

עת"א 30217/03/21 - רפעת עודה נגד שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים, מדינת ישראל

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

עת"א 30217-03-21 עודה(אסיר) נ' שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים ואח'

בפני כבוד השופט דרור ארד-אילון
עותרים עותרים
נגד נגד
משיבים משיבים
1. שרות בתי הסוהר-מחלקת האסיר - זימונים
2. מדינת ישראל
מטעם העותר עו"ד רעות קורוליק ועו"ד משה קשלים
מטעם המשיבים עו"ד אפרת פלד-הרוש, עו"ד גלית מנגמי, ועו"ד רועי קליפה

פסק דין

1. העותר, כבן 67, נושא במאסר עולם לא קצוב משנת 2014. כחלק משיקומו, הוא מועסק בתעסוקה יצרנית במסגרת המשיב. תחילה הועסק בדפוס, ועובר להגשת העתירה הועסק (וכך גם היום) במפעל יזם "ביג בג", הפועל בבית הסוהר אילון, בשיטת העסקה לפי תפוקה (קרי: תגמול בגין כל פריט שהוא מייצר). עיקר עבודתו היא ייצור שקיות נייר לאריזה.

2. בעתירתו, הוא משיג על כך שהשכר המשולם לו, שעמד לטענתו על כ-5.20 ₪ לשעה, נמוך מ'ערך הגמול השעתי', שנקבע לפי דין ועומד על 18.90 ₪, ופוגע בכבודו. לטענתו, גם במאמץ סביר אין ביכולתו להגיע לגמול השעתי המינימלי, ובפועל ההסדר של תשלום לפי תפוקה, עוקף את החובה לשלם לאסיר גמול מינימלי בזיקה לשכר המינימום הקבוע בחוק.

כן הוא עותר על העדר עדכוננו של 'ערך הגמול השעתי' מזה זמן, ועל כך שאינו מקבל דיווח על שכרו כמעין "תלוש שכר".

3. הסוגיה של תשלום גמול מינימלי לאסירים המועסקים בתעסוקה יצרנית בבית הסוהר זכתה לעיון מקיף בעתירה מאוחדת, שבחנה לפני שנות דור את עניינם של שלושה אסירים (בג"צ 1163/98; רע"ב 5984/98; רע"ב 814/99 **שדות ואח' נ' שב"ס** (2001)). בחלוף השנים, התעוררה הסוגיה בהקשר של תשלום גמול מינימלי בתעסוקה על פי תפוקה (שהיא השאלה המתעוררת בענייננו) בעתירת אסיר נוספת, ואף בה ניתן פסק דין מפורט ומקיף (עת"א (מרכז) 4051-01-19 **קריב נ' שב"ס** (2020)). בטרם אדרש לפרטי העתירה, אציג את עיקרי ההסדר החוקי החל לעניין העסקת אסירים כעולה מהחוק ומפסקי הדין האמורים.

הסדר העסקת אסירים ותכליתו

4. חובת אסיר לעבוד בעת שהוא מצוי במשמורת נקבעה בסעיף 48(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ("יהא חייב **בעבודה**"), והיא מוסדרת ללא פירוט בסעיפים 25-27 לפקודת בתי הסוהר, התשל"ב-1971. סירוב לעבוד עלול

עמוד 1

להיות עבירת משמעת (לפי סעיף 56(30) לפקודת בתי הסוהר), ולהיחשב כתפקוד "לא חיובי" לעניין חופשות, והטבות נוספות (סעיף י"ח(ג) לפקודת הנציבות 04.40.00 "חופשות אסירים"; סעיף 6(ה) לפקודת הנציבות 04.62.00 "כללים בדבר העסקת אסירים בבתי הסוהר ומחוצה להם" (להלן: **פקודת העסקת אסירים**)).

5. תקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978 קובעות בפרק ג' הוראות באשר להעסקת אסירים, ובכלל זה הגבלת שעות העבודה בהתאמה לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951.

תקנה 15, שכותרתה "**עבודה לצורך שיקום**", קובעת:

"15. עבודת אסיר תכוון ככל האפשר לשיקומו."

תקנה 16 קובעת:

"כל אסיר יקבל שכר בעד עבודתו. שיעור השכר וצורתו ייקבעו בידי הנציב."

6. בפקודת העסקת אסירים הוצג הסדר מפורט, ובכללו עקרונות, שיטה, מקומות תעסוקה, שעות עבודה, תגמול ועוד.

7. כפי שנקבע בפרשת **קריב** (פסקה 22), על יסוד הקביעות בפרשת **שדות**: "**תכליתו של מערך התעסוקה היא שיקומית, ולא כלכלית.**"

הסדרת עבודת אסירים נעשתה בפקודת הנציבות בדבר העסקת אסירים (פקודת נציבות 04.62.00), בה נקבע, בסעיף 1, כי תעסוקת אסירים היא "**חלק מפעילויות השיקום לאסירים**":

"תעסוקת אסירים מהווה חלק מפעילויות השיקום לאסירים שנמצאו מתאימים לכך, הנמצאים במשמורת שרות בתי הסוהר."

בסעיף 4 לפקודת העסקת אסירים נקבעו עקרונות ההעסקה המוכוונים כולם לשיקומם של אסירים:

א. טיפול ושיקום אסירים באמצעות הקניית הרגלי תעסוקה ומקצוע אסירים על מנת שלאחר שחרורם יוכלו להשתלב במסגרת תעסוקתית ככל אזרח;

ב. מניעת בטלה בבתי הסוהר, על כל ההשלכות השליליות הנובעות מכך;

ג. הפגת לחצים ומתחים בין אסירים לבין עצמם ובינם לבין הסגל;

ד. אפשרויות ביטוי לכישרונות, לתחושת יצירה, יכולת אישית ושיפור הדימוי העצמי;

ה. תגמול לאסיר (לא שכר), במטרה לסייע במהלך שגרת חייו בבית הסוהר וכן בתמיכה במשפחתו ובשיקומו לאחר שחרורו ממאסר."

8. בהקשר זה ראוי להפנות, לסעיף 11ד' לפקודת בתי הסוהר, הקובע את חובת שירות בתי הסוהר באשר לשיקום אסירים כך:

"(א) נציב בתי הסוהר יבחן אפשרויות לשיקומו של אסיר שהוא אזרח ישראלי או

תושב ישראל וינקוט צעדים להבטחת שילובו המרבי בפעילויות שיקום בין כותלי בית הסוהר.

(ב) אסיר כאמור בסעיף קטן (א) ישולב בפעילויות שיקום, ככל שיימצא מתאים לכך, במועד, בהיקף ובתנאים כפי שייקבעו בתקנות ובפקודות השירות."

9. גם בעתירה זו עמדתו העקבית של שירות בתי הסוהר, שאין לגביה כל מחלוקת, היא ש"**העסקת אסירים בשירות בתי הסוהר הינה חלק מהליך שיקומי**, המהווה נדבך ממערך הטיפול והשיקום של האסירים לקראת חזרתם לחברה, על מנת לאפשר שילובם באופן מיטבי עם שחרורם ממאסר. **העסקת אסירים אינה מתבצעת למטרת רווח.**" (סעיף 13 לכתב התשובה; ההדגשות במקור).

ההלכה שנקבע בעניין שדות (בג"צ 1163/98)

10. חוות הדעת המרכזית בפסק הדין בעניין **שדות** נכתבה בידי כבוד השופט יצחק זמיר. נפסק, כי לא מתקיימים יחסי עובד ומעביד בין אסיר המועסק בבית הסוהר, לבין שירות בתי הסוהר, או לבין מפעל היזם המעסיק אותו, וכי חוקי המגן על העובד, ובכללם חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, אינם חלים על תעסוקת אסירים. כך הדבר בארץ, וכך הוא ברוב מדינות העולם (עניין **שדות**, פסקה 26).

11. מערך התעסוקה של שירות בתי הסוהר מאפשר קשת של דרכי העסקה, שהמערך ביניהן נעשה בשלבים על פי התקדמות האסיר בשלבי השיקום. דרך ההעסקה המועדפת על אסירים רבים, היא תעסוקה יצרנית. תעסוקה יצרנית יכולה להיות במסגרת מפעלי שירות בתי הסוהר, כמו נגריה, מסגריה, מתפרה וכן הלאה. תוצרת המפעלים משווקת בשוק הפרטי והתגמול לאסיר הוא לפי תפוקה. מסגרת מתקדמת יותר, היא במפעלים פרטיים הפועלים בתוך בית הסוהר (ומכונים 'מפעלי יזם'). מפעלים אלה פועלים על פי הסכם בין היזם לשירות בתי הסוהר. היזם משלם דמי שכירות נמוכים יחסית, והוא משלם לשירות בתי הסוהר את התגמול המגיע לאסירים העובדים במפעלים. המסגרת המתקדמת ביותר היא תעסוקה במפעלים פרטיים מחוץ לבית הסוהר, כחלק משיקומם של אסירים ועל יסוד מתן אמון גבוה באסירים המועסקים (ראו: עניין **קריב**, ע' 15, פסקה 56).

עניינה של העתירה שלפנינו הוא בהעסקת העותר במפעל יזם במסגרת המשיב, ובתגמול עבור עבודתו לפי התפוקה שהוא מייצר.

12. כמפורט בעניין **שדות**, עד 1998 מכוח ההסכמים בין היזמים לשירות בתי הסוהר שולם לאסירים שכר מינימום בגין עבודתם במפעלי יזם (אסירים שהועסקו במפעלי יזמים פרטיים השתכרו שכר מינימום על פי חוק) (עניין **שדות**, פסקה 14). בשנת 1998 חל שינוי, ובהסכמים נקבע, שהתשלום השעתי יהיה בסך 12.9 ₪, שהיו כ-92% משכר המינימום באותה עת. שכר זה לא עודכן עד להכרעה בעניין **שדות** (יולי 2001), על אף ששכר המינימום עלה, ובעת מתן פסק הדין היה התשלום השעתי לאסירים כ-82% בלבד משכר המינימום. כך, שיעור הפרש בין שכר המינימום לתגמול אסירים עלה מ-8% ל-18%.

13. בעניין **שדות**, מצא בית המשפט, כאמור, שחוק שכר מינימום אינו חל על העסקת אסירים. הטעם לכך הוא, ששתי תכליותיו העיקריות של החוק - מניעת ניצול של עובד, ומלחמה בעוני וסיפוק צורכי העובדים - אינן רלוונטיות להעסקת אסירים. מטרתה העיקרית של העסקת אסירים היא שיקומו של האסיר ולא קידום אינטרסים כלכליים, ושכרו אינו נדרש לקיום צרכיו הבסיסיים, שכן אלה מסופקים ללא תשלום על ידי שירות בתי הסוהר כחלק

מהמשמורת על האסירים.

נפסק, שאף שלא מתקיימים יחסי עובד ומעביד בין אסיר לבין שב"ס או לבין היזם, ועל אף שחוק שכר מינימום אינו חל על העסקת אסירים, הרי שעל השכר המשולם לאסירים המועסקים בעבודה יצרנית במפעלי יזם פרטי לעמוד **ביחס סביר** לשכר המינימום. כבוד השופט זמיר מצא, שתגמול שעתי בשיעור של כ-90% מגובה שכר המינימום הוא "**סביר**" ושיעור של 82% משכר המינימום "**עדיין יכול להיחשב סביר**", ועל כן אין להתערב בקביעת הגמול המינימלי, שקבע שירות בתי הסוהר.

14. הובהר על ידי גורמי המשיב - וכך גם בעתירה שלפני - שהסדר העסקת האסירים מיועד לאפשר למירב האסירים המתאימים לכך להיות מועסקים בתעסוקה יצרנית. העסקה יצרנית כרוכה בהסדר כלכלי עם היזמים, וכדי למשוך אותם יש להציע להם תנאים כלכליים מועדפים, ובהם דמי שכירות נמוכים ואפשרות תשלום שכר עבודה נמוך משכר המינימום. טענת המשיב היא, שאם ההסדר לא יהיה כדאי ליזמים, יצא שכרם של האסירים בהפסדם, שכן לא ניתן יהיה להציע להם תעסוקה יצרנית אף בשכר נמוך.

15. על יסוד אלה, ולנוכח גדרי הביקורת המנהלית על ההחלטות המנהליות של שירות בתי הסוהר, מצא כבוד השופט זמיר, שעמדת המשיב סבירה ועניינית, "**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.**"

כן ציין, ששירות בתי הסוהר הודיע, שהוא עומד לכלול בהסכמיו הוראה באשר לעדכון השכר לפי תוספת היוקר, "**כדי למנוע פגיעה בשמירת ערכו הראלי של התגמול.**"

16. בשולי הדברים, הצביע השופט זמיר על הצורך "**להסדיר מחדש את הנושא של עבודת אסירים, לאור המצב הקיים והנסיין שנצבר, באופן מלא, שיטתי ועדכני.**"

הסדרה כזו לא נעשתה.

17. כבוד השופט חשין הסכים לתוצאה אך הציג עמדה שונה. לשיטתו, שתי תכליות עומדות ביסוד קביעת שכר מינימום: האחת היא "מקור מחיה מינימלי", שאינה רלוונטית לאסיר, שהתנאים הבסיסיים למחייטו מסופקים לו בידי שירות בתי הסוהר; השנייה, היא השמירה על כבוד האדם של העובד, בכך שיראה ברכה בעמלו ויזכה לגמול הולם לעבודתו.

כבוד השופט חשין עמד על כך שזכותו של אסיר לכבודו אינה נשללת ממנו עם מאסרו. כפי שנפסק בע"א 4463/94 **גולן נ' שב"ס (1996):**

"בהיכנסו אל כלא מקפח אדם את חירותו. את חירותו מקפח אדם - את כבודו אין הוא מקפח. כבודו של אדם יהיה עמו באשר יילך ויבוא, וכבודו בכלא ככבודו אל מחוץ לכלא... ובמקום שבעל סמכות יפגע ללא הצדק בכבודו של אסיר - בכבודו כאדם - יאמר בית המשפט את דברו צלול וברור."

משכך, בהיבט זה של שמירה על כבוד האדם, קבע כבוד השופט חשין, כי "**זכאי הוא אסיר - בשינויים המחויבים מן העניין - לגמול כגמולו של אדם חופשי**", וסיכם את עמדתו כך:

"חריגה מהותית, חריגה של ממש מן השכר המשתלם על פי חוק שכר מינימום תיחשב בלתי ראויה ותחייב את נציב בתי הסוהר בשיקול דעת פגום. ... 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. על דרך ההיקש...".

לגופו של עניין, אף ששכר האסירים עמד על 82% משכר המינימום, מצא כבוד השופט חשין, שהוא מצוי "באותו מרווח של מידתיות", שאין להתערב בו.

18. כבוד השופטת (כתוארה אז) בייניש, הצטרפה לעמדתו של כבוד השופט זמיר והוסיפה, ש"אחד המבחנים החשובים לסבירות שיעור השכר ישמש שכר המינימום".

פסק הדין בעניין קריב (עת"א (מרכז) 4051-01-19)

19. בפרשת **קריב** נדונה עתירת אסיר עולם מבוגר יחסית, שהועסק במפעל יצרני של יזם פרטי בתחומי שירות בתי הסוהר (ליצור אריזות לעטיפת לחמים), והשתכר על פי תפוקה. שכרו היה בממוצע כ-8.5 ₪ לשעה, בעוד ש'ערך הגמול השעתי', שהיה קבוע בפקודת העסקת אסירים המעודכנת לאותה עת, עמד על 13.7 ₪, שהיו באותה עת 47% משכר המינימום שנקבע בחוק.

20. טענות העותר בעניין **קריב** כוונו, הן לערך הגמול השעתי, שנשחק משיעור של כ-82% משכר המינימום בפרשת **שדות** עד כדי 47%, והן לשאלת הסמכות להעסיק אסיר לפי תפוקה (ללא גמול שעתי מינימלי) וסבירות השכר המשולם לו.

בית המשפט (כבוד השופט חגי טרסי) בחן את הטענות על יסוד הקביעות בעניין **שדות**, ומצא, כי העסקה לפי תפוקה מצויה בסמכותו של שירות בתי הסוהר, מכוח הוראת סעיף 48(א) לחוק העונשין, המסמיכה לקבוע בתקנות שיותקנו לעניין עבודת אסירים הוראות בעניין השכר, ומכוח תקנה 16 לתקנות בתי הסוהר, הקובעת, כי הנציב יקבע את "**שיעור השכר וצורתו**". בית המשפט קבע, שמדובר ב"**סמכות רחבה שבשיקול דעת, אשר אין סיבה שלא לכלול בגדרה תשלום שכר או גמול הולם על בסיס תפוקה**". (פסקה 86).

בית המשפט הפנה, לכך שבפסק דין שדות הוזכרה האפשרות של העסקה לפי תפוקה (העסקה קבלנית), ושעתירות אחרות שעסקו בכך נדחו (עת"א 31854-10-12, עת"א 1093-09-13 **טסלר נ' שב"ס** (2013); הדחיה אושרה ברע"ב 8726/13 (2014)). לאור דברים אלה קבע, כי "[ו]אין 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." (שם, בפסקה 88).

21. אחת הטענות שעלתה בעניין **קריב**, ועולה גם בעתירה דנן, הייתה ששיטת תשלום לפי תפוקה עוקפת הלכה למעשה את שיטת השכר השעתי, ומאפשרת העסקת אסירים ללא הבטחת שכר מינימלי. כך, "**ניתן יתרון משמעותי לעובדים צעירים וחזקים על פני עובדים מבוגרים וחלשים יותר**" (עניין קריב, בפסקה 92).

באשר לטענה זו, קיבל בית המשפט את עמדת שירות בתי הסוהר, 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 הגמול השעתי שמעוגן בפקודת התעסוקה בכמות הפריטים שאסיר ממוצע מפיק בשעה."

בהקשר לכך קבע כי "[ש]אין מדובר בשיטה העוקפת את התשלום השעתי, והשכר הכולל שישולם לכלל העובדים אמור להיות דומה לזה שהיה משולם על בסיס שעתי. השוני בין תשלום לפי שעות לבין תשלום על פי תפוקה יבוא לידי ביטוי לא בהיקף השכר הכולל ... אלא באופן חלוקת השכר בין העובדים השונים." (פסקה 94).

22. בצד קביעתו, "שאין חשש לעקיפת ערך הגמול השעתי וניצול לרעה של שיטת התשלום", מצא בית המשפט, שבמקרים מסוימים עלול לעלות חשש לאפליה על יסוד גיל, מצב רפואי או מוגבלות אחרת, אשר "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." (פסקה 96).

23. במהלך הדיונים, מסר המשיב, שבכוונתו להעלות את "ערך הגמול השעתי" ל-14.7 ₪ (קרי: שיעור של 50% משכר המינימום).

24. לאור קביעת הרוב בעניין שדות, שמצא ששכר המינימום הוא אחד השיקולים החשובים לסבירות הגמול המינימלי לעבודת אסיר (ובודאי לאור עמדתו הנוקבת יותר של כבוד השופט חשין), מצא בית המשפט, שהופר האיזון, ועל כן הורה לשירות בתי הסוהר לקבוע תוך 6 חודשים "ערך גמול שעתי חדש במסגרתו יינתן, בין יתר השיקולים, משקל ראוי גם לשכר המינימום הנוהג על פי חוק שכר מינימום, ולפער הסביר בינו לבין שכר האסירים במפעלי יזם."

בהקשר זה קבע בית המשפט, במענה לטענה בדבר כדאיות היזמים, כי לאור העובדה, שהפעלת מערך התעסוקה ממומנת בחלקה מתקציב שב"ס (כ-25.5 מיליון שקלים מתוך עלות כוללת של כ-70 מיליון שקלים), "אין לשלול את האפשרות שיתרת השכר תשולם מתקציב שב"ס." (פסקה 110).

בעקבות פסק דין קריב

25. בעקבות פסק הדין בעניין קריב, עודכן נוהל שב"ס 70-5003 "תגמולי אסירים - עקרונות ותפעול", ונקבע "תגמול מתוקצב", המשולם לאסירים עבור תעסוקתם לפי סוגי תעסוקה. בכל הקשור ל"תעסוקה יצרנית" נקבע, כי **במפעלי יזם פרטי "תעריף מינימלי לשעת עבודה בפועל" יעמוד על 18.9 ₪, ובמפעלי שב"ס או בעבודות חוץ - 14.7 ₪** (פריטים 30 ו-31 לנספח א' לנוהל 70-5003).

'ערך גמול שעתי' במפעלי יזם, כמו המפעל שבו מועסק העותר, הוא 18.9 ₪ לשעה. נכון למועד כתיבת פסק הדין, ערך זה הוא בשיעור של כ-63% משכר המינימום (ע"פ אתר הביטוח הלאומי במרשתת; מעודכן ליום 14.8.23).

26. באשר לתעסוקה לפי תפוקה, נקבע בסעיף 23(ג) לפקודת העסקת אסירים, כי התגמול בעבודות קבלניות, "יקבע כנגזרת מהתפוקות הממשיות של תהליך יצור המוצר ותרומת האסיר בהפקתו", וכי "יורכב מתגמול בסיסי הנגזר מתמחיר המוצר ובתוספת מרכיבים נוספים כגון: תגמול עידוד, רציפות, משמעת ואחריות."

עמוד 6

בסעיף 4.11.10 לנוהל נקבע בעניין תפוקה, כי "תגמול לאסיר נגזר מהתמורה לפריט ובסכום זה יזוכה המש"ת בו בוצעו עבודות היצור ובגין יצור פריט זה".

טענות הצדדים במהלך העתירה

27. בעתירה שהגיש בעצמו במרץ 2021, הלין העותר, על כך שבעוד שהגמול המינימלי המשולם לאסירים עומד על 19 ₪, הרי שכדי להגיע לשכר "בתפוקה נורמלית + ובמרץ לא קם מהכסא צריך לעבוד ארבע שעות", שכן שכרו השעתי הממוצע הוא כ-5 ₪ בלבד.

על כן, בעתירתו ביקש להורות למשיב לעדכן את שכר המועסקים ב"עבודה קבלנית", קרי בעבודה לפי תפוקה, כך שיהיה זהה לשכר השעתי הקבוע בעבודה יומית.

28. בכתב התשובה, שהגיש המשיב, הצביע על המסגרת הנורמטיבית, וטען, שכלל טענותיו של העותר "נדחו אחת לאחת" בפסקי הדין בעניין **שדות** ובעניין **קריב**, ועל עמדה זו חזר גם בהתייחסות משלימה לפני הדיון שהתקיים ביום 20.9.2022. לגופו של עניין מסר, כי "ככלל כלל האסירים העובדים בתעסוקה מועסקים באופן קבלני כלומר האסיר מקבל תשלום לפי הספר וכמות הפריטים שייצר". למעשה, במפעל בו מועסק העותר, רק שלושה אסירים מקבלים שכר שעות, שכן הם מועסקים בתפקיד "שלא ניתן לאמוד את כמות עבודתם". השכר הקבלני והשעתי עלה בעקבות הפסיקה ב-28%, ושיעור התגמול המוענק לעותר "מאזן כראוי בין השאיפה להגדלת שיעורי התעסוקה בקרב אסירים, ובין השאיפה שבמסגרת ההתקשרות עם היזם יקבעו תנאי העסקה שיעודדו את היזם להקים מפעל בין כותלי בית הסוהר". כן הובהר, שבעתיד תיבחן אפשרות להעביר את העותר לשכר שעותי.

29. בדיון שהתקיים ביום 5.5.2021 הציג המשיב דו"ח באשר לשכרם של חמישה אסירים המועסקים באותה עבודה, ומגיעים לשכר גבוה יותר.

בסיום הדיון הפנה כבוד השופט העמית אברהם טל את מסמכי התיק לסניגוריה הציבורית, שלבקשתה מונתה לייצג את העותר.

30. לאחר המינוי, פנו ב"כ העותר למשיב בבקשה מפורטת, ומשהיא נדחתה - לאחר כמה הארכות מועד, ביום 1.2.2022 הגישו בשם העותר עתירה מתוקנת.

31. בעתירה המתוקנת נפרסה יריעה רחבה, הן במישור הנורמטיבי, והן במישור העובדתי. בתמצית, לגופו של עניין, נטען, "שהפרקטיקה של תשלום לפי תפוקה הפכה לדרך התשלום המרכזית לאסירים במועסקים במפעלי יזם", באופן "שמיועד בעיקר לוודא קיומו של רווח כלכלי ליזם הפרטי". אף שפקודת הנציבות 04.62.00 לעיל קובעת שכר שעותי מינימלי של 18.9 ₪, בפועל העותר גם בעבודה מאומצת אינו יכול להגיע לשכר זה, ואף בדוגמאות שהציג המשיב בדיון אין אסיר, ששכרו הגיע לגמול השעתי המינימלי.

אשר לטענת המשיב, שיש אסירים המועסקים באותה דרך המקבלים שכר גבוה מהשכר המינימלי, ושבממוצע משולם לכלל האסירים השכר המינימלי שנקבע בפקודה - נטען בעתירה המתוקנת, שהטענה לא גובתה במסמכים ושההסדר לגופו חורג מהוראות פקודת הנציבות. על כן, נדרש המשיב להנפיק תחליף ל"תלוש שכר", אשר יאפשר לכל אסיר לדעת כמה עבד (בפריטים ובשעות), וכמה שולם לו בגין אותה עבודה. מעבר לכך, נטען, שעדכון השכר המינימלי

בעקבות פסק הדין בעניין קריב היה בשיעור של 28% ולא בשיעור הנדרש של 38%.

32. בעתירה המתקנת התבקשו סעדים הצהרתיים, לפיהם הגמול המינימלי בסך 18.9 ₪ לשעה יחול גם בעבודה לפי תפוקה, שלפי הדין לא ניתן לשלם "לפי תפוקה" בלבד (בהתעלם מהגמול המינימלי), וכן שיש להורות על עדכון השכר ועל עריכת מעין "תלוש שכר" לכל אסיר.

33. ביום 17.4.22, לאחר מספר ארכות, הגיש המשיב כתב תשובה לעתירה המתקנת.

בכתב התשובה, הנתמך בהתייחסות של יועמ"ש מערך התעסוקה, רב כלאי עו"ד גלית מנגמי, נטען, שתעסוקת אסירים מיועדת להקניית הרגלי עבודה ומיומנויות מקצועיות כדי לקדם את השתלבות האסירים בקהילה עם שחרורם, והתשלום בגינה הוא "תגמול לצרכי עידוד" ולא לצרכי פרנסה, שכן "כל צרכי האסיר (מדור, רפואה, ביגוד, חינוך וכדומה) מסופקים על ידי שב"ס". תעסוקת אסירים מתאפיינת במגבלות ובאילוצים שונים המכבידים על יזמים המבקשים לשלב תעסוקת אסירים בפעילותם. לכן, נדרש שהעברת התעסוקה למשיב תישאר "אטרקטיבית" עבור היזמים, קרי, שהיא תהיה רווחית עבורם.

הסדר התעסוקה לפי תפוקה מאפשר לאסירים להגיע לתגמול העולה על ערך התגמול השעתי המינימלי, ומנגד "אסירים שפחות יעילים בעבודתם יזכו לתגמול נמוך יותר מערך הגמול השעתי". מנגנון זה מעודד תפוקה וחריצות של אסירים, עולה בקנה אחד עם מטרות העסקת אסירים ומגן על "כדאיות היזמים להקים מפעלים ולתפעלם בתוך שב"ס". קבלת הסעד עלולה להוביל לדרישת היזם, שלא לכלול בתעסוקה אסירים שתפוקתם נמוכה, בין מטעמי גיל, בריאות, מוטיבציה וכן הלאה, וכך תיפגע התכלית של העסקת אסירים. גם מנקודת המבט של אסיר, שתפוקתו נמוכה מהמוצע, עדיף במקרים כגון זה להיות משולב בתעסוקה "חלף הימצאותם ספונים בחדרם".

בהתייחס לטענה נגד "הממוצע" טען המשיב, שאופי התעסוקה של אסירים שונה. הם מועסקים 7 שעות ביום, ובמהלך היום יש הפסקות שונות מטעמים אישיים ומטעמי הכלא, שאינן חלק משגרת התעסוקה במקום עבודה רגיל. המשיב מבהיר, שאין צורך במעין "תלוש שכר", שכן כל אסיר חותם בסוף יום העבודה על סך הפריטים שייצר.

עמדת המשיב היא, כי "לא יעלה על הדעת שאסיר שתפוקתו נמוכה, למשל, ב-50% לערך מהתפוקה הממוצעת, 'יזכה' לתגמול שווה לתגמול המוענק לאסירים אחרים המשקיעים יותר ממנו, מחויבים לעבודה יעילה ועובדים על בסיס תגמול שעתי".

היעתרות לסעד המבוקש, עלולה לפגוע דווקא באוכלוסיות החלשות, שכן המשמעות האופרטיבית עלולה להיות, שהיזם יבקש לגרוע את העובדים הפחות יעילים מרשימת המועסקים על ידו.

באשר לדרישה לספק לאסירים "מעין תלוש שכר", טען המשיב, כי החובה לעשות כן נעוצה ביחסי עבודה ומוסדרת בחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, שאינו חל על אסירים. מעבר לדרוש, כל אסיר מועסק רשאי לקבל לבקשתו טופס, המציין את מספר הפריטים עליהם עבד בכל חודש, את הגמול לפריט ואת סך כל התגמול. מעבר לכך, יש בידי אסיר לדעת מהי תפוקתו, שכן בכל יום הוא חותם על סך הפריטים שייצר באותו יום.

המשיב הוסיף, שעל אף שבית המשפט הנחה בפרשת **שדות** לפני כעשרים שנים, שיש לקבוע הסדר העסקה מעודכן, ועל אף שהוקם צוות בין משרדי לכך - בפועל לא נקבע הסדר מעודכן ממצה.

34. לקראת הדיון האחרון שנקבע ליום 20.9.2022, הגיש המשיב נתונים באשר לשכרם של מספר אסירים נוספים, המועסקים בדומה לתעסוקת העותר. על אף שיש בידי המשיב מלוא הנתונים הדרושים, יש להצר על כך, שלא הוגשה תשתית עובדתית רחבה יותר, באשר לגמול שלו זוכים אסירים במועסקים לפי תפוקה.

כך, נרשם על גבי פירוט שכרו של האסיר א"ח (נספח ח' להודעת המשיב מיום 26.6.22): "**תלוש עבודה של אסיר חרוץ, ... ומגלם שכר של 18.9 לשעה**". בהודעה משלימה הבהיר המשיב, ששלושת האסירים שנתוניהם הובאו זוכים לגמול שעתי ממוצע של **20 ₪**, (**19 ₪ ו-11.5 ₪**), בעוד העותר, העובד רק חצאי ימים, הגיע ל"**גמול שעתי נמוך משמעותית**" (לא נסתרה טענתו שהוא מקבל גמול של כ-5.2 ₪ לשעה).

בהשלמה נוספת, הצביע המשיב על אסירים בעלי מוגבלות מיוחדת (הליכי גמילה, מצב רפואי מיוחד ונסיבות אישיות מיוחדות), הזוכים לגמול נמוך, ועל שני אסירים המגיעים לגמול הקרוב ל'ערך הגמול השעתי'.

35. העותר טען, שמדובר בנתונים חלקיים בלבד ביחס לאסירים בודדים מתוך כ-40 אסירים המועסקים במפעל "ביג בג". לטענתו, עיון מדוקדק בנתונים באלה מעלה, שהגמול של אותם אסירים נמוך מזה שהציג המשיב, אף בהנחות המיטיבות עם עמדת המשיב. כך, האסיר "החרוץ ביותר" אינו משתכר אלא כדי **17.61 ₪ לשעה**, ומנגד האסירים בעלי שהשיגו את התפוקות הנמוכות יותר (בשל מגבלות שונות), קיבלו גמול נמוך במידה משמעותית: האסיר המצוי בהליכי גמילה קיבל **3.22 ₪ לשעה**; האסיר שסבל ממצב בריאותי קשה במיוחד קיבל **8.62 ₪ לשעה**; האסיר שבשל נסיבותיו האישיות התקשה להגביר את תפוקתו קיבל **9.65 ₪ לשעה**; וגמולו של העותר, שלדברי המשיב שיפר את מיומנותו, עלה ל-**10.53 ₪ לשעה**.

לשיטת העותר, נתונים אלה מלמדים, שחששו של כבוד השופט טרסי בעניין קריב מאפליה הפוגעת באוכלוסיות חלשות - וכאן גמילה, בריאות ומצב אישי - הפך למציאות, וקריאתו של בית המשפט למצוא פתרון למצבים מעין אלה (בפסקה 96 לעניין קריב, לעיל) "נפלה על אזניים ערלות".

כך, לשיטתו, נתוני המשיב מלמדים, שבניגוד לטענת המשיב בעניין **קריב**, אין אסירים הזוכים לגמול גבוה משמעותית מהגמול המינימלי של **18.90 ₪ לשעה** (בעוד שיש כאלה הזוכים לגמול נמוך בהרבה ממנו, כמו העותר), וכי אסיר בנתוניו של העותר יתקשה מאד להגיע לגמול שעתי המינימלי.

עוד הוסיף העותר וטען, שהנתונים מלמדים, שבניגוד לטענת המשיב בעניין קריב, שיש אסירים המקבלים גמול העולה על 'ערך הגמול השעתי', אין אסירים המגיעים ל'ערך הגמול השעתי'.

36. בדיון שהתקיים ביום 20.9.22 חל שינוי מסוים בעמדת המשיב. בהתייחס לעמדת העותר בדבר הקושי להגיע לגמול שעתי של **18.90 ₪**, טען ב"כ המשיב, ש"**אין תגמול ממוצע בעבודה לפי תפוקה**" (ע' 7), וכן ש"**באגף אין אסיר ממוצע, כל אחד לפי הכשרו שלו וכל אחד הבעיות וגם יכולותיהם...**" (ע' 10).

המשיב הסביר, שבהעסקת אסירים קשה לאמוד את שעות העבודה, שכן בשל תנאי הכליאה יש הפסקות שונות והיעדרויות, שאינן קשורות לעבודה (ובהן יציאה לפעילויות חינוך וטיפול, לביקורים), ושבתעסוקה לפי תפוקה לא מחתימים את האסירים על כרטיס עבודה.

37. על פני הדברים, עמדת המשיב בדיון אינה מתיישבת, ואולי אף סותרת את קביעת בית המשפט על יסוד עמדת המשיב בעניין **קריב**. בעניין **קריב** הובא תצהיר של ראש מערך התעסוקה בשב"ס, לפיו התגמול לכל פריט

בתעסוקה לפי תפוקה נקבע "על ידי חלוקת ערך התגמול השעתי שמעוגן בפקודת התעסוקה בכמות הפריטים שאסיר ממוצע מפיק בשעה", וש"אין לבית המשפט סיבה לפקפק בכך" (ענין קריב, פסקאות 93, ו-94; הקו התחתי הוסף). הטענה שהועלתה בדיון, ש"אין אסיר ממוצע" עומדת בסתירה לדברים אלה, שבית המשפט לא מצא סיבה לפקפק בהם.

יתירה מכך, להצדקת האפשרות, שהשכר המשולם על בסיס תפוקה לא יניב שכר שעתי שוויוני, הצביע המשיב בענין קריב, ש"השכר הכולל שישולם לכלל האסירים האמור להיות דומה לזה שהיה משולם על בסיס שעתי", וההבדל הוא רק "באופן חלוקת השכר בין העובדים השונים" (שם, בפסקה 94). קרי, בממוצע שכרו של עובד לפי תפוקה "דומה" לשכרו של עובד לפי שעות.

העמדה שהציג המשיב בדיון, לפיה "אין תגמול ממוצע", נמצאת בניגוד חזיתי לכך. במענה לשאלת בית המשפט בענין זה, השיבה ב"כ המשיב, כי "18.90 זה לא השכר הממוצע" - באופן המנוגד לעמדה שהוצגה בענין קריב ועמדה ביסוד פסק הדין (כאמור). ביחס לטענת העותר, שבדרך כלל האסירים לא מגיעים לשכר שעתי של 18.90 ₪, השיבה ב"כ המשיב: "בדקנו פריט פריט והם אולי באמת צודקים ... והתשובה היא שאפשר חד משמעית להגיע ל-18.90". (ע' 11), קרי אפשר להגיע לשכר של 18.90 ₪, אך הוא בוודאי לא השכר הממוצע.

תשובה זו, שאין סיבה לפקפק בה, מלמדת, שיש ממש בטענה, שהשכר הכולל של כלל האסירים המועסקים על פי תפוקה אינו מגיע בהכרח ל-18.90 ₪ לשעה, ואפשר שהוא נמוך ממנו באופן משמעותי - בניגוד מפורש ובולט להצהרת המשיב, שקבלתה עמדה ביסוד קביעת בית המשפט בענין קריב, שלא להתערב בתגמול לפי תפוקה.

38. לאחר הדיון עדכן המשיב, כי בדצמבר 2021 (כתשעה חודשים לפני הדיון), נעשה ניסיון לשלב את העותר בתפקיד אחר במפעל, שהגמול בו הוא שעתי, אולם העותר לא הצליח להשתלב בתפקיד.

39. לאור אלה, בבואנו לבחון את טענות העותר ואת תשובת המשיב, יש לזכור שלפי ההסדר הקיים, יש אסירים הזוכים לגמול נמוך בהרבה מערך הגמול השעתי (שכשלעצמו עומד כיום על כ-63% משכר המינימום).

העותר המועסק לפי תפוקה, קיבל עובר לעתירה גמול של כ-5.2 ₪ לשעה, שהם כ-26% מערך הגמול השעתי וכ-16% משכר המינימום. משיפר את מיומנותיו, עלה הגמול לכדי כ-58% מערך הגמול השעתי, שהם כשליש משכר המינימום. האסיר שנתוני הגמול שלו היו הנמוכים ביותר קיבל 3.22 ₪ לשעה, שהם כ-17% מערך הגמול השעתי, וכעשירית משכר המינימום.

דין והכרעה

הסמכות להעסיק אסירים בתשלום לפי תפוקה

40. כאמור, בפרשת קריב דחה בית המשפט את הטענה, שאין לשירות בתי הסוהר סמכות לקבוע העסקה לפי תפוקה, בקובעו, כי "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 שישמר העיקרון של מתן גמול סביר בהתחשב בכלל השיקולים הרלבנטיים." (שם, בפסקה 88).

41. על אף טענות העותר, לא מצאתי מקום להידרש לשאלה זו מחדש, וקביעותיו של כבוד השופט חגי טרסי בשאלת

הסמכות מקובלות עלי.

למשיב יש סמכות להורות על העסקה לפי תפוקה, אולם סמכותו אינה בלתי מוגבלת, והיא מסויגת ב"מתן גמול סביר". ומכלל הן, ראוי להדגיש את תמונת הראי: **אין לשירות בתי הסוהר סמכות להעסיק אסיר ללא תגמול, ועל כן הסמכות נקנית יחד עם מתן גמול, וגמול זה צריך להיות סביר.**

שכר מינימום בעבודה לפי תפוקה

42. נשאלת השאלה, מהו גמול סביר המתיר העסקה לפי תפוקה?

ובפרט, במקרה שלפנינו, האם גמול של 5.20 ₪ לשעה, שהוא הגמול שקיבל העותר עובר להגשת העתירה, מקיים את הדרישה של "גמול סביר"?

43. כאמור, בפרשת **שדות** נקבע על פי דעתו של כבוד השופט זמיר, כי אף שחוק שכר מינימום אינו חל על אסירים, צריך להתקיים **"יחס סביר"** בין שכר המינימום הקבוע על פי חוק, לבין הגמול המשולם לאסירים. כבוד השופט חשין מצא, כי שכר המינימום צריך לשמש כ"**תחנת מוצא**" לקביעת הגמול לאסירים, וכבוד השופטת בייניש ראתה בשכר המינימום **"כאחד המבחנים החשובים לסבירות שיעור השכר"**.

על כן, בראש הדברים, יש לחזור למשפט העבודה, ולבחון את החלת שכר המינימום על עבודה לפי תפוקה.

44. חוק שכר המינימום אינו מחריג עבודה לפי תפוקה. אכן, אין בחוק שכר מינימום התייחסות לעבודה לפי תפוקה או קיבולת, ושכר המינימום מוגדר באופן חודשי, יומי ושעתי (סעיף 1 לחוק). אולם, המחוקק לא פטר מעסיק מחובת תשלום שכר מינימום לעובדים המועסקים לפי תפוקה.

45. בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה נקבע לא אחת, שהחובה לשלם שכר מינימום חלה גם על דרכי העסקה שלא לפי יחידות זמן, ובכלל זה בהעסקה לפי תפוקה או לפי קיבולת (ואף בעבודה לפי פרמיות).

כך נפסק בע"ע 440/99 ברמן נ' קונדיטורית פילאס (2002):

"אין זה מתקבל על הדעת שמעובד ששכרו משולם לפי קיבולת תישלל הזכות לשכר מינימלי המבטיח לעובד קיום מינימלי. מתכלית החוק מתבקש על-כן שכל עובד יזכה לשכר מינימום בהתאם להיקף משרתו."

(ראו גם דב"ע (ארצי) שן/171-3פלתורס נסיעות ותיירות בע"מ - יהודה פדן (1990)).

46. בע"ע (ארצי) 52949-05-10 וולצ'ק נ' ש. אלברט עבודות ציבוריות (2012), הציג בית הדין הארצי את ההלכה כדלקמן:

"32. לאור כל האמור, הגיונם של דברים, ואף תכליתו של חוק שכר מינימום מחייב את המסקנה, כי גם תשלום שכר לפי קיבולת, צריך להיעשות בהתאם לחוק שכר מינימום. דחיית פרשנות זו, תאפשר למעשה את עקיפתן של הוראות חוק שכר מינימום, המגלמות זכות סוציאלית ראשונה במעלה, ולריקונה מתוכן. לפיכך, גם מעסיק הבוחר להעסיק את

עובדיו על פי 'שכר גלובאלי', כפי שנטען על ידי המשיבה, מחויב לבצע תחשיב של השכר על פי שעות העבודה בפועל, כך ששכרו השעתי, היומי, או החודשי, לפי העניין, של אותו עובד, לא יפחת משכר המינימום בהתאם לחוק."

47. לאור זאת, החובה שנקבעה בעניין **שדות**, לשמור על "יחס סביר" בין גמול לאסיר לשכר המינימום, חלה גם על העסקה לפי שעות וגם על העסקה לפי תפוקה. בדיני העבודה העסקה לפי תפוקה אינה דרך העוקפת את חובת שכר המינימום, ובהעסקת אסירים היא אינה עוקפת את החובה לשמור על "יחס סביר" לשכר המינימום. ברור הדבר, שהשמירה על כבוד האדם בדרך של תשלום גמול סביר, אינה מבחינה בין דרכי ההעסקה. גם בהעסקה לפי תפוקה יש לשמור על כבוד האדם של המועסק, וכפי שנפסק בעניין קריב, כבוד האדם מחייב מתן גמול סביר.

קביעת "גמול סביר" בדרך של גמול ממוצע

בעניין קריב, ההצדקה לקיומו של שכר לא שוויוני לפי תפוקה הייתה, ש"השכר הכולל שישולם לכלל העובדים אמור להיות דומה לזה שהיה משולם על בסיס שעתי" (פסקה 94). קרי: שבממוצע, הגמול של מועסק לפי תפוקה יהיה כגמול של מועסק לפי שעות.

בית המשפט קבע, שלנוכח מטרות ההעסקה (שכאמור, עיקרן שיקום), יש יתרון ביצירת הנעה חיובית לחריצות בעבודה, ועל כן יש מקום להעסקה לפי תפוקה, שבה גמול האסירים "לא יהיה שוויוני, אלא ישקף את תפוקתם בפועל, כאשר חלק מהאסירים שיעבדו ביעילות יזכה בשכר העולה על ערך הגמול השעתי, חלק שעבודתם ממוצעת יזכה בשכר דומה לגמול 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 הגמול 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 הגמול השעתי ולניצול לרעה של שיטת התשלום לצורך השאת רווחים עודפים ליזם." (פסקה 95; הקו התחתי אינו במקור).

48. אלא שבנתונים שהובאו בעתירה דן בעניין גמול אסירים המועסקים לפי תפוקה במפעל "ביג בג", לא נמצאו אסירים, שהגמול אותו קיבלו, "עולה על ערך הגמול השעתי" (כפי שהוצג על ידי המשיב בעניין קריב). למעשה, לפי נתונים אלה, 'ערך הגמול השעתי', מבטא בקירוב את הגמול המירבי, המשולם לאסירים המועסקים לפי תפוקה במפעל 'ביג בג'.

ומנגד, לפי נתונים אלה, ישנם אסירים שמקבלים גמול נמוך במיוחד, שיכול להגיע לכדי מחצית, רבע ואף חמישית מערך הגמול השעתי, ושיעורו משכר המינימום נמוך עוד יותר.

כאמור, לאור נתונים אלה, במהלך העתירה הבהיר המשיב, ש"אין תגמול ממוצע בעבודה לפי תפוקה" (ע' 7).

49. כך, הופרכה ההנחה, שעמדה ביסוד קביעת בית המשפט בעניין קריב, "שאין חשש לעקיפת ערך הגמול השעתי ולניצול לרעה של שיטת התשלום". מנתוני המשיב עולה, שהסדר התשלום לפי תפוקה עוקף בפועל את הסדר

תשלום שכר המקיים "יחס סביר" לשכר המינימום, ומוביל לתשלום גמול בשיעור נמוך ביותר משכר המינימום.

50. יתירה מכך, גם הטענה, שהגמול בגין כל פריט, שמוצר על ידי אסיר, נקבע בחלוקת 'ערך הגמול השעתי' במספר פריטים שמיצר "**אסיר ממוצע**", נשללה על ידי שירות בתי הסוהר, שהבהיר, ש"**אין אסיר ממוצע**". עולה, שקביעת ערך הפריט נותרה ללא הסבר. הגמול בפועל של אסירים המועסקים לפי תפוקה נגזר מהגמול בגין כל פריט, ומשגמול בגין פריט אינו מוסבר, הרי שהעובדה שבמקרים רבים (ופי הנתונים ברוב המקרים) גמול האסירים לא מגיע ל'ערך הגמול השעתי', מלמדת שבקביעת ערך כל פריט מצוי היבט מקפח.

במצב דברים זה, אף שיש למשיב סמכות להורות על העסקת אסירים לפי תפוקה, דומה שלא מתקיים הסייג לסמכות בדבר "**מתן גמול סביר בהתחשב בכלל השיקולים הרלבנטיים**".

51. יתירה מכך, בעניין קריב העלה בית המשפט את החשש לאפליה על יסוד גיל, מצב רפואי ומגבלות אחרות הפוגעות ביעילותו של אסיר, והורה למצוא לכך פתרון. מהנתונים שהובאו לעיל עולה, שלא נמצא לכך כל פתרון, ובפועל העותר, שהוא כבן 67, קיבל עובר לעתירה כ-5.20 לשעה ובהמשך כ-10 ₪ לשעה, ויש אסירים המקבלים שכר נמוך יותר. על אף חלוף השנים, המשיב לא פעל למציאת פתרון מתאים לקושי זה.

52. התמונה הנגלית, מלמדת שיש מקום לחשוב מחדש על הסדר של "מתן גמול סביר" בדרך של **ממוצע**. נדמה, שלא די במספר המגלם את הסכום הכולל המשולם בגין תפוקה, כשהוא מחולק בסך השעות המושקעות בהשגת התפוקה (התוצאה היא גמול שעתי ממוצע). יש לבחון גם את "פיזור" הגמול בין האסירים השונים. כך, יש לבחון גם את "החציון" (ובפשטות: הגמול השעתי המצוי באמצע טווח הגמולים של האסירים השונים) ואת "סטיית התקן" (ובפשטות: דרגת הפיזור של נתוני הגמול על פי מרחקם מהממוצע).

יש הבדל ברור בין מצב, שבו כל "אסירי התפוקה" זוכים לגמול שקרוב יחסית לממוצע, לבין אפשרות, שאסירים בודדים זוכים לגמול גבוה מאוד, ואסירים רבים זוכים בגמול מועט ורחוק מהממוצע.

בשיטת הממוצע, כשלעצמה, אין כדי להבטיח שלא יהיו אסירים, שהגמול שהם מקבלים יהיה כה נמוך עד שיבטא פגיעה של ממש בכבודם. ואכן, במקרה שלפנינו, על פי נתוני המשיב, הוצגו מקרים של אסירים, שזכו לגמול אפקטיבי לשעה של **8.5 ₪**, **5 ₪** ואף **3.22 ₪**. הסיבה לגמול הנמוך היא תפוקה נמוכה, אשר אפשר שהיא נובעת ממגבלותיו של האסיר. אולם אין לכחד שגמול כה נמוך, אינו מתיישב עם השמירה על כבוד האדם, על פי המתווה שקבע בית המשפט העליון בעניין **שדות**.

53. יתירה מכך, בין האסירים מצויים אסירים הסובלים מקשיים פיזיים, בריאותיים, קשיי גיל וכדומה, אשר יש יתרון שיקומי בשילובם בעבודה במפעל יצרני. מנגד, מובן שאין בידם לעמוד בקצב העבודה של אסירים חזקים מהם. אפשר בהחלט להעניק גמול גבוה יותר לאסירים המשיגים תפוקה גבוהה יותר, אולם, יש הכרח לקבוע גמול מינימלי לאסיר מועסק כדי להגן על כבוד האדם שלו, ולהימנע מאפלייתו על בסיס גיל, בריאות או מוגבלות.

54. המסקנה היא, שסבירותו של הגמול הניתן לאסירים בהעסקה לפי תפוקה אינה צריכה להיבחן על פי הגמול הממוצע אלא קודם כל על פי הגמול המינימלי.

זו משמעותו המילולית של "יחס סביר" לשכר מינימום, וזו המשמעות המשמרת את תכליתו כהגנה על כבוד האדם.

החלת 'ערך גמול שעות' על העסקה לפי תפוקה

55. כאמור, מבחן "הגמול הסביר" צריך להיקבע ביחס לגמול הנמוך ביותר המשולם לאסיר לפי תפוקה. גם לפי אמות מידה זהירות, על יסוד קביעתו של בית המשפט בעניין שדות שגמול בשיעור **82%** משכר המינימום "יכול להיות סביר", ואף שלא נקבע רף תחתון, **אי אפשר לראות בגמול שעותי העומד על כ-16% ואף כ-11% משכר המינימום - משום "גמול סביר"**.

56. עולה - הן בהיקש מדיני העבודה המחילים את שכר המינימום גם על עבודה לפי תפוקה, הן בשל הצורך לשמור על כבוד האדם של כל אסיר בלי קשר לתפוקתו, והן בשל ההכרח למנוע אפליית אסירים המתאימים לשיקום בתעסוקה יצרנית אך אינם יכולים להגיע לתפוקה ניכרת - שעל המשיב להחיל **גמול שעותי מינימלי** גם על אסירים המועסקים לפי תפוקה.

בשל המאפיינים המיוחדים של העסקת אסירים - ובכללם גם העדר זמינות רצופה לעתים - אפשר לקבוע שתחשיב הגמול השעותי יעשה לפי התפוקה החודשית. כך מדי חודש, יחולק הגמול החודשי בגין תפוקה במספר שעות ההעסקה בפועל באותו חודש, ואם המנה תהא נמוכה מ'ערך הגמול השעותי' המתאים לעבודה לפי תפוקה (כפי יובהר בהמשך), ישלים אותה המשיב בהתאם לגמול החודשי של האסיר (השווה בהקשר של שכר על פי עמלות: ע"ע 1194/01 **עניב נ' "המגן" חברה לביטוח בע"מ**, (2004)).

57. המשיב הצביע על חשיבותה של העסקה לפי תפוקה כאמצעי לעידוד הירתמות לתעסוקה היצרנית. כפי שנפסק, שכר המינימום הוא שיקול חשוב בקביעת הגמול המינימלי המשולם לאסירים, אולם אינו שיקול יחיד. הנעה ליציבות, לשקידה ולחריצות בתעסוקה ויצירת הרגלי עבודה, בצד תמריץ שלילי נגד נטייה להימנע ממאמץ ונגד עבודה איטית במכוון, מהווים גם הם שיקולים ענייניים בהיבט השיקומי. בפרט, בהתחשב בתנאי הכליאה, בקשיים שאסירים שונים מגלים בשילוב בתעסוקה קבועה, ואף בכך ששיבוצו של אסיר לתעסוקה הוא חובה, שאי קיומה עלול להוות עבירת משמעת ולפגוע בטובות הנאה שונות (כאמור לעיל). בקביעת הסדרי התעסוקה והתגמול יש לזכור, שמדובר באוכלוסיית אסירים מגוונת, המצויה בהליכי מאסר ושיקום, בעלי ניסיון משתנה בעולם התעסוקה מחוץ לבית הסוהר - על כל הקשיים הנגזרים מכך.

58. לאור אלה, בהעסקה לפי תפוקה יש מקום לשקול הסדר מיוחד ומפורט, שיאפשר גמישות רבה יותר כאמור, תוך קביעת **ערך גמול שעותי מינימלי** בתעסוקה לפי תפוקה, שיהיה נמוך **במידת מה** מ'ערך הגמול השעותי'.

מהי המידה האמורה? לאור עמדת המשיב, שאין צורך בגמול מינימלי, לא הובאו בפני בית המשפט נתונים מפורטים בעניין זה. ממילא בית המשפט אינו נדרש להיכנס לנעלי המשיב ולקבוע גמול שעותי מינימלי כזה. הסמכות המנהלית לקבוע את "**שיעור השכר וצורתו**" מסורה לנציב שירות בתי הסוהר, בסיוע הצוות המקצועי של השירות, אם ימצאו שיש מקום לקבוע הסדר מתאים להעסקה לפי תפוקה.

59. יחד עם זאת, ניתן להפנות למספר שיקולים, שנכון יהיה להביאם בחשבון. ראשית, בהתחשב בכך ש'ערך הגמול השעותי' נמוך משכר המינימום, הרי שהגמול המינימלי לעובדי תפוקה אינו יכול להיות נמוך **במידה ניכרת** מ'ערך הגמול השעותי'.

שנית, יש להניח, שיהיו אסירים שהגמול המינימלי יהיה הגמול שיקבלו בפועל (קרי שלא יצליחו להשיג תפוקה שתוביל לגמול גבוה יותר), ועל כן נדרש, שהגמול המינימלי ישמור על "יחס סביר" משכר המינימום, שכדי לקיים שמירה על כבוד

האדם שלהם.

שלישית, אמת מידה אפשרית לערך הגמול המינימלי בהעסקה לפי תפקודה, יכולה להימצא בהגדרת הגמול הניתן לאסיר "בתקופת ההכשרה לעבודה יצרנית", שנקבע ל-80% מ'ערך הגמול השעתי' (נספח ג' לפקודת העסקת אסירים). אמת מידה נוספת מצויה בגמול שנקבע בנוהל 70-5003 לעבודה יצרנית במפעלי שב"ס, בסך **14.7 ₪** לשעה.

טענות נוספות

60. טענת שירות בתי הסוהר, שלא ניתן לעקוב אחר שעות העבודה של אסירים המועסקים לפי תפוקה בשל תנאי הכליאה (ביקורים, ראיונות, טיפולים וכיו"ב), אינה משכנעת. תנאי הכליאה משפיעים באותה מידה על אסירים המועסקים לפי שעה, ועל אסירים המועסקים לפי תפוקה. כפי שניתן למדוד את שעות ההעסקה של אסירי "שעות", ניתן לעשות כן גם בעניינם של "אסירי תפוקה".

61. טענה נוספת של המשיב היא, שהתוצאה של החלת גמול מינימלי על "אסירי תפוקה" תהיה פליטתם מתעסוקה של אסירים פחות יעילים. טענה זו אין לקבל, והיא חותרת תחת תפקידו של שירות בתי הסוהר בכל הקשור להעסקה.

כן נטען גם, שקביעת גמול מינימלי עלולה לפגוע ברצונם של יזמים פרטיים להעסיק אסירים.

62. כמפורט לעיל, התכלית של העסקת אסירים היא שיקומם. שיקום זה אינו טובת הנאה אלא זכות ממש, שכנגדה נקבעה חובת המשיב לשילוב מרבי של אסירים בפעילויות שיקום (סעיף 11ד' לפקודת בתי הסוהר) (עת"א 32437-09-14 פלוני נ' שב"ס(2014)); עת"א (מרכז) 8561-09-22 חוויץ' נ' שב"ס (2022)).

שיבוצו של אסיר המתאים לשיקום בדרך של תעסוקה יצרנית, צריך להיעשות על יסוד הצורך השיקומי שלו ומקום פנוי. השיקול הכלכלי בעניין הוא שיקול משני ובמקרים מסוימים אף שיקול זר ממש. "כדאיות" שיקומו של אסיר אינה נבחנת על פי התפוקה היצרנית שלו, אלא - כאמור בסעיף 4 לפקודת העסקת אסירים - על פי הקניית הרגלי תעסוקה, הגברת יכולת השילוב בתעסוקה, מניעת בטלה, הפגת לחצים, חיזוק יכולת הביטוי העצמית, וסיוע בשגרת חיי האסיר ובשיקום משפחתו לאחר שחרורו.

בסעיף 6 לפקודת העסקת אסירים נקבע במפורש, כי "**(א) ככלל תעסוקת האסיר תכוון למטרת שיקומו; (ב) המגמה היא לספק, במידת האפשר, תעסוקה מתאימה לכל אסיר העומד בתנאי סעיף 11ד' לפקודה ... תוך מתן דגש לפיתוח תעסוקה יצרנית והעסקת אסירים בעבודות ייצור. יישום של מגמה זו מותנה במספר מקומות התעסוקה הפנויים בבית הסוהר, בסוגי תעסוקה קיימים, בסוגי תעסוקה אשר ניתן להפעיל בבית הסוהר משיקולים משקיים, מודיעיניים וביטחוניים, ובמידת התאמת האסיר לתעסוקה לאור הכרת אישיותו, כישוריו ויכולותיו. ...**"

סעיף 13 לפקודת העסקת אסירים מונה את שיקולי השיבוץ לתעסוקה, אשר כוללים מגוון של היבטים רלוונטיים. יכולת התפוקה של האסיר או חריצותו אינן נמנות בין שיקולים אלה.

63. כדי להשיג מטרות אלה נדרש שירות בתי הסוהר להשקיע משאבים בכל תחומי השיקום ובכלל זה גם בתחום

התעסוקה (כפי שעלה בפרשת **שדות** ובפרשת **קריב**). הציפיה שבתחום התעסוקה, עבודת האסיר תכסה בכל מקרה את מלוא התשומות הקשורות בשיקומו התעסוקתי - שגויה מן היסוד. לא מדובר בגיוס כוח העבודה של האסירים במעין "מעגל תקציבי סגור", אלא בפעילות שיקומית מובהקת, המשרתת אינטרס ציבורי רחב, ששירות בתי הסוהר אמון על קידומו, אשר יש לה עלות.

64. בפרשת **קריב** נקבע, בהמשך לדבריו של כבוד השופט חשין בעניין **שדות**, "**כי אין לשלול את האפשרות שיתרת השכר תשולם מתקציב שב"ס**". עניין זה מחייב בחינה על ידי המשיב, אם וככל שיעלה צורך. לא הוצג בפניי שאפשרות זו תטיל "**נטל בלתי סביר על תקציבי המשיב**" (עניין **קריב**, פסקה 110).

סיכום ביניים בעניין גמול בהעסקה לפי תפוקה

65. הפועל היוצא מדברים אלה, הוא כדלקמן:

א. הסדר העסקה לפי תפוקה מצוי בסמכות שירות בתי הסוהר, "**ובלבד שישמר העיקרון של מתן גמול סביר בהתחשב בכלל השיקולים הרלבנטיים**".

ב. שכר המינימום הקבוע מכוח חוק הוא שיקול חשוב בקביעת גמול מינימלי בהעסקת אסיר, ועל כן 'ערך הגמול השעתי' יחול, בהעדר החלטה אחרת, הן בהעסקה שעתית והן בהעסקה לפי תפוקה.

ג. בשל הייחוד השיקומי ובניגוד ליחסי עובד ומעביד, רשאי המשיב לתקן את פקודת הנציבות, באופן שייקבע ערך גמול שעתי מינימלי בהעסקה לפי תפוקה, שיהיה נמוך **במידת מה** מ'ערך הגמול השעתי'.

ד. לשם כך יש להחיל על עובד לפי תפוקה פיקוח אחר שעות העסקה בדומה לפיקוח על עובד לפי שעות.

ה. התחשיב יכול להיעשות באופן חודשי, כך שהגמול החודשי של אסיר המועסק לפי תפוקה יכלול, ככל הנדרש, השלמה לערך הגמול המינימלי, כאמור לעיל.

שחיקת 'ערך הגמול השעתי'

66. העותר טוען, ש'ערך הגמול השעתי' נשחק במידה ניכרת. בפרשת **שדות** נקבע, ששיעור של 90% הוא סביר, ושיעור של 82% "יכול להיות סביר", אך לא נקבע הרף, שמתחתיו יחשב הגמול לבלתי סביר. בפרשת **קריב** נקבע, כי 47% חורגים ממתחם הסבירות.

נכון להיום, 'ערך הגמול השעתי' עומד על כ-63% משכר המינימום הקבוע מכוח חוק.

67. בנסיבות אלו, על המשיב לפעול לעדכונו של 'ערך הגמול השעתי'. ההחלטה בדבר קביעת 'ערך הגמול השעתי' מצויה בסמכותו של הנציבה, והיא צריכה להתקבל על יסוד תשתית עובדתית, בהתחשב בעמדת בית המשפט בפרשת **שדות**, ולהיות מנומקת.

68. כלקח מפרשת **קריב**, יש לקבוע בפקודת העסקת אסירים מנגנון עדכון שנתי בעניין 'ערך הגמול השעתי'. דומה שקריאה כזו ניתנה כבר בפרשת **שדות**. אין בכך כדי לחייב את המשיב לעדכן בפועל את הגמול מדי שנה, אולם המשיב חייב לבחון את השינויים בשכר המינימום, ולקבל לכל הפחות מדי שנה החלטה מושכלת בעניין זה ולפרסמה.

69. העותר העלה את הצורך בדיווח לאסיר במתכונת של 'תלוש שכר'. לשיטת המשיב, אסיר רשאי לקבל לפי בקשתו דין וחשבון על השתכרותו. עיון במסמכים שהוצגו מלמד, שהדין וחשבון שמקבל אסיר, אינו מפורט דיו. אין בו פירוט מלא של התפוקה ואף לא פירוט של שעות העבודה שלו בפועל. כך, בשעה שהנתונים מצויים בידי המשיב, ואף לשיטתו אסיר רשאי לקבלם, אם יבקש זאת.

70. מתן דין וחשבון על העסקתו של אדם ועל שכרו דרוש לשם פיקוח יעיל ומעקב של המועסק אחר הגמול שהוא מקבל. אך גם מעבר להיבט זה, הוא מבטא יחס של כבוד לתעסוקה ולגמול שבצידה. תלוש שכר (או מסמך דומה לכך) מבטא את העובדה, שלא מדובר בחסד אלא בגמול (גם אם אין יחסי עובד ומעביד). גמול צריך להיות ברור, נגזר מנתונים גלויים ומאפשר דין ודברים במקרה של אי הסכמה.

71. לענייננו, מדובר בעותר המועסק על פי תפוקה במפעל יזם. תפוקתו נמדדת על בסיס יומי שאותה הוא מאשר בחתימתו, נוכחותו נרשמת, שעות התעסוקה שלו, והפסקות או היעדרויות לצרכים שונים, מפוקחות ויש להניח שאף הן נרשמות.

העותר, וכל אסיר המועסק באופן דומה, זכאי לקבל לידיו מדי חודש "דו"ח גמול חודשי", תמציתי, שיפרט נתונים אלה: (א) את הימים בהם הועסק ואת שעות העבודה בכל יום; (ב) בכל מקרה של היעדרות את משכה ואת סיבתה; (ג) את מספר הפריטים שייצר באותו יום, בחלוקה לפי סוג פריט ואת השכר היומי הנגזר מכך; (ד) את הגמול השעתי שקיבל עבור תפוקתו; וכן תוספת של השלמת שכר לגמול המינימלי שייקבע, אם נדרשת, כאמור לעיל.

72. לנוכח העובדה, שכל הנתונים לעיל מצויים בידי המשיב, אין בעריכת דו"ח כזה משום טורח בלתי סביר.

אפשר שיהיו אסירים שיבקשו מטעמי פרטיות או נוחות, שלא לקבל את הדו"ח לידיהם. על כן אפשר לקבוע שהדו"ח יערך בכל מקרה, ניתן יהיה לעיין בו, וכפי שנהוג היום, העתק שלו יימסר רק לבקשת האסיר.

סוף דבר

73. השינוי הנדרש בכל הקשור לגמול אסיר המועסק לפי תפוקה נגזר משני היבטים, שיסודם בנתונים שהובאו במהלך העתירה. הראשון, שהתשתית העובדתית שהוצגה בפני בית המשפט בפרשת קריב, שמצא שאין סיבה לפקפק בה, לפיה בממוצע הגמול של "אסירי תפוקה" דומה לגמול של "אסירי שעות" - נשללה. התברר, ש'ערך הגמול השעתי' הוא בפועל כמעין גמול שעתי **מרב**. הממוצע בהכרח נמוך במידה ניכרת ממנו, וישנם אסירים, שזוכים לגמול שעתי נמוך במיוחד.

השני, ששיטת "הממוצע" לא הצליחה למנוע פגיעה וקיפוח במקרה מסוים, שבו אסיר משתכר "במרחק ניכר" מהממוצע עד כדי כך, שגמול שהוא מקבל אינו מכבד אותו. לראיה: שכרו של העותר (ולא רק שלו).

כן נגזר השינוי הנדרש, מכך שהחובה לשמור על "יחס סביר" לשכר המינימום, חלה גם באשר לגמול בהעסקה לפי תפוקה.

74. כדי לשמר את התכלית השיקומית, שיש בהעסקת אסירים אף לפי תפוקה, תוך הגנה הולמת על כבוד האדם, בהיבט של הגמול על עבודתו, נקבע לעיל הסדר המחייב הערכה, שינוי הסדרי העסקה וקביעת השיעור הנכון של הגמול השעתי המינימלי בהעסקה לפי תפוקה. כן נדרש לקבוע מנגנון תשלום לעובדים, שאינם מגיעים

לגמול השעתי לתפוקה, והסדר לדו"ח גמול חודשי.

אשר ל"ערך הגמול השעתי" נדרש לבחון אותו לאור שינוי בשכר המינימום ולקבוע מנגנון קבוע לבחינתו מדי שנה.

75. כפי שנקבע בעניין קריב חשוב להבהיר גם כאן: "אין בכוחו או בכוונתו של בית משפט זה לקבוע עבור המשיב כיצד לתרגם את מכלול השיקולים שעליו לשקול לכדי ערך גמול שעתי עדכני וסביר" (שם, בפסקה 111). כך בכלל, וכך בפרט באשר לגמול מינימלי לעבודה לפי תפוקה.

76. בהתחשב בכך שמדובר בהיערכות החורגת מעניינו של העותר, שעשויות להיות לה השלכות תקציביות ואחרות, וכן באפשרות, שהדבר יצריך עדכון של פקודת העסקת אסירים או קביעת נוהל מתאים ליישומה, וכן בהתחשב בכך שהעתירה הוגשה לפני למעלה משנתיים, מצאתי להורות לפעול ליישום הדרוש בהקדם, אך לא מצאתי מקום להורות על שינוי מידי של שכרו של העותר.

77. משהסמכות לקביעת "שיעור השכר וצורתו" הוקנתה לנציב שירות בתי הסוהר, אני מורה לנציבה או לממלא מקומה, להשלים את ההיערכות האמורה עד ליום 16.12.23, וכן לקבוע הוראות מתאימות באשר לשכרם של אסירים, שהועסקו לפי תפוקה ובכללם העותר, אשר להעסקתם לפני מועד זה.

78. העתירה התקבלה.

ניתן היום, ד' אלול תשפ"ג, 21 אוגוסט 2023, בהעדר הצדדים.