבה שלא לכלול בגדרה גם תשלום שכר או גמול הולם על בסיס תפוקה.
87. יתרה מכך, האפשרות להעסקה קבלנית הוזכרה עוד במסגרת הלכת שדות, למשל בדברי כב' השופט זמיר בעמ' 487 לפסק הדין, תוך שהודגשה החובה בדבר מתן גמול סביר עבור העבודה, בין היתר בהתחשב בסוג העבודה - שעתית או קבלנית. אם לא די בכך, עתירה שהוגשה בנושא זה בעבר נדחתה, ובקשת רשות הערעור עליה נדחתה אף היא בבית המשפט העליון, וזאת במסגרת רע"ב 8726/13 **טסלר נ' שב"ס** (13.2.14). בית המשפט העליון הפנה בהקשר זה לתקנה 16 הנ"ל, כמו גם להוראות פקודת התעסוקה, והבהיר כי בית המשפט לא יתערב בסוגיית השכר, כל עוד החלטת הגורמים המוסמכים בשב"ס אינה חורגת ממתחם הסבירות. ראוי להדגיש כי בעניין טסלר נדון, כמו בעניינינו, מקרה של אסיר שהועסק במפעל יזם, ואף על פי כן לא מצאו בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון אחריו קושי באשרור הפרקטיקה של תשלום על פי תפוקה, בהתאם להסכם הספציפי שנחתם עם היזם הפרטי לגבי אותו מפעל.
88. לפיכך, אינני סבור כי יש מקום לקבוע שהעסקה במפעל יזם על בסיס תשלום לפי תפוקה, הנה פרקטיקה נטולת יסוד חוקי ועל כן בטלה. הסמכות לקבוע את גובה השכר וצורתו מוקנית לרשויות שב"ס, באמצעות הנציב ושלוחיו, ואין מניעה עקרונית לכך שיתקשרו עם מעסיקים פרטיים על יסוד עבודה קבלנית ותשלום לפי תפוקה, ובלבד שיישמר העיקרון של מתן גמול סביר בהתחשב בכלל השיקולים הרלבנטיים.
89. עם זאת, אני סבור כי ראוי יהיה להבהיר את הנוסח המעורפל מעט של סעיפי פקודת התעסוקה, אשר אינו תואם באופן מלא את הפרקטיקה הנוהגת כיום. אבהיר עמדותי זו. סעיף 15 לפקודת התעסוקה, המפרט את מקומות התעסוקה בין כותלי בית הסוהר, מבחין בין "עבודות במפעלי יזם בתוך בית הסוהר" (ס' 15 י') לבין "עבודות במפעלי שב"ס - ייצור עבור גורמי חוץ (עבודות קבלניות)" (ס' 15 ט'). בהמשך, עושה סעיף 23 לפקודת התעסוקה שימוש באותה הבחנה, בהקשר של מתן התגמול. על פי סעיף 23 ב' התגמול "בתעסוקת יזם... יחושב על בסיס שעות עבודה בפועל" ואילו בסעיף 23 ג' נקבע כי "בעבודות קבלניות... התגמול יקבע כנגזרת מהתפוקות הממשיות של תהליך ייצור המוצר ותרומת האסיר בהפקתו".
90. השילוב בין הוראות סעיף 15 לאלה שבסעיף 23 לפקודת התעסוקה מצביע לכאורה על כך כי תשלום לפי תפוקה מיועד אך להעסקה בעבודות קבלניות במפעלי שב"ס ולא נועד לחול על העסקה במפעלי יזם, שם התגמול הוא בסיס שעתית בלבד. ככל שזוהי הפרשנות הנכונה של אותם סעיפים, ומדובר כאמור בנוסח מעט מעורפל, שלא הובא במלואו במסגרת הדיון הנוכחי, הרי שהוראות הפקודה אינן תואמות את הפרקטיקה



הנוהגת כיום, במסגרתה חלק ניכר ממפעלי היזם מתנהלים על בסיס תשלום לפי תפוקה, בהתאם לחוזים שנחתמים מול היזמים. כאמור, בהיבט הסמכות אין מניעה כי יוחלט על תשלום לפי תפוקה גם במפעלי יזם, אך ראוי יהיה כי הוראות פקודת התעסוקה יתוקנו וישקפו אפשרות זו באופן ברור ושקוף יותר.

91. בשולי הדברים יוער כי בנספח שעניינו פירוט הלקוחות הפעילים של מערך התעסוקה לשנת 2018, אשר צורף לכתב התשובה המשלים, מסווג מפעל "מיבא", בו מועסק העותר שלפני כמי שזוכה לשירות במסגרת "פעילות קבלנית במפעלי שב"ס", ולא תחת הסיווג של "מפעל יזם". ככל שאכן כך הם פני הדברים, הרי שתשלום לפי תפוקה הוא דרך המלך במפעל בהתאם להוראות המנויות בפקודת התעסוקה, ואין כל קושי משפטי עקרוני בצורת תשלום השכר. מכל מקום, כאמור, לא מצאתי הצדקה לקבוע כי המשיב אינו מוסמך לפעול בדרך של תשלום לפי תפוקה, גם כאשר מדובר במפעלי יזם.

תשלום לפי תפוקה - ניסיון פסול לעקוף את השכר השעתי וקשיים נוספים:

92. טענת העותר בהקשר זה היא כי תגמול המוענק על פי תפוקה הנו נמוך באופן משמעותי מערך התגמול השעתי. כך למשל, לגבי העותר עצמו, נטען בעתירה כי הוא זוכה בממוצע לתגמול בסך 8.5 ₪ בלבד לשעת עבודה, הרבה פחות מערך התגמול השעתי של 13.70 ₪. לטענת העותר, מטרתה של פרקטיקה זו הנה "עקיפת" ערך התגמול השעתי, והוזלת עלות העבודה, על חשבון שכר האסירים. יתרה מכך, תשלום לפי תפוקה נותן יתרון משמעותי לעובדים צעירים וחזקים על פני עובדים מבוגרים וחלשים יותר, כך שאימוץ שיטת תגמול שכזו פוגעת במיוחד בקבוצות העובדים המוחלשות מבין האסירים.

93. במענה לטענה זו מבהיר כתב התשובה כי התגמול המבוסס על תפוקה מחושב על יסוד השכר השעתי שנקבע בפקודות, כך שהתשלום עבור כל פריט אינו נקבע באופן שרירותי או מקפח, אלא על ידי חלוקת ערך התגמול השעתי שמעוגן בפקודת התעסוקה בכמות הפריטים שאסיר ממוצע מפיק בשעה.

94. ככל שאכן כך הם פני הדברים, והיות שכתב התשובה מגובה בתצהיר של ראש מערך התעסוקה בשב"ס, אין לבית המשפט סיבה לפקפק בכך, הרי שאין מדובר בשיטה העוקפת את התשלום השעתי, והשכר הכולל שישולם לכלל העובדים אמור להיות דומה לזה שהיה משולם על בסיס שעתי. השוני בין תשלום על פי שעות לבין תשלום על פי תפוקה יבוא לידי ביטוי לא בהיקף השכר הכולל (אף כי גם זה עשוי להשתנות במידת מה בהתאם לתפוקה בפועל) אלא באופן חלוקת השכר בין העובדים השונים.

95. שכר המועסקים במפעל, בגין אותן שעות עבודה, לא יהיה שוויוני, אלא ישקף את תפוקתם בפועל, כאשר חלק מהאסירים שיעבדו ביעילות יזכה בשכר העולה על ערך התגמול השעתי, חלק שיעבודתם ממוצעת יזכה בשכר דומה לתגמול השעתי וחלק מהאסירים, הפחות יעילים, יזכה לשכר נמוך יותר. כפי שניתן לראות, מדובר במנגנון המעודד תפוקה וחריצות, וככזה הוא עולה בקנה אחד עם מטרות ההעסקה בשב"ס. בנוסף, הוא אף מגן על האינטרסים הכלכליים של היזמים, הנדרשים לשלם רק על פי התפוקה בפועל, ובדרך זו ניתן מענה לחלק מהקשיים הנובעים מאופייה של אוכלוסיית האסירים בהיבט התעסוקתי, קשיים אשר פורטו בהרחבה בהלכת שדות ובתגובת המשיב. תשלום התגמול על בסיס תפוקה משרת אפוא גם אינטרסים כלכליים של היזם וגם ערכים של מוסר עבודה ומחויבות אשר מבטאים מטרות שיקומיות ראויות. לפיכך, ככלל, וכל עוד נקבע התשלום בגין כל פריט באופן הולם והגון על בסיס תפוקה סבירה וממוצעת של פריטים לשעה, הרי שאין חשש לעקיפת ערך התגמול השעתי ולניצול לרעה של שיטת התשלום לצורך השאת רווחים עודפים ליזם.



96. לצד דברים אלה, דומה כי אכן עשוי להתעורר במקרים מסוימים חשש לאפליה על יסוד גיל, מצב רפואי, מוגבלויות ונתונים אובייקטיביים דומים, אשר בעטיים עלול שכרם של אסירים מסוימים להיפגע, על לא עוול בכפם. לצד היתרונות הגלומים בשיטת תשלום זו, הן בהיבט של לקיחת הסיכון מצד היזם והן בהיבט השיקומי של מוסר העבודה, ברי כי החלטה באופן גורף על כל סוגי העבודות ועל כל אוכלוסיית האסירים עלולה להביא לפגיעה בלתי מוצדקת דווקא באוכלוסיות מוחלשות פיזית, נפשית וקוגניטיבית, אשר יתקשו לעמוד בתפוקה הנדרשת ויזכו לפיכך לשכר נמוך, לעיתים נמוך משמעותית, מערך הגמול השעתי. מדובר בקושי של ממש, ועל רשויות שב"ס לתת דעתן לכך ולמצוא פתרונות מתאימים, וזאת במיוחד כאשר מדובר בעבודות הדורשות כוח פיזי או מיומנות מיוחדת כלשהי.

97. עם זאת, באשר לעותר שבפני, לא מצאתי כי מתעורר קושי מעין זה המצדיק מתן סעד כלשהו. העבודה בה הוא מועסק במפעל היזם הנה אריזת שקיות ללחם. מדובר בעבודה שאין בה כל יתרון לגיל צעיר או לבעלי כוח פיזי, ודומה כי התפוקה, ובעקבותיה השכר, מהווים ביטוי מהימן למידת המוטיבציה וההשקעה של האסיר במקום העבודה. בהתאם לבדיקה שנערכה במפעל, תפוקתו של העותר נמוכה ככלל ב-50% לערך מזו של האסיר הממוצע העובד לצדו. בהתאם לכך, שכרו אכן נמוך באופן משמעותי מזה שהיה מקבל על יסוד תגמול שעתי, אך אין בכך כל פגם שכן הדבר מהווה ביטוי של השקעתו בפועל במקום העבודה, בעוד אחרים המשקיעים יותר ממנו ומחויבים לעבודה יעילה זוכים לגמול דומה לערך הגמול השעתי ואף מעבר לכך.

98. לפיכך, לצד ההערות שפורטו בסעיף 96 לעיל, אינני מקבל את טענות העותר בהקשר זה.

סבירות ערך הגמול השעתי בהשוואה לשכר המינימום:

99. העותר אינו חולק במסגרת ההליך הנוכחי על קביעת בית המשפט העליון בהלכת שדות לפיה חוק שכר מינימום אינו חל על עבודת אסירים. עם זאת, מבקש הוא לתת תוקף לעמדות השופטים בהלכת שדות לפיהם ישמש שכר המינימום הנוהג והיקף החריגה ממנו כאחד השיקולים לבחינת סבירות התגמול הניתן לאסירים עבור עבודתם במפעלי יזם. העותר טוען כי ערך הגמול השעתי הקבוע היום בפקודת התעסוקה, כמו גם זה המומלץ על ידי הצוות הבכיר שמונה מטעם המשיב, חורג משמעותית ממתחם הסבירות, בגין הפער העצום שנוצר לאורך השנים בינו לבין שכר המינימום.

100. כזכור, כך לטענת העותר, בעת שנפתח ההליך בעניין שדות עמד ערך הגמול השעתי על 12.90 ₪, כ-92% משכר המינימום באותה תקופה, ועד שניתן פסק הדין מדובר היה כבר בכ-82% משכר המינימום, שעלה קמעה. כב' השופט זמיר קבע כי תגמול שעתי בשיעור של כ-90% מגובה שכר המינימום הינו "סביר", ואילו כזה בשיעור של 82% משכר המינימום "עדיין יכול להיחשב סביר", ועל כן דחו הוא וחבריו את העתירה דאז. אלא שבמהלך השנים שחלפו מאז ניתנה הלכת שדות חל שינוי ניכר בגובה שכר המינימום, בעוד ערך הגמול השעתי כמעט ולא עודכן, ועומד כיום על 13.70 ₪, המהווים שיעור של כ-47% בלבד משכר המינימום השעתי. לטענתו, פער זה הוא שערורייתי, אינו עומד במתחם הסבירות, ואינו תואם את הלכת שדות, במסגרתה המליץ בית המשפט העליון למשיב לתת דעתו לפער בין שכר האסיר לשכר המינימום ואולי אף לקבוע פער ראוי או פער מרבי, שיקבל גם ביטוי בהסכמים עם היזמים.

101. מנגד, מדגיש המשיב את קביעת שופטי הרוב בהלכת שדות לפיה הפער בין התגמול השעתי לאסיר לבין שכר המינימום הינו רק שיקול אחד מני רבים אותם מחויב הנציב לשקול. אל מול שיקול זה ניצבים שיקולים



כבדי משקל לא פחות ובראשם הצורך למשוך יזמים פרטיים להקמת מפעלים נוספים. לנוכח הקשיים הניכרים והמגבלות המשמעותיות הכרוכים גם כך בהעסקת אסירים, קיים חשש כי כל העלאה נוספת של ערך הגמול השעתי, מעבר לזו המומלצת כעת על ידי הצוות העוסק בכך, תסכל את האפשרות להרחיב את מעגל המפעלים ואף תביא בפועל לסגירתם של אלה הקיימים. עוד נטען, כי די בהצמדה לתוספת היוקר ולמדד המחירים לצרכן, וכי ראוי ללמוד על סבירות התגמול הנוכחי מההסדרים המיוחדים הקיימים לגבי שכר חיילים ושכרם של בעלי מוגבלויות.

102. לאחר שנתתי דעתי למכלול טיעוני הצדדים בהיבט זה, אני סבור כי אין מנוס מהמסקנה לפיה ערך הגמול השעתי הנוכחי, כמו גם זה המומלץ על ידי הצוות הבכיר העוסק בכך כיום בשב"ס, אינו עומד במתחם הסבירות בהתאם להנחיות שהוטו בהלכת שדות לגבי אופן הפעלת שיקול דעת הנציב בקביעת שכר האסירים במפעלי יזם.

103. הרחבתי בתיאור עמדות השופטים בהלכת שדות ועמדתי על הפערים המסוימים בתפיסות העולם. כמפורט שם, קבע כב' השופט חשין כי לא זו בלבד ששכר המינימום והפער ממנו הנו שיקול רלבנטי לבחינת סבירות שכר האסירים במפעלי יזם, אלא ששכר המינימום צריך לשמש את הנציב כנקודת המוצא לקביעת ערך הגמול השעתי וכל חריגה מהותית ממנו תיחשב בלתי ראויה ופגומה. עמדה נוקשה זו אמנם לא הייתה מקובלת על השופטים ביניש וזמיר, אך גם הם קבעו מפורשות כי אחד השיקולים החשובים לסבירות שיעור השכר יהא שכר המינימום (ראו לעיל בפסקאות 64 ו-74). כב' השופט זמיר אף ציין כי ראוי יהיה שהמשיב יקבע פער ראוי או פער מרבי בין שכר האסירים לשכר המינימום, ויתן לכך ביטוי בהסכמים עם היזמים (ראו פסקה 67 לעיל).

104. גם אם נראה בדברים אחרונים אלה של כב' השופט זמיר בגדר המלצה ולא הוראה אופרטיבית מחייבת, הרי שמהלכת שדות עולה הוראה מחייבת וברורה לפיה חייב הנציב לשקול, במסגרת כלל השיקולים שהוא מפעיל בקביעת ערך הגמול השעתי במפעלי יזם, גם את גובהו של שכר המינימום הנוהג ואת הפער הצפוי בין שכר המינימום לבין השכר שישולם לאסירים המועסקים במפעלים אלה. בית המשפט העליון קבע בהלכת שדות כי גמול בהיקף של 82% יכול עדיין להיחשב סביר, אך בעשרים השנים שחלפו מאז חלו שינויים ניכרים. שכר המינימום כמעט והוכפל בתקופה זו, בעוד ערך הגמול השעתי עלה פעם אחת בלבד באחוזים בודדים בשנת 2011, ומהווה כיום כ-47% בלבד משכר המינימום.

105. על רקע נתונים אלה ניתנה על ידי אותה החלטת ביניים לפני כשנה, בה ציינתי כי לכאורה הופר באופן ניכר האיזון עליו הורה בית המשפט העליון בהלכת שדות. לפיכך, נעתרתי לבקשת המשיב לאפשר קידום עבודת החשיבה בה החלו גורמי המשיב בנושא העלאת השכר, וקבעתי כי מצופה שבמסגרת המתווה החדש יינתן המשקל הראוי להנחיות שניתנו בהלכת שדות לגבי הפער בין שכר האסירים לשכר המינימום. בעקבות אותה החלטה אכן דווח בכתב התשובה המשלים על הכוונה להעלות את ערך הגמול השעתי ב-7% לערך מ-13.70 ₪ לשעה ל-14.70 ₪. אדגיש כי מדובר בהמלצה מסתמנת בלבד וכי הצוות טרם סיים עבודתו, טרם הגיש המלצותיו ומן הסתם אף לא התקבלה החלטה חדשה על ידי הנציב או ממלא מקומו, אך יובהר כי אפילו תתקבל אותה המלצה, עדיין יעמוד ערך הגמול השעתי על כ-50% בלבד משכר המינימום הנוכחי.

106. אין חולק על כך שגובהו של שכר המינימום אינו השיקול היחיד אותו חייב הנציב לשקול בבואו לקבוע את ערך הגמול השעתי במפעלי יזם. חשובים לא פחות שיקולים אחרים ובראשם הצורך לספק עבודה לאסירים על מנת לקדם את שיקומם והצורך הנגזר מכך למשוך יזמים פרטיים שיקימו מפעלים נוספים בשטחי בית הסוהר.



אין להתעלם משיקולים אלה כלל ועיקר ומשקלם אינו מבוטל. עם זאת, לנוכח פסיקת בית המשפט העליון בהלכת שדות אין הנציב פטור ממתן משקל ראוי לגובהו של שכר המינימום ולפער בינו לבין שכר האסירים במפעלי יזם, ובוודאי שאין הוא רשאי להתעלם ממנו לחלוטין. התעלמות מעין זו משיקול חשוב ורלבנטי, או הימנעות ממתן משקל ראוי לשיקול שכזה במסגרת מלאכת האיזון, מחייבת מתן סעד אופרטיבי לנוכח אי סבירות ההחלטה המנהלית.

107. עיון בתגובות המשיב ובהסבריו מובילים למרבה הצער בהכרח אל המסקנה כי בהחלטות הנוגעות לערך הגמול השעתי לא ניתן כל משקל לפער ההולך וצומח מול שכר המינימום, ולמצער לא ניתן לשיקול זה משקל ראוי. מסקנה זו מתחייבת הן לנוכח הימנעות הנציב מלפעול לאורך השנים להעלאת הגמול המשולם לאסירים על אף העלייה המשמעותית והעקבית בגובה שכר המינימום, והן לנוכח התיאור שהובא בכתב התשובה המשלים לגבי הנסיבות והמאפיינים שנלקחו בחשבון במסגרת עבודת המטה הנוכחית.

108. בהקשר זה יופנה הקורא לפסקה 39 לעיל, ולתיאור השיקולים שנלקחו בחשבון בהמלצה הנוכחית של הצוות הבכיר שמונה. שב"ס רואה את עצמו מחויב להעלאת הגמול המשולם לאסירים בהתחשב בתוספת היוקר ובמדד המחירים לצרכן בלבד, ורואה בשיקול של משיכת היזמים להקמת המפעלים כשיקול מכריע. המשיב מציין אמנם בטיעונו כי הפער מול שכר המינימום הנו אחד השיקולים שראויים להיבחן, אך בפועל מעידים מעשיו, כמו גם העקרונות שמנחים אותו בקביעת השכר, כמפורט בכתבי התשובה, כי שיקול זה אינו מקבל כל משקל במערכת השיקולים המנחים אותו, ועל כן נגוע שיקול הדעת בפגם של אי סבירות.

109. אציין כי ההשוואה שמבקש המשיב לערוך בין שכר האסירים לבין שכר החיילים ומתנדבי השירות הלאומי אינה במקומה מטעמים רבים שאין מקום להרחיב בהם. גם ההשוואה לתקנות הנוגעות לבעלי מוגבלויות, המאפשרות חריגה משכר המינימום אינה במקומה. אותן תקנות מאפשרות לבעל מוגבלות המעוניין בכך לקבוע את היקף המוגבלות לעניינו של עיסוק מסוים ואת החריגה ההולמת בשל כך משכר המינימום, על מנת להקים למעסיק אינטרס להעסיקו. במובן מסוים קיימת הקבלה לעניינו שכן נדרש אינטרס כלכלי גם להעסקת אסירים, אך לגביהם אין מדובר במנגנון וולונטרי ואף לא במנגנון הכולל התאמה אישית, וממילא ניתן מענה לחלק מהקשיים והחששות הנוגעים להעסקתם באמצעות תשלום שכר על פי תפוקה. לפיכך, אין להקיש מעניינם של בעלי המוגבלויות על עבודת אסירים.

110. ובאשר לחשש כי העלאת של ערך הגמול השעתי תוביל לצמצום היקף מפעלי היזם, כבר ציין כב' השופט חשין בפסק דינו במסגרת הלכת שדות כי אין לשלול את האפשרות שיתרת השכר תשולם מתקציב שב"ס. למעשה, מהנתונים לשנת 2018 שהובאו על ידי המשיב, ופורטו בפסקה 37 לעיל, עולה כי הפעלת מערך התעסוקה ממומנת בחלקה ממילא מתקציב שב"ס, ובהיקף בלתי מבוטל של כ-25.5 מיליון ₪ באותה שנה, מתוך עלויות תפעול כוללות של 70.5 מיליון ₪. התגמול הכולל לאסירים עמד בשנה זו על 25 מיליון ₪, ודומה כי גם אם יועלה התגמול בשיעור העולה על אותם 7% המומלצים כעת, ושב"ס יידרש לשאת בחלקו, לא יהיה בדבר כדי להטיל נטל בלתי סביר על תקציבי המשיב.

111. דברים אחרונים אלה נאמרו מעבר לדרוש, שכן אין בכוחו או בכוונתו של בית משפט זה לקבוע עבור המשיב כיצד לתרגם את מכלול השיקולים שעליו לשקול לכדי ערך גמול שעתי עדכני וסביר, וכיצד להביא למימוש ערך זה במסגרת מערכות היחסים המורכבות עם היזמים השונים. כל שבכוחו של בית משפט זה הנו



לקבוע כי ערך הגמול הנוכחי, כמו גם זה המוצע על ידי הצוות הבכיר, כמפורט בכתב התשובה המשלים, אינו סביר, שכן הוא אינו נותן כל ביטוי לחובה שהוטלה בהלכת שדות לשקול, במסגרת כלל השיקולים, גם את השיקול של גובה שכר המינימום והפער בינו לבין הגמול השעתי שניתן לאסירים המועסקים במפעלי יזם.

112. בשם לב לעובדה כי מדובר בהחלטה אשר עשויה להיות בעלת משמעות תקציבית ממשית ולהשליך על עניינם של אסירים רבים נוספים, כמו גם לעובדה כי מתקיים בימים אלה אצל המשיב תהליך מתמשך לבחינה מחודשת של ערך הגמול השעתי, לא יתורגמו המסקנות הללו לכדי שינוי מידי של שכרו של העותר, אך אני מורה בזאת לנציב שב"ס, או ממלא מקומו, לקבוע בתוך 6 חודשים מהיום ערך גמול שעתי חדש, שבמסגרתו יינתן, בין יתר השיקולים, משקל ראוי גם לשכר המינימום הנוהג על פי חוק שכר מינימום, ולפער הסביר בינו לבין שכר האסירים במפעלי יזם. במובן אחרון זה, העתירה מתקבלת.

העתק יועבר לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, ט"ז אייר תש"פ, 10 מאי 2020, בהעדר הצדדים.