

עבודה אסורה: בין הפרטי לציבורי, בעקבות עשור לבג"ץ שדות

מאת
פאינה מילמן-סיון*

תקציר

מאמר זה בוחן מחדש את הסוגיה של תעסוקת אסירים, ובמיוחד את עבודת האסירים הנעשית בעבור המגזר הפרטי. המאמר מנתח ומבקר את בג"ץ שדות, שהוא פסק-הדין המרכזי בתחום, ואת הצעת החוק הממשלתית שנועדה להסדיר את הנושא – הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 41) (תעסוקת אסירים), התשע"ב-2011 – אשר מונחת בימים אלה על שולחן הכנסת. הטענה המרכזית במאמר היא כי אין להעסיק אסירים בעבור ידיים פרטיות אלא בהסכמתם ותוך שמוענקים להם "תנאי עבודה מקובלים", ובכלל זה שכר השווה לשכר-המינימום או מתקרב אליו. המאמר מראה כי המצב המשפטי כיום, אשר אינו מתנהג העסקת אסירים בהתקיימותם של תנאים אלה, נובע מפרשנות מוטעית שאומצה בבג"ץ שדות, ואשר הועתקה אף להצעת החוק בנושא. טענה זו עולה בקנה אחד הן עם המשפט הבין-לאומי בדיני עבודה והן עם הלקחים העולים מניתוח של היבטים היסטוריים והשוואתיים של עבודת אסירים במגזר הפרטי. פסק-דינו של בית-המשפט העליון בסוגיית הפרטתם של בתי-הסוהר, אשר פוסל הפרטה זו מבחינה חוקתית, תומך אף הוא בטענה זו. לבסוף, המאמר מציע להחליף את פרדיגמת הדיון בנושא שכר האסירים מדיון המתמקד בתכליותיו של שכר-המינימום, כפי שנעשה בבג"ץ שדות, לדיון המתמקד בסוגיה של עבודה כפויה, קרי, באילו תנאים ניתן להעסיק אסירים בכפייה, בעיקר במגזר הפרטי. שינוי פרדיגמת הדיון ומיקודה בשאלת הזכות להיות חופשי מעבודה כפויה מאפשרים לבחון באור חדש את סוגיית שכרם של האסירים הן במגזר הפרטי והן במגזר הציבורי.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

אני מודה לחני אופק-גנדרלר, לרונית הרמתי-אלפרן, לחני לרנר, לאורנה רבינוביץ-עיני ולחבריי בפורום למשפט וחברה באוניברסיטת חיפה, על שקראו טיוטות קודמות והעירו הערות מועילות ותורמות. טיוטה של המאמר הוצגה בסדנת עבודה ורווחה באוניברסיטה העברית בירושלים, בהנחיית עינת אלבין וליילך לוריא, ואני מודה לכל המשתתפים על הדיון המהנה והמועיל ועל ההערות הבונות. למדתי רבות משיחות שקיימתי עם עביר בכר, אורן גזל-אייל, יוסי דהאן ומשה כהן-אליה. ברצוני להודות גם לסטודנטים המעולים שסייעו לי רבות במחקר: הדס אלקובי, הדס הולצשטיין, ליהי יונה, ניסו מטרי, גיא קורטני, פזית רשטיק ורואי תמרי; וכן לחברי מערכת עיוני משפט על הערותיהם המצוינות.

הקדמה

א. הצעת החוק ופסק־דין שדות – ייסודה של פרשנות מוטעית ואימוצה

1. עיקריו של מערך התעסוקה בשירות בתי־הסוהר

2. פסק־דין שדות

3. בין פסק־דין שדות להצעת החוק

ב. היבטים היסטוריים, בין־לאומיים, השוואתיים וחוקתיים של עבודת אסירים

במגזר הפרטי

1. היבטים היסטוריים

2. היבטים בין־לאומיים

3. היבטים השוואתיים

4. היבטים חוקתיים

ג. ההשלכות של אימוץ הפרשנות המוסדית

ד. שינוי פרדיגמת הדיון – עבודת אסירים במגזר הפרטי כעבודה כפויה

סיכום

הקדמה

לפני כעשור קבע בית־המשפט העליון, בבג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר (להלן: פסק־דין שדות או פסק־הדין), כי אסיר המועסק בעבודות שונות במסגרת תהליך שיקומו אינו זכאי לשכר־מינימום לפי חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 (להלן: חוק שכר־מינימום). בד בבד מתח בית־המשפט העליון ביקורת על אופן הרגולציה והיקף הרגולציה של תעסוקת האסירים בישראל, והמליץ להסדיר בצורה מקיפה סוגיות שנבחנו עד אז באופן חלקי בלבד.¹

כיום, כעשור לאחר מתן פסק־הדין, חלו כמה התפתחויות המחייבות בחינה מחודשת שלו. ראשית, בעת כתיבת שורות אלה נידונה הצעת חוק ממשלתית אשר הונחה לראשונה על שולחן הכנסת בשנת 2010. הצעה זו מבקשת לתקן את פקודת בתי הסוהר, התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי־הסוהר), באופן שיסדיר באופן מקיף את הנושא של תעסוקת אסירים.² הצעת החוק נוסחה על בסיס המלצותיו של צוות בין־משרדי³ שהוקם בעקבות פסק־דין שדות, והיא מאמצת את קביעותיו של פסק־הדין, שחלקן מוטעות לטעמי, כפי שאטען בהמשך. נוסף על כך, בהחלטה מהפכנית של בית־המשפט הגבוה לצדק בנושא הפרטתם של בתי־הסוהר – החלטה אשר בוחנת לעומק את סוגיית המאסר וזכויות האסירים, ואף מתייחסת בשוליה לנושא של תעסוקת אסירים – השתנה הנוף הנורמטיבי שלאורו יש לדון

1 בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, 854-855 (2001).

2 במהלך כתיבת מאמרי זה גובשה הצעת חוק חדשה המתבססת על הצעת החוק משנת 2010. לפיכך הצעת החוק שאליה אפנה במאמרי היא הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 41) (תעסוקת אסירים), התשע"ב-2011, ה"ח הממשלה 621, 26 (להלן: הצעת החוק).

3 הצוות כלל נציגים ממשד המשפטים, ממשד התמ"ת, ממשד האוצר, מהמשרד לבטחון פנים ומשירות בתי־הסוהר, והגיש את המלצותיו בשנת 2004.

בסוגיה של העסקת אסירים.⁴ שינוי זה אינו מתיישב בנקל עם קביעות מסוימות שנעשו בפסק־דין שדות, ואשר המחוקק מבקש כאמור לאמצן בימים אלה.

ברשימה זו אתמקד בפרשנות שניתנה בפסק־דין שדות לסעיף 48(ג) לחוק העונשין,⁵ ואטען כי היא מוטעית מיסודה, ומכאן שאין לקבל את הצעת החוק בנוסחה הנוכחי, שכן היא נשענת על פרשנות זו. סעיף 48 לחוק העונשין, שכותרתו "עבודה במאסר", קובע כך:

"(א) אסיר יהא חייב בעבודה לפי פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, והתקנות על פיה; תקנות אלה יכילו הוראות בענין שכר ובענין תנאי עבודתו של האסיר מחוץ לשטח בית הסוהר.

(ב) ועדת שחרורים רשאית לשחרר אסיר מחובת עבודה או להגבילה אם ראתה אחת מאלה:

(1) מצב בריאותו מצריך לעשות זאת;

(2) השחרור או ההגבלה יועילו, לדעתה, להחזירו למוטב;

(3) סיבה סבירה אחרת.

(ג) לא יועסק אסיר בעבודה מחוץ למוסדות המדינה אלא בהסכמתו ובתנאי עבודה מקובלים."

פסק־דין שדות – אשר ביקש, בין היתר, לבחון מהי המסגרת שבה אסירים זכאים לתנאי עבודה מקובלים וכן לא לעבוד ללא הסכמתם – פירש את המונח "מחוץ למוסדות המדינה" ככולל רק עבודה הנעשית מחוץ לחומות הכלא. טענתי היא כי בית־המשפט שגה בהעניקו לחומות הכלא משמעות נורמטיבית, וכי לענייננו אין נפקא מינה אם העבודה נעשתה מחוץ לכלא או בין חומותיו. במקום זאת אציע הבחנה אחרת, המעוגנת בהבדל שבין עבודת אסירים הנעשית בעבור גורם פרטי או בשיתופו לבין עבודה הנעשית במסגרת ציבורית בלבד. אראה כי תפיסה כזו תואמת הן את ההיסטוריה החקיקתית של הסעיפים והן את כללי הפרשנות הידועים בשיטת המשפט שלנו. עוד אראה כי יש הכרח בתיקון הצעת החוק הקיימת, שכן ההצעה סותרת את דרישותיה של אמנה מס' 29 של ארגון העבודה הבין־לאומי, שהיא אחת האמנות הבין־לאומיות המרכזיות העוסקות במיגורה של תופעת העבודה הכפויה.⁶ לבסוף,

4 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: בג"ץ הפרטת בתי־הסוהר).

5 חוק העונשין, התשל"ז-1977.

6 אמנה בדבר עבודת כפייה, כ"א 7, 277 (נפתחה לחתימה ב־1930) (אושרה ב־1955, נכנסה לתוקף ב־1956) (להלן: אמנה בדבר עבודת־כפייה או אמנה מס' 29). אמנה זו היא אחת משמונה אמנות־הליבה של עובדים שעליהן הכריז ארגון העבודה הבין־לאומי – ארגון שהוקם בשנת 1919 במטרה מובהקת לקדם את זכויות העובדים בעולם. ארגון העבודה הבין־לאומי, אשר רובן המוחלט של מדינות העולם חברות בו כיום, נחשב לארגון ייחודי במערכת הבין־לאומית, שכן חברים בו גם ארגוני עובדים וארגוני מעבידים מכל מדינה. מכאן שלהצהרה על אמנות־הליבה ככאלה יש מעמד נכבד, והזכויות המנויות בהן נחשבות לבעלות תוקף מיוחד מעצם הקונסנזוס הרחב שבו התקבלו.

אטען כי הצעת החוק אינה עולה בקנה אחד עם רציונלים שונים המכוננים הסדרים של תעסוקת אסירים במקומות שונים בעולם.⁷

נפנה כעת לפרק א, שבו אבחן את עיקריה של הצעת החוק, על רקע סקירה קצרה של מערך התעסוקה בשירות בתי־הסוהר. בהמשך פרק זה אנתח את עיקרי הנימוקים בפסק־דין שדות, ואראה כי הצעת החוק אימצה למעשה הנחות־יסוד מרכזיות בפסק־הדין. בהמשך, בפרק ב, אתמקד בעבודת אסירים במגזר הפרטי, תוך בחינת הנושא במבט היסטורי, בין־לאומי, השוואתי וחוקתי. סקירה זו תבסס, בפרק ג, את טענתי כי אימוץ הפרשנות של פסק־דין שדות לגבי עבודת אסירים במגזר הפרטי עומדת בסתירה להיבטים אלה ועל־כן אינה ראויה. לבסוף, בפרק ד, אציע לזנוח את הפרדיגמה הישנה של הדיון בעבודת אסירים במגזר הפרטי, קרי את השאלה אם אסירים נהנים ממעמד של "עובד" לכל דבר ועניין, ולאמץ במקומה פרדיגמה שונה שעל־פיה עבודה כזו תיחשב עבודה כפויה. אעמוד על ההשלכות של אימוץ הפרדיגמה החדשה ועל התנאים שבהם תצטרך עבודת אסירים במגזר הפרטי להיעשות בהקשר זה. במסגרת הסיכום אציג קווים למחקר עתידי בנושא זה, אשר טרם זכה בעיקרו במחקר אקדמי מעמיק בישראל.

א. הצעת החוק ופסק־דין שדות – ייסודה של פרשנות מוטעית ואימוצה

1. עיקרו של מערך התעסוקה בשירות בתי־הסוהר

כל אסיר בישראל חייב לעבוד. חובה חוקית זו נקבעה בסעיף 48 לחוק העונשין, תוך הגדרת חריגים בריאותיים ואחרים, על־פי קביעתה של ועדת השחרורים.⁸ סירוב לעבוד או זלזול בעבודה מהווים עברה על כללי בתי־הסוהר,⁹ שעלולה לגרור אזהרה, קנס או אף בידוד והפחתת ימי שחרור.¹⁰ את קביעת השכר ותנאי העבודה מחוץ לשטח בית־הסוהר מותיר כיום החוק לתקנות שייקבעו בהתאם לפקודת בתי־הסוהר.¹¹ פקודת הנציבות מעגנת את מספר השעות המרכיב ביום שניתן להעסיק אסיר, וכן את זכאותו של כל אסיר ליום מנוחה שבועי ולימי מנוחה בחגים.¹² האסירים מועסקים בבתי־הסוהר במגוון של מסגרות שונות, אולם בכללן, ובכלל זה במסגרת עבודת־שיקום־חוץ (שבהן האסיר עובד אצל מעסיקים

7 פסק־דין שדות והנושא של תעסוקת אסירים בכלל מעלים תהיות נוספות רבות, החורגות מגדריה של רשימה זו. בין היתר, כפי שיוסבר להלן, עולות שאלות חוקתיות בנוגע להעסקת אסירים גם כאשר היא נעשית בתוך מוסדות המדינה, וכן שאלות בנוגע להסדרים אחרים של עבודה הנעשית בלא הסכמה או לא בתנאי עבודה מקובלים. ראו להלן פרק ד.

8 ס' 48 לחוק העונשין.

9 ס' 56(30) לפקודת בתי־הסוהר קובע כי "אסיר שעשה אחד מאלה עבר עבירת בית סוהר: ... (30) סירב לעבוד, או התעצל, זלזל או התרשל בעבודתו".

10 ס' 58(א) לפקודת בתי־הסוהר.

11 ס' 48(א) לחוק העונשין.

12 ס' 10 ו־16 לפקנ"צ 04.62.00 "כללים בדבר העסקת אסירים בבתי סוהר ומחוץ להם". פקודות נציבות בתי־הסוהר הן פקודות שמוציא נציב בתי־הסוהר מכוח סמכותו על־פי ס' 80(ב) לפקודת בתי־הסוהר. תכליתן העיקרית היא קביעת פרטים לעניין ארגון השירות, סדרי המנהל, המשטר והמשמעת בבית־הסוהר, והבטחת פעולתו התקינה.

פרטיים מחוץ לכותלי בית־הסוהר), אין האסיר נחשב לבעל מעמד של "עובד" – לא של המעסיק ולא של שירות בתי־הסוהר – וכתוצאה מכך הוא אינו זכאי לשכר־מינימום או לחופשה שנתית.¹³

שירות בתי־הסוהר בישראל רואה בעבודת אסירים פעילות המרימה תרומה ניכרת הן לחיי האסירים והן לניהול בתי־הסוהר, וזאת בכמה מישורים.¹⁴ ראשית, במישור השיקומי, העבודה מסייעת בשיקום הן בכך שהיא מעניקה לאסיר כישורים מקצועיים מעשיים שעשויים לסייע לו עם שחרורו, והן בכך שהיא מאפשרת לו לתת ביטוי ליכולותיו האישיות. נוסף על כך, העבודה דרושה לצורך מה שמכונה "עיצוב חברתי ומעמדי של אדם עובד".¹⁵ אכן, בדברי ההסבר להצעת החוק המחוקק מבהיר כי העבודה מחזירה לאסיר את כבודו העצמי, בכך שהיא מחנכת אותו לערכי עבודה. הקניית הרגלי עבודה לאסירים גם מחזירה להם תחושת שליטה בחייהם.¹⁶ במישור נוסף, המכונה על־ידי השב"ס "היעד הניהולי־ביטחוני", העבודה ממלאת את זמנו של האסיר ואינה מותירה לו פנאי לפעילות שלילית, וכן משפיעה בצורה חיובית על כריאתו הפיזית והנפשית.¹⁷ למימד זה יש חשיבות רבה והיסטורית, שכן העבודה שימשה פעמים רבות אמצעי שיועד כראש ובראשונה להשגת משמעת.¹⁸ את אחת ההדגמות הקיצוניות לשילוב זה של משמעת ועבודת אסירים ניתן למצוא באנגליה של סוף המאה התשע־עשרה, אז נאלצו אסירים לסובב "משאבות" (cranks) כאלף סיבובים ביום, להפעיל "הליכון" (treadmill) מסוכן או להעביר כדורי תותח כבדים ממקום למקום – כל

- 13 בג"ץ 147/63 כטיב נ' מנהל בית הסוהר המרכזי רמלה, פ"ד יז 2412 (1963); בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, פס' 28 לפסק־דינו של השופט זמיר. עם זאת, זמיר קובע כי על־פי הגישה התכליתית להגדרת עובד, חלק מהחוקים, כגון פקודת הבטיחות בעבודה, עשויים לחול גם על אסירים. בהתאם לגישה זו, ייתכן שבעתיד ייתוספו חוקים שתחולתם תשתרע אף על אסירים.
- 14 שירות בתי הסוהר דו"ח שנתי 2007 183 (2007) www.shabas.gov.il/NR/rdonlyres/BD00D218-703A-4A36-99D6-BF86BC2AF0C8/0/report2007a.pdf (להלן: דוח שירות בתי־הסוהר 2007). ראו גם ס' 4 לפקנ"צ 04.62.00, הקובע את המטרות של העסקת אסירים.
- 15 דוח שירות בתי־הסוהר 2007, שם, בעמ' 183.
- 16 דברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 26.
- 17 נקודת־מבט ביקורתית תזוה את מרכזיותו של הכוח המופעל כאן, ואת האופן שבו הבריאות הנפשית והפיזית מושגת על־ידי "הקניית הרגלים", "משמוע", הפיכת ה"פרוע" ל"חוזר על עצמו". "The prison... occupies them continually, with the sole aim of filling their moments. When the body is agitated, when the mind applies itself to a particular object, importunate ideas depart, calm is born once again in the soul"... [I]n England the 'treadmill' and the pump provided a disciplinary mechanization of the inmates, with no end product..." MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON 242 (Alan Sheridan trans., 1977).
- 18 "What, then, is the use of penal labour? Not profit; nor even the formation of a useful skill; but the constitution of a power relation, an empty economic form, a schema of individual submission and of adjustment to a production apparatus" שם, בעמ' 243.

זאת ללא כל מטרה או תוצר בסופה של ה"עבודה".¹⁹ לבסוף, העבודה מגדילה את רווחתם הכלכלית של האסירים, שכן השכר משמש "לצורך רכישה בקנטנה, דמי כיס בעת יציאה לחופשות, סיוע כלכלי למשפחה ואף חסכון כספי אשר יסייע לאסירים בתהליך שיקומם לאחר שחרורם".²⁰

מטרות אלה מוגשמות תוך שימוש בשלושה "מדרגי העסקה", אשר שונים זה מזה הן בסוג העבודה הנעשית והן בתנאי העבודה.²¹ כל אסיר שנמצא כשיר לעבודה מתחיל בעבודה במדרג הראשון, ו"מתקדם" למדרגים הבאים על-פי כישוריו והחלטות השב"ס. שני המדרגים הראשונים, כפי שהוגדרו בדוחות השב"ס השנתיים, נכללים במסגרת "שירותים, תחזוקה ומטבחים" (להלן: ש"מ).²² המדרג הראשון, שהאסיר מועסק בו לאחר שנמצא ראוי לשיבוץ לתעסוקה, כולל עבודות ניקיון ושירותים בכלא עצמו ובסביבה החיצונית של הכלא.²³ משכו של שלב זה משתנה מאסיר לאסיר. בפרשת שדות העריך השב"ס כי הוא נמשך חודשים ספורים.²⁴ עם זאת, כבר בפרשה זו נרשמו תלונות של אסירים על כך שהם הועסקו בעבודות מעין אלה במשך תקופות ארוכות בהרבה.²⁵ כיום פקודת הנציבות קובעת רף עליון של חצי שנה כתקופה המרבית להעסקת אסירים בעבודות ניקיון.²⁶ השכר המשתלם בעבור עבודות אלה נע בין 5 ש"ח ליום בעבור עבודות ניקיון לבין 13 ש"ח ביום למי שעובד כאחראי מטבח או כרכז של עובדי כשרות.²⁷ המדרג השני, המזכה את האסיר בתגמול גבוה יותר, מורכב אף הוא מעבודות הנעשות במסגרת הכלא, וכולל עבודות תחזוקה ושירותים מקצועיים, כגון ספרות, חשמלאות, צביעה, בינוי, מסגרות ועוד.²⁸ השכר בעבור

19 לתיאור העבודות השונות בתי-הכלא של אנגליה בתקופה הוויקטוריאנית, אשר נעשו לא על-מנת להשיג תוצאה, אלא לשם השגת משמעת, ראו, למשל: SEÁN MCCONVILLE, ENGLISH LOCAL PRISONS 1860–1900: NEXT ONLY TO DEATH 692 (1995); Seán McConville, *The Victorian Prison: England, 1865–1965*, in THE OXFORD HISTORY OF THE PRISON 131, 145–149 (Norval Morris & David J. Rothman eds., 1995); WILLIAM JAMES FORSYTHE, 1931 THE REFORM OF PRISONERS 1830–1900, 156–157 (1987). יש לציין כי במזכר משנת 1931 נזכרות עדיין עבודות "סרק" שונות כפרקטיקות שטרם נעלמו מן העולם. ראו: Labour Organisation (ILO), *Memorandum on Prison Labour*, XXV INT'L LAB. REV. 311, 315 (1932) (להלן: *Memorandum on Prison Labour*).

20 דוח שירות בתי-הסוהר 2007, לעיל ה"ש 14, בעמ' 183.

21 את המונח "מדרגי העסקה" אני מאמצת מדוח שירות בתי-הסוהר 2007, שם, בעמ' 184.

22 ההגדרה מבוססת על ההבחנות שנעשו בדוחות שהכין השב"ס לאורך השנים עד לשנת 2009.

23 בגין עבודות אלה האסיר מקבל תגמול מ"תקציב שב"ס ישיר". דוח שירות בתי-הסוהר 2007,

לעיל ה"ש 14, בעמ' 184.

24 ההערכה בפסק-הדין הייתה כי שלב זה נמשך כשלושה חודשים. בגין שדות, לעיל ה"ש 1,

פס' 36 לפסק-דינו של השופט זמיר.

25 שם.

26 ס' 21(א) לפקנ"צ 04.62.00. עם זאת, לא ברור אם הנחיה זו מיושמת גם לגבי העובדים

האחרים במדרג הראשון, אשר מקבלים אף הם שכר זעום.

27 שם, נספח ב.

28 דוח שירות בתי-הסוהר 2007, לעיל ה"ש 14, בעמ' 184; ס' 17 לפקנ"צ 04.62.00.

עבודה זו נע בין 15 ל-30 ש"ח ביום, בהתאם לסוג העבודה.²⁹ נכון לדצמבר 2007 עבדו בעבודות ש"מ במסגרת שני המדרגים הראשונים כ-3,000 אסירים,³⁰ המהווים כ-15% מכלל האסירים.³¹ רובם עבדו במסגרת המדרג הראשון.

תעסוקה יצרנית מתקיימת במסגרת המדרג השלישי, הכולל שלוש מסגרות שונות: (1) מפעלי השב"ס, הפועלים במסגרת פעילות קבלנית; (2) מפעלים של יזמים פרטיים במסגרת בתי-הכלא; (3) עבודות-שיקום-חוץ.³²

מפעלי השב"ס הם מפעלים בבעלות ציבורית, בניהולו של השב"ס, המייצרים מוצרים הנדרשים לשב"ס עצמו. מפעלים אלה פועלים הן בקבלנות בעבור גורמי חוץ והן בקבלנות-משנה, כלומר, מספקים רכיב אחד בלבד בשרשרת הייצור – למשל, הרכבה ואריזה. במפעלי השב"ס הועסקו, נכון לשנת 2007, כ-1,000 אסירים בכ-30 מפעלים הממוקמים ברחבי הארץ.³³ השכר בעבור עבודה זו נע בין 15 ש"ח ליום לעובד שאינו מקצועי לבין 30 ש"ח ליום לעובד מקצועי, למעט בעבודות הנעשות בקבלנות, שם האסירים מקבלים שכר לפי תפוקה.³⁴

נוסף על מפעלי השב"ס פועלים כאמור בבתי-הסוהר גם "מפעלי יזם", קרי, מפעלים פרטיים הממוקמים בשטח בית-הסוהר. במסגרת זו יזמים פרטיים מספקים כיום תעסוקה

29 לפי נספח ב לפקנ"צ 04.62.00, וכן לפי בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק-דינו של השופט זמיר.

30 דוח שירות בתי-הסוהר 2007, לעיל ה"ש 14, בעמ' 199. למרבה הצער, בדוחות מאוחרים יותר שהוציא שירות בתי-הסוהר לא היה אפשר למצוא נתונים מפורטים, ולכן לצורך מאמר זה עליתי להסתפק בנתונים שסיפק השירות באשר לשנת 2007. עם זאת, דומה שדי בנתונים אלה להבהיר את המגמה הכללית של מיון האסירים לעבודות השונות על-ידי שירות בתי-הסוהר.

31 בשנת 2007 היו בסך-הכל 21,359 אסירים. שם.

32 יצוין כי דברי ההסבר להצעת החוק יוצרים חלוקה פנימית שונה של העבודות בין המדרגים. כך, את המדרג השלישי הם מייחדים לעבודות-שיקום פרטניות, בעוד המדרג השני כולל את כלל העבודות היצרניות, כולל מפעלי שב"ס, מפעלי יזם ושיקום קבוצתי. תיאור זה, המבקש להבדיל בין השיקום הפרטני לבין יתר סוגי העבודות היצרניות, משקף את התפיסה בהצעת החוק שעל-פיה רק העבודה בשיקום הפרטני – אשר מהווה, כפי שנראה, חלק קטן בלבד מכלל עבודות האסירים – מצדיקה את קיומם של יחסי עובד-מעביד. ראו הצעת החוק. התיאור לעיל מבוסס על האופן שבו תוארה החלוקה שנים רבות בדוחות השנתיים של השב"ס. על-פי חלוקה זו, בשנת 2007 עמד מספר האסירים שעבדו בעבודה יצרנית, קרי במסגרת המדרג השלישי, על 2,185 אסירים (כ-10% מכלל האסירים). דוח שירות בתי-הסוהר 2007, לעיל ה"ש 14, בעמ' 199.

33 שם, בעמ' 193-194.

34 לפי נספח ב לפקנ"צ 04.62.00. חלק ניכר מהאסירים עובדים במשרה חלקית במסגרת זו. נכון לשנת 1993 עמד שכרם החודשי הממוצע של האסירים העובדים במפעלי השב"ס על 315 ש"ח. ראו מבקר המדינה דוח שנתי 46 לשנת 1995 ולחשבונית שנת הכספים 1994 112 (1996) (להלן: דוח מבקר המדינה).

לכ-950 אסירים,³⁵ העובדים ב-22 מפעלים. בעבור עבודה זו קיבלו האסירים בעשור האחרון שכר בסך 12.90 ש"ח לשעה, אשר עלה בשנת 2011 ל-13.7 ש"ח לשעה, כפי שיתואר בהמשך. אסירים יכולים לזכות בשכר גבוה יותר אם יעבדו שעות נוספות או לזכות בכונוס בעבור תפוקה מוגברת.³⁶ בחודשים הראשונים לעבודתם, הנחשבים "תקופת למידה", חלק מהאסירים מקבלים שכר מופחת בשיעור 50%-80% מהשכר הרגיל.³⁷ עבודות-שיקום-חוץ הן השלב המתקדם ביותר שאסיר יכול להגיע אליו, ואכן רק מיעוט מקרב האסירים עובדים בעבודות אלה: נכון לשנת 2007, 27 מפעלים סיפקו עבודות-שיקום-חוץ ל-129 אסירים. עבודות-השיקום מחולקות לשני סוגים – שיקום קבוצתי ושיקום פרטני. במסגרת השיקום הקבוצתי, קבוצת אסירים יוצאת לעבודה מחוץ לכותלי בית-הסוהר. השלב המתקדם יותר הוא השיקום הפרטני, שבמסגרתו על האסיר לחפש עבודה בכוחות עצמו, ומשמצא, הוא יוצא אליה מדי יום ביומו. כמשתמע מכך, רמת הפיקוח על אסירים במסגרות שיקום פרטניות נמוכה בהרבה.³⁸ תנאי השכר בעבודות-שיקום-חוץ זהים כיום בעיקרם לתנאים במפעלי היזם.

בשנים האחרונות ניתן להבחין במגמה של ירידה בהיקפן של עבודות-שיקום-חוץ וגידול בשתי המסגרות הראשונות במדרג זה. בין השנים 2000 ו-2007 גדל היקף ההעסקה בתעשיות של היזמים הפרטיים ב-79%, במפעלי השב"ס גדל היקף התעסוקה ב-70%, ואילו מערך עבודות-החוץ הצטמצם ב-25% כמעט.³⁹ היקף המועסקים הכולל עומד על 85% מפוטנציאל האסירים בנייה-ההעסקה.⁴⁰ מדיווחי השב"ס עולה כי המגמה היא להרחיב את הקשר עם גופים פרטיים בשנים הקרובות,⁴¹ וכי השב"ס מצוי בהליכי מעבר לייצור סדרתי בעבור גופים פרטיים.⁴² אכן, משנת 2000 נרשמה עלייה הדרגתית בהכנסות המופקות מפעילויות

- 35 דוח שירות בתי-הסוהר 2007, לעיל ה"ש 14, בעמ' 192, 194. עם זאת, חלק מהאסירים אינם מועסקים במשרה מלאה, אלא עובדים בממוצע כ-100 שעות לחודש בלבד. ראו דוח מבקר המדינה, שם, בעמ' 111.
- 36 לפי נספח ב לפקנ"צ 04.62.00, וכן לפי בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק-דינו של השופט זמיר.
- 37 שם, פס' 40 לפסק-דינו של השופט זמיר.
- 38 שירות בתי הסוהר דו"ח שנתי 2009 124 (2009) www.shabas.gov.il/NR/rdonlyres/91AF4CD6-5112-43BF-A1A9-FB3310DBF7F9/0/full_Report_2009_2Ips.pdf (להלן: דוח שירות בתי-הסוהר 2009).
- 39 דוח שירות בתי-הסוהר 2007, לעיל ה"ש 14, בעמ' 194. בשנים 2009-2010 עמד מספרם של המועסקים בתעסוקה יצרנית על 2,100-2,400 אסירים בממוצע. דוח שירות בתי-הסוהר 2009, שם, בעמ' 103. כן ראו עידו דוידסקו ודרור ולק סקירת ספרות – תעסוקת אסירים ככלי שיקומי 5 (יחידת המחקר של שירות בתי-הסוהר, 2011) tshabas.co.il/files/Article/employment_research2011.pdf.
- 40 דוח שירות בתי-הסוהר 2009, שם, וכן דוידסקו וולק, שם.
- 41 דוח שירות בתי-הסוהר 2009, לעיל ה"ש 38, בעמ' 103.
- 42 אלי אברהם "תעסוקת אסירים בשירות בתי הסוהר" צוהר לבית הסוהר 10, 17 (2003). דו"ח השב"ס לשנת 2007 חושף רשימה מגוונת של מפעלי יזם, כגון התעשייה האווירית, טבע נאות וורדינון (קיסריה); פעילות קבלנית ענפה במפעלי השב"ס בעבור גורמים כגון בית-החולים

עסקיות במדרג היצרני – מכ-2.4 מיליון ש"ח בשנת 2000 עד לכ-3.5 מיליון ש"ח בשנת 2007.⁴³ ממחקר שנערך על-ידי יחידת המחקר של שירות בתי-הסוהר עולה כי סך ההכנסות ממערך התעסוקה כולו בשנת 2010 עמד על כ-40 מיליון ש"ח.⁴⁴ אם כן, העשור האחרון מצטיין בעלייה ברווחים מפעילותם העסקית של האסירים, תוך גידול בהיקף ההעסקה במפעלים היצרניים.

מעניין שחרף הגידול המשמעותי שחל בעשור האחרון בהיקף ההעסקה וברווחיות במדרג היצרני, כפי שהראיתי לעיל, נרשמה בעשור זה הקפאה מוחלטת כמעט של שכר האסירים, לפחות במפעלי היוזם, כפי שאציג כעת. כזכור, בעת הדיון בפרשת שדות שולם לאסירים שעבדו במפעלי היוזם תעריף של 12.90 ש"ח לשעה, שהיה נמוך משכר-המינימום. אומנם, כאשר הוגשה התביעה היה תעריף זה נמוך אך כ-8% משכר-המינימום, אולם בעת מתן פסק-הדין הוא כבר חרג כ-18% משכר-המינימום. בית-המשפט התלבט בשאלה אם התעריף עומד עדיין בגבולות הסביר, והכריע כי "אפילו פער של 18% עדיין יכול להיחשב סביר".⁴⁵ במשך עשור, ועד לאחרונה, עבדו עדיין אסירים בעבור תעריף זה של 12.90 ש"ח לשעה – סכום שנראה כאילו "הועתק" מפסק-דין שדות והוקפא בנקודת זמן זו. תעריף זה היווה בשנת 2010 אך כ-62% משכר-המינימום, כלומר, מדובר בחריגה גדולה פי שניים ויותר מזו שעליה נאמר בפסק-דין שדות כי אפילו היא נמצאת בגדר הסביר. את הקפאת השכר הזו ניתן אולי להסביר במתן פרשנות צינית לפסק-הדין, אשר מקבלת את הסכום שנפסק בו כפשוטו ומתעלמת משיעורו של התעריף ביחס לשכר-המינימום. רק לאחרונה, ב-1.3.2011, הועלה שכרם של האסירים לתעריף של 13.7 ש"ח לשעה. סכום זה מהווה עדיין כ-62% משכר-המינימום, קרי, מדובר בשינוי מינורי ממש.

לסיכום, חרף הגידול המשמעותי שחל ברווחיות של העסקת אסירים במדרג היצרני, ובניגוד למה שהיה אפשר אולי לצפות, התגמול לאסירים נותר באותה רמה. חמור מכך, בהתחשב בעליית שכר-המינימום עם השנים, יצרה הקפאה זו פער בלתי-סביר בין שכר-המינימום לבין התגמול לאסירים. בחינה מעמיקה של האפשרות לקיום קשר בין ההתרחבות המשמעותית שחלה בשנים אלה בהיקף היוזמות הפרטיות במסגרת בתי-הכלא לבין הקפאת שכר האסירים בעשור האחרון חורגת ממסגרת דיוננו במאמר זה. עם זאת, נראה כי הצעת החוק מבקשת להתמודד אף עם סוגיה זו, כפי שנראה בהמשך. מכל מקום, נבחן ראשית את פסק-דין שדות, אשר חריג את האסיר מתחולתו של חוק שכר-מינימום.

איכילוב, מרכזי דפוס רבים, יפאורה, טלעד, כיתן דימונה, משרדי ממשלה שונים, רפאל, רשות שדות-התעופה ועוד; ורשימה של עבודות-חוץ במסגרת השיקום הקבוצתי, הכוללת מפעלים כגון שטראוס, עלית, העוגן פלסט ואחרים. דוח שירות בתי-הסוהר 2007, לעיל ה"ש 14, בעמ' 192.

43 שם, בעמ' 202.

44 דוידסקו וולק, לעיל ה"ש 39, בעמ' 4.

45 בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 852.

2. פסק־דין שדות

פסק־הדין בעניין שדות נחשב עד היום פסק־דין מכוון בכל הנוגע בתעסוקת אסירים. בפסק־דין זה נידונה עתירתם של שלושה אסירים שהלינו על השכר שקיבלו בעבור עבודות שונות שעשו במסגרת בית־הסוהר. השאלה שהונחה לפתחו של בית־המשפט הייתה בעיקרה אם חוק שכר־מינימום חל על עבודת אסירים. נקודת המוצא של הדין הייתה ששאלת זכאותו של אסיר לקבל שכר־מינימום תיגזר מתכליתו של חוק שכר־מינימום, קרי, מפרשנות המונח "עובד" בחוק שכר־מינימום, במטרה לחשוף אם המחוקק התכוון לכלול אסירים במסגרת חוק זה. שאלה זו נענתה בשלילה.

זו המסגרת המשפטית שבה עלתה לדיון פרשנותו של סעיף 48(ג) לחוק העונשין, העומדת ביסוד מאמר זה. הסעיף קובע כי "לא יועסק אסיר בעבודה מחוץ למוסדות המדינה אלא בהסכמתו ובתנאי עבודה מקובלים". בית־המשפט נדרש למשמעותו של הביטוי "מחוץ למוסדות המדינה". בפרט התבקשו השופטים להכריע בין פרשנות פיזית־גיאוגרפית לבין פרשנות מוסדית. על־פי הפרשנות הפיזית־הגיאוגרפית, ההבחנה המעוגנת במונח זה היא בין מקומות עבודה המצויים בין חומות הכלא לבין כאלה המצויים מחוץ להן. על־פי הפרשנות המוסדית, לעומת זאת, ההבחנה הראויה היא בין המגזר הציבורי לבין מגזר הפרטי, כך שהקטגוריה "מחוץ למוסדות המדינה" כוללת כל תעסוקה בעבור המגזר הפרטי. בית־המשפט, מפיו של השופט זמיר, אימץ את הפרשנות הפיזית־הגיאוגרפית,⁴⁶ ודחה בתוך כך את הפרשנות המוסדית. במאמר זה אנסה לשכנע כי דווקא אימוצה של הפרשנות המוסדית במשפט הישראלי היא הרצויה, וכי יש לקדם את התפיסה שעל־פיה גוף פרטי יוכל להעסיק אסיר אך ורק "בהסכמתו ובתנאי עבודה מקובלים". בהמשך אציג אף את הצעת החוק, אשר מאמצת אף היא את הפרשנות הפיזית־הגיאוגרפית בכמה מקומות מרכזיים, ואראה כי קבלת הטיועון המרכזי במאמר מחייבת את תיקונה.

קביעותיו של השופט זמיר בפסק־דין שדות נחלקות לשניים. בחלקו הראשון של פסק־הדין הוא מפרש את חוק שכר־מינימום וקובע כי לנוכח תכליתו הוא אינו חל על אסירים. לאחר־מכן, בניסיון להתחקות אחר התשתית הנורמטיבית שחלה על שכר אסירים בהעדרו של חוק שכר־מינימום, נדרש השופט זמיר לפרשנותו של סעיף 48(ג), וקובע כי הביטוי "מחוץ למוסדות המדינה" נוגע בהבחנה פיזית־גיאוגרפית, שלפיה מפעלים פרטיים המצויים בתוך שטח בית־הסוהר אינם חייבים לקבל את הסכמתו של האסיר לעבודה, ואינם נדרשים לספק לו תנאים מקובלים. אבחן להלן את שני חלקי פסק־הדין, אולם ניתוח מקיף של תכליתו של שכר־המינימום חורג מיריעת דיוננו במאמר זה, ועל־כן אתייחס לחלק זה בקצרה בלבד. חלקו העיקרי של הפרק יצביע על הקשיים המתעוררים מקבלת הטיועונים לטובת הפרשנות הפיזית־הגיאוגרפית.

אף שסממנים רבים במסגרת ניתוחו של בית־המשפט באשר לשאלה "מיהו עובד" הציבעו דווקא על הדמיון בין אסירים לעובדים, במונח זה שאסירים השתלבו בעבודתם במפעלים שבהם עבדו,⁴⁷ תוצאת פסק־הדין היא שאין לאסירים מעמד של "עובד" ושחוק שכר־מינימום אינו חל עליהם. מסקנה זו נסמכת על ארבעה טיעונים, אשר אעמוד עליהם

46 שם, בעמ' 844.

47 שם, בעמ' 831.

להלן בקצרה בלבד, שכן למרות הקשיים שכל אחד מהם מעורר, התמודדות מקיפה ויסודית עם טיעונים אפשריים בהקשר זה חורגת ממסגרת המאמר.

ראשית, חוק שכר־מינימום מונה כמה קבוצות עובדים המוחרגים במפורש מתחולתו. החוק שותק בכל הנוגע באסירים, אך יש להניח כי דרוש לגביהם הסדר מיוחד. מכאן נגזרת, לדעת בית־המשפט, המסקנה כי חוק שכר־מינימום מעולם לא התכוון להחיל את עצמו גם על אסירים.⁴⁸ ספק אם מסקנה זו הכרחית. באותה מידה היה אפשר לקבוע כי לנוכח שתיקתו של חוק שכר־מינימום, ולנוכח העובדה שניתוח מבחני ההשתלבות לעניין "מיהו עובד" מצביעים דווקא על השתלבות במפעל, המסקנה היא שחוק שכר־מינימום מעולם לא התכוון להחריג את האסירים מתחולתו.⁴⁹

שנית, נטען כי תכליתו של שכר־המינימום, ביניהן ויסות המתח הכלכלי בין העובד למעביד והספקת תנאי מחיה לעובד, אינן מתקיימות בכל הנוגע באסירים, וכן שעבודת אסירים מושגתת ברובה על אינטרסים אחרים, ביניהם הרצון לאפשר לאסיר מימוש עצמי, מניעת בטלה וניווט, שיקום האסיר ותכליות נוספות במישור זה.⁵⁰ גם טיעון זה לוקה בכמה קשיים. טיעון זה מתעלם מתכלית נוספת של שכר־המינימום, המתקיימת אף לעניין אסירים, והיא השמירה על כבוד האדם.⁵¹ נוסף על כך, ההנחה כי האסיר גוזר "טובות" אחרות מהעבודה, כגון מניעת בטלה ומימוש עצמי, אין בה, כשלעצמה, כדי להחריגו מקבלת שכר ראוי בעבור עבודתו. גם עובדים שאינם אסירים זוכים בערך מוסף מעבודתם, המגולם, למשל, בתחושה של מימוש עצמי, אולם ברי כי אין די בתחושה זו לאיין את הצורך בתשלום "נוסף", המגולם בשכר־מינימום. נוסף על כך, אין לומר כי התכלית הכלכלית נעדרת כליל מהמשוואה, משום שלחלק מהאסירים יש משפחות, שאליהן ניתן להעביר חלק משכר עבודתו של האסיר,⁵² ואף אסירים ללא משפחה עשויים ליהנות מהעדר קשיים כלכליים עם שחרורם, אם יוכלו לחסוך מהשכר.

48 שם, בעמ' 833-835.

49 יוער כי חוק שכר־מינימום מחריג מתחולתו, למשל, את אוכלוסיית העובדים עם מוגבלות (ס' 17-18 לחוק). מכוח סעיפים אלה בחוק נחקקו תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב-2002, ק"ת 460. התכלית בבסיס החרגה זו ובבסיס התקנות הייתה לתמרץ מעבידים להעסיק עובדים עם מוגבלות על־ידי התאמת שכרם לתפוקת עבודתם. אולם להבדיל מן ההסכמה הקיימת לגבי תפוקתם הפחותה על־פירוב של עובדים עם מוגבלות, קיימת בספרות מחלוקת אם תפוקתו של עובד הנמנה עם אוכלוסיית האסירים היא מלאה או שמה היא נופלת בהכרח מתפוקתו של עובד שאינו נמנה עם אוכלוסייה זו ואשר מחזיק בהכשרה ו/או בידע דומים. מכאן ששתיקת המחוקק עשויה להתפרש כמצביעה דווקא על העדר כוונה לאפשר חריגה משכר־מינימום בהקשר של עובדים הנמנים עם אוכלוסיית האסירים.

50 בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 836.

51 שם, בעמ' 860. כן ראו ד"כ 107, 2441 (התשמ"ז).

52 אסירים מקבלים כיום הבטחת הכנסה, וייתכן שכיוון זה יוביל להפחתת העומס המוטל על כתפי המדינה. באנגליה, למשל, החוק מאפשר לקזז חלק מהתשלום לאסירים לשם תמיכה במשפחת האסיר. ראו: Prisoners' Pay, 2000, PSO 4460 § 2.9.

שלישית, נטען כי לנוכח התכלית של הגברת היצע העבודה לאסירים, יש צורך להחריגם מתחולתו של חוק שכר-מינימום, כפי שנאמר במפורש בפסק-הדין: "אם היוזמים יחוייבו לשלם שכר מינימום לאסירים, תיפגע הכדאיות הכלכלית של מפעלים אלה, ויש יסוד לחשש שמספר המפעלים לא יגדל, אלא אף יפחת."⁵³ טיעון זה הוא מרכזי, ומבוסס על הנחת-היסוד שעל-פיה יש להרחיב את היקף העבודה המוצעת לאסירים (שכן כרגע הביקוש לעבודה עולה על ההיצע), על-מנת לסייע בשיקומם. טיעון זה יידון בהרחבה בפרק ג.⁵⁴ בשלב זה די אם נעיר כי לאותן בעיות אינהרנטיות הגלומות בעבודת אסירים – אשר מצריכות, לדעת השופט זמיר, הסדר מיוחד לגביהם – אפשר למצוא מענה על-ידי מתן תמריצים אחרים ליוזמים להעסיק אסירים, ולא על-ידי גריעה משכרם של האסירים. תפיסה זו מתיישבת עם העמדה שמביע השופט חשין בחוות-דעתו בפסק-דין שדות: "טוענת המדינה, כי יזמים לא יספקו עבודה אם יהא עליהם לשלם שכר מינימום, ואני אומר כי את ההפרש (ככל הנדרש) יכסה שירות בתי הסוהר. ואם ישיבו המשיבים – ואכן כך ישיבו – כי קשיית-קציב יעמדו על דרכנו, נשיב אנו כי גם שאלה זו – כשאלות אחרות – שאלה של סדרי עדיפויות היא. השמירה על כבוד האדם אינה אך רטוריקה, ואם כבוד האדם יקר בעינינו, נדע את דרכנו."⁵⁵

הטיעון הרביעי והאחרון נוגע ביחס שבין התגמול בעבור עבודת אסירים לבין התגמול הניתן בעבודות-שירות. השופט זמיר קובע כי לא ייתכן ששכר-המינימום שנקבע בעבודות-שירות, שממנו מותר לנכות הוצאות הכרוכות בארגוןן של עבודות-השירות ובפיקוח עליהן, יהיה נמוך מהשכר שיינתן לאסירים, אשר אינם נדרשים לשלם אף בעבור הוצאות המחיה שלהם, בניגוד לעובדים בעבודות-שירות. בעניין זה יש לזכור כי עקרונית אין כל מניעה לשאוף להסדר הכולל ניכויים משכר האסירים לצורך מימון תנאי המחיה שלהם בבתי-הסוהר. נכון להיום, שירות בתי-הסוהר אינו מנכה ניכויים כלשהם ממשכורותיהם של האסירים, אולם ניכוי כזה ניתן למצוא בארצות רבות אחרות. לפי ההסדר האמריקני, למשל, ניתן לנכות משכר האסירים המתקבל מעבודה פרטית סכומים בגין הוצאות המחיה שלהם,⁵⁶ ולפי ההסדר הקנדי ניתן לנכות עד ל-30% ממשכורת האסיר בגין אוכל, מגורים וביגוד שניתנו

53 בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 837. אולם דומה כי אין בטיעון בדבר הגברת היצע, כשלעצמו, כדי להצדיק פגיעה בתנאי העובדים. דיני העבודה נעים תמיד על הציר שבין תנאים ושכר הולם לבין הגברת היצע העבודה. כך, לא אחת נשמע הטיעון כי העלאת שכר-המינימום תוביל לסגירת מפעלים ולפגיעה בהיצע העבודה. דוח הוועדה הציבורית לבחינת חוק שכר מינימום בישראל 17 (2000) ozar.mof.gov.il/hachnasot/pay_report.pdf. חוק שכר-מינימום נחקק על-ידי טיעונים אלה. על-מנת לחרוג מן הקבוע בו, יש להראות באופן ספציפי מדוע דווקא במקרה זה יש להעדיף את השיקול בדבר הגברת היצע על כל שיקול אחר.

54 ראו להלן ליד ה"ש 178 ואילך.

55 בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 862.

56 Prison Industry Enhancement Certification Program – Mandatory Criteria for Program Participation, BJA, www.ncjrs.gov/html/bja/piecp/bja-prison-industr.html#mandatory (להלן: אמות-המידה של (PIECP).

לו לצורכי עבודתו.⁵⁷ במדינות אחרות, דוגמת גרמניה, רק נושים יכולים לנכות סכום מסוים משכר האסיר.⁵⁸ בפולין, לעומת זאת, הסדרי הניכוי דומים להסדר הקנדי.⁵⁹ רפורמה אשר מתוכננת בחוק האנגלי קובעת גם היא הסדר שיכלול תשלום שכר-מינימום, שממנו ינוכו סכומים למימון הוצאות הכלא.⁶⁰ היתרון המרכזי של ניכוי הוצאות המחיה משכרם של האסירים, אשר ישווה לשכר-המינימום, על תשלום שכר נמוך משכר-המינימום מלכתחילה הוא שבדרך זו נחלש החשש של פגיעה בעובדים שאינם אסירים העוסקים באותו תחום. חשש זה מהווה את אחד הרציונלים לאמנות בין-לאומיות הדנות בהעסקת אסירים במגזר הפרטי, ועולה גם מהניסיון ההיסטורי (על שניהם ארחיב בהמשך). הוא נוגע בסכנה של שבירת כוח המיקוח של העובדים על-ידי יצירת מסלול חלופי למעסיקים שבו הם אינם מחויבים לחוקי-המגן של דיני העבודה. חשש זה אינו תיאורטי בלבד. בריאיון שנערך עם יזם שהקים מפעל בשטח בית-הסוהר, הוא מציין כי לנוכח הנוחות שבתשלום שכר מופחת לאסירים, בכונתו לצמצם את היקף הפעילות בשאר מפעליו ולהגביר את הפעילות במפעלי בית-הסוהר.⁶¹

מכל האמור לעיל נראה כי החלטתו של בית-המשפט להחריג את ההסדרים של תעסוקת אסירים מתחולתו של חוק שכר-מינימום מעוררת קשיים מספר, ואכן, יש המסכימים כי יש להחיל על אסירים את חוק שכר-מינימום.⁶²

.Corrections and Conditional Release Act, C.S. 1992, c. 20, art. 78(2) (Can.) 57
Axel Boetticher & Johannes Feest, *German Criminal and Prison Policy*, in PRISON 58
POLICY AND PRISONERS' RIGHTS 361, 382 (George Kellen ed., 2008), available at
fondationinternationalepenaleetpenitentiaire.org/Site/documents/Stavern/19_
.Stavern_Report%20Germany.pdf

Zbigniew Holda & Andrzej Rzeplinski, *The Polish Prison System in Mid-Course*, 59
in IMPRISONMENT TODAY AND TOMORROW: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON PRISONERS'
RIGHTS AND PRISON CONDITIONS 455, 471–473 (Dirk Van Zyl Smit & Frieder Dunkel
.eds., 1991)

James Kirkup, *Prisoners to Earn Minimum Wage*, THE TELEGRAPH (Oct. 5, 2010), 60
www.telegraph.co.uk/news/politics/8042568/Prisoners-to-earn-minimum-wage.
html. דיון מעמיק יותר בהיבטים השוואתיים בנוגע לתעסוקת אסירים ייערך להלן בתת-פרק
3ב.

ספיר פרץ "יזמים מאחורי הסורגים" גלובס 11.8.2005 www.globes.co.il/news/home.as 61
px?fid=2&did=100000621&nagish=1. כאמור, יש לבחון חשש זה גם אל מול החשש
ההפוך מפני מחסור בהיצע של מקומות עבודה לכלל האסירים המעוניינים לעבוד במקרה
של השוואת שכרם לשכר-המינימום. על חשש זה ארחיב בהמשך – ראו לעיל ליד ה"ש" 178
ואילך.

השופטת בדימוס אלישבע ברק-אוסוסקין, אשר דנה בפרשת שדות, מציעה לראות באסירים 62
עובדים ולהחיל עליהם את חוק שכר-מינימום, גם אם בשינויים מסוימים: "בריון לגבי אסירים
מקובלת עלי גישתו של השופט מישראל חשין: האסירים הם עובדים, וחוק שכר מינימום חל –
ולמצער הוא נקודת מוצא לשיקול הדעת של שירות בתי הסוהר." אלישבע ברק-אוסוסקין
"הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב" ספר אליקה

השאלה המרכזית במאמר זה נוגעת בהנמקתו של בית-המשפט להחלטתו להעניק פרשנות פיזית-גיאוגרפית לביטוי "מחוז למוסדות המדינה". גם כאן נסמך בית-המשפט על ארבעה טיעונים, שאותם אבחן להלן.

הטיעון הראשון נוגע בכוונתו של המחוקק כפי שהיא נלמדת מבחינה של לשון החוק על רקע התקופה שבה נחקק סעיף 48 לחוק העונשין. בית-המשפט מציין כי בתקופה זו כל המפעלים הפרטיים היו מחוץ לשטח בית-הסוהר, ומכאן נגזרת המסקנה כי כוונתו של המחוקק הייתה להחיל "תנאים מקובלים" אך מחוץ לשטח בית-הסוהר.⁶³ שני דברים יש לומר במענה לטיעון זה. ראשית, העובדה שבעת חקיקת החוק לא הייתה הפרדה בין שתי הפרשנויות, והן "התמזגו" למעשה זו עם זו, אינה פועלת לטובת אחת מהן. רק מרגע שנכנסו המפעלים הפרטיים אל תוך שטח בית-הסוהר נוצרה למעשה ההבחנה בין הפרשנות הפיזית לפרשנות המוסרית, וניסוח כזה או אחר היה יכול להשפיע לטובת פרשנות זו או אחרת. שנית, אם מבקשים בכל-זאת להתחקות אחר הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק, דומה כי זו משרתת דווקא את הפרשנות הראויה, היא הפרשנות המוסרית, כפי שאראה להלן.

סעיף 48(ג) הוא העתק של סעיף 16 לחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה) משנת 1954.⁶⁴ הסעיף עלה לראשונה לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט מבלי שאזכור בהצעת החוק המקורית, אך אף-על-פי-כן הדיונים בוועדה מנתחים אותו באריכות.⁶⁵ נקודת המוצא להבנת הדיונים שהתנהלו בוועדת החוקה, חוק ומשפט היא שבשנת 1954, כאמור, טרם נוסדו מפעלי יזם בתוך שטחי בתי-הסוהר.⁶⁶ משמעותה של עובדה זו היא שהמדיינים יכלו להשתמש בביטויים "הַעֲסָקָה מחוץ לשטח בית-הסוהר", "הַעֲסָקָה על-ידי גופים פרטיים" ו"הַעֲסָקָה מחוץ למוסדות המדינה" ככמונחים חלופיים, מבלי לטרוח להבחין ביניהם. חזוקים למסקנה זו פזורים לאורך הדיון כולו.⁶⁷

ברק-אוטוסקין 59 (סטפן אדלר, יצחק אליאסוף, נילי ארד, גיא דוידוב, סיגל דוידוב-מוטולה, יצחק זמיר, ארנה לין וגיא מונדלק עורכים, 2012).

63 עם זאת, כבר בהקשר זה מציין השופט זמיר כי המחוקק לא התכוון להחיל את הסעיף על מוסדות המדינה, כגון מתקן משטרת. על משמעותה של החרגה זו ראו בהמשך ליד ה"ש 71. חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954, ס"ח 234.

64 פרוטוקול ישיבה מס' 53 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2, 7-2 (14.7.1954).

65 בהתאם לבג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק-דינו של השופט זמיר.

67 כך ניתן להסביר את חששו של זרה ורהפטיג כי אסירים ייהפכו ל"אובייקט של עבודות כפייה". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 53 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 65, בעמ' 3: "ו. ורהפטיג: אני מציע סייג נוסף: עבודת החובה תיעשה רק בבית הסוהר או בסביבתו. כלומר, עבודה מחוץ לשטח בית הסוהר – רק בהסכמתו של האסיר. אינני רוצה שאסירים יהפכו אובייקט של עבודות כפייה, שאפשר יהיה לשלוח אותם לכל מקום. י. בריהודה: האם אפשר לשלוח אסירים לעבודה בחברה פרטית? ח. כהן: כן."

מצמידות שאלתו של חברי-הכנסת בריהודה להערתו של חברי-הכנסת ורהפטיג ניתן ללמוד כי את הפסקית "לשלוח אותם לכל מקום" יש להבין כמתייחסת "לעבודה בחברה פרטית". את החשש שאסירים ייהפכו ל"אובייקט של עבודות כפייה" – אשר אינו עולה בהקשר של עבודות-החובה בתוך בית-הסוהר – יש להבין אם כן כתואם את הפירוש המוסדי.

כך, במהלך הדיון, לאחר שהוברר כי ניתן לשלוח אסירים לעבודה בחברה פרטית מחוץ לשטח בית־הסוהר, מנמק חבר־הכנסת בר־יהודה את נחיצות הסעיף בחובה להגן על עובדים "רגילים" מפני הפגיעה בתנאי עבודתם:

"כשאמרים שכל אסיר יהיה חייב בעבודה, מוכרחים להוסיף שאם העבודה לא תהיה במוסדות המדינה, היא תהיה רק בהסכמתו של האסיר ובתנאים הרגילים, כלומר, בתנאים רגילים של עבודה, של קבלה לעבודה, של תשלום וכו' אחרת זו יכולה להיות זרוע לשבירת ארגוני פועלים, רמת שכר וכו'".⁶⁸

כפי שציינתי קודם לכן, גם כאן ניתן למצוא ביטוי לחשש מפני הסכנות הטמונות בשילוב אסירים בשוק הפרטי. אסירים העובדים בעבור המדינה אינם מהווים איום כאמור, שכן הם אינם מצויים בתחרות עם עובדים בגופים עסקיים בשוק החופשי. את דבריו של חבר־הכנסת שרי יש לפרש כפסילה מפורשת של הפירוש הפיזי־הגיאוגרפי:

"אשר לעבודות מחוץ לבית הסוהר. אם יושב בבית הסוהר ברמלה בנאי, ונחוצה עבודת בנין בבית סוהר אחר, האם אי אפשר יהיה להעבירו לשם ביצוע העבודה הזאת? אני יודע ששכלל שהעבודה מרוחקת יותר ממקום מאסרו של האסיר, האסיר רואה בזה פריבילגיה. אני מסכים שאי אפשר יהיה להשכיר את עבודתם של האסירים לאחרים, אלא בהסכמתם. ואז חלק מהשכר צריך להיות שמור לאסיר בצאתו מבית הסוהר".⁶⁹

הנה כי כן, גם כאשר מעבירים אסיר לבית־סוהר אחר, כל עוד הוא נמצא במסגרת הציבורית של המדינה ניתן להעסיקו מבלי לקבל את הסכמתו, ואילו כאשר משכירים את עבודתו ל"אחרים" (לחברה פרטית), נדרשת הסכמתו. מדבריהם של חברי־הכנסת בדיון שהתקיים בוועדת החוקה, חוק ומשפט מצטיירת אם כן תמונה שלפיה ההיבט הפיזי מזהה עם ההיבט הפרטי, דהיינו, עבודה מחוץ לכותלי בית־הסוהר נתפסת כעבודה בעבור יום פרטי. פרשנות זו נתמכת בדבריו של יושב־ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר־הכנסת משה אונא, בעת ההצבעות השנייה והשלישית על החוק הנידון. בהציגו את הסעיף לפני המליאה, ציין חבר־הכנסת אונא כי הסעיף קובע במפורש ש"אם אי אפשר להעסיק אסיר אצל נתן עבודה פרטי, אלא אם הוא עצמו מסכים לזה ובתנאי עבודה מתאימים".⁷⁰ דברים אלה מתאימים למכלול הדברים שהוצגו עד כה, ומובילים למסקנה כי תכלית החקיקה וההיסטוריה החקיקתית כיוונו דווקא לפרשנות המוסדית.

למעשה, דומה כי אף השופט זמיר מספק, מבלי משיג, תמיכה לפרשנות המוסדית. כך יש להבין את תשובתו של השופט זמיר לתהייה שעשויה להתעורר בנוגע לפירוש הגיאוגרפי – מדוע עשה המחוקק שימוש במילים "מחוץ למוסדות המדינה" בסעיף 48(ג) במקום לומר בפשטות "מחוץ לשטח בית־הסוהר", כפי שעשה בסעיף 48(א) הסמוך. על כך עונה השופט כי "מסתבר כי המחוקק לא אמר כך, משום שהוא התכוון שתנאים אלה לא יחולו על העסקה מחוץ לשטח בתי הסוהר, אם זו העסקה במוסד המדינה, כגון, במתקן

68 שם, בעמ' 5.

69 שם, בעמ' 4 (ההדגשה הוספה).

70 ד"כ 16, 2663-2664 (התשי"ד) (ההדגשה הוספה).

משטרתי".⁷¹ על פני הדברים, תשובה זו אינה מתיישבת עם הפרשנות הפיזית-הגיאוגרפית, שעל-פיה סעיף 48(ג) יוחל בכל העסקה מחוץ לשטח בית-הסוהר. אם מוסדות ציבוריים, כגון מוסד משטרתי, מוחרגים מתחולת הסעיף אך ורק בשל "ציבוריותם", אזי למעשה אמת-המידה העומדת בבסיס הסעיף היא ההבחנה בין הפרטי לציבורי. הצורך להיעזר בהבחנה בין הפרטי לציבורי לצורך קביעת תחולתו של סעיף 48(ג) מדגים את הקושי הלוגי שבשימוש בפרשנות הפיזית-הגיאוגרפית. אמת-המידה של מיקום העבודה אינה מספקת כשלעצמה, במנותק ממאפיינים אחרים של מפעלי התעסוקה, להבחנה בין עבודות שנדרשת לגביהן הסכמה של האסיר לבין עבודות שאינן מחייבות הסכמה כאמור.⁷² סביר יותר שהצידוק המתאים להבחנה זו ינבע ממאפיינים הנוגעים בסוג העבודה, במיחות המעסיק וכולי, ולא יתמצה בעצם מיקומם של המפעלים בין חומות הכלא או מחוץ להן.

חיזוק נוסף לפרשנות המוצעת במאמר ניתן למצוא גם בעמדה שהביעה הכנסת בנוגע לביטויים דומים בהקשר של חקיקה מאוחרת יותר.⁷³ לאחרונה נידונה בכנסת הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 101) (נשיאת מאסר בעבודות שירות), התשס"ח-2008.⁷⁴ בדיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט נידון, בין היתר, הביטוי "מוסדות המדינה", כחלק ממחלוקת שהתעוררה בנוגע למוסדות שיעסיקו אסירים בעבודות-שירות. מן הדיון שנערך ניתן ללמוד כי כאשר ציינו את הביטוי "מוסדות המדינה", ראוהו חברי-הכנסת כמתייחס למוסדות ציבוריים, ולא ל"שטח בית-הסוהר". כך מציין יושב-ראש הוועדה חברי-הכנסת דוד רותם:

"אם אני מוחק את ההגדרה של 'עבודת משק' ואני לוקח (במקומה את ההגדרה 'עבודה ציבורית' – עבודה מחוץ לכותלי בית הסוהר, במוסד ממוסדות המדינה או בגוף ציבורי אחר..."⁷⁵)

האמירה שלפיה מוסדות המדינה יכולים להתקיים "מחוץ לכותלי בית הסוהר" מעידה על הבדל בין הביטוי "מוסדות המדינה" לבין הביטוי "שטח בית-הסוהר", ובכך מביעה דחייה של הפירוש הפיזי-הגיאוגרפי. נוסף על כך, מן הביטוי "במוסד ממוסדות המדינה או בגוף ציבורי אחר" (ההדגשה הוספה) ניתן ללמוד כי מוסדות המדינה משמעותם גופים

71 פסק-דין שדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 845.

72 ניתן אולי להעלות השערה כי ההבחנה לפי מיקום העבודה הינה סבירה בשל בעיות לוגיסטיות כלשהן הכרוכות ביציאה מהחומות, כגון "טרטור" של האסיר או הוצאות נסיעה. אולם דומה כי השערה זו אינה מבוססת, שכן טיעון זה לא עלה בפועל מעולם, והוא גם אינו מתיישב עם ההקשר הנידון. כך, אם הבעיה היא "טרטור" האסיר, אזי יש אומנם טעם לבקש את הסכמתו, אולם אין כל קשר בין זה לבין הדרישה ל"תנאים מקובלים". הקושי הכלכלי היחיד יכול להיווצר אולי בהקשר של דמי נסיעות, אולם המענה המתאים לכך יהיה קביעת דמי נסיעות, ולא מכלול של "תנאים מקובלים" בעבודה. מכל מקום, כאמור, טיעון זה מעולם לא הועלה בפועל במפורש.

73 כידוע, גם לחקיקה מאוחרת יש משקל בתהליך הפרשני, לנוכח העיקרון שלפיו מערך החקיקה כולו מהווה מקור לאיתור תכלית החקיקה. ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 327-331 (1993).

74 עד שהתקבלה ההצעה, נהפך התיקון לתיקון מס' 102 לחוק העונשין.

75 פרוטוקול ישיבה מס' 62 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 7 (3.9.2009).

ציבוריים. מכאן שגם מדיון זה ניתן ללמוד כי עמדת המחוקק באשר למשמעות הביטוי "מוסדות המדינה" הולמת את הפרשנות המוסדית.

הטיעון השני בפסק־דין שדות נוגע בלשון החוק. בקצרה, השופט זמיר מציין כי המילה "מחוז" מתיישבת עם פירוש פיזי הנוגע בשטח בית־הסוהר. מלבד העובדה שניתן בהחלט להבין מילה זו כנוגעת בכל השטח שמחוץ למפעלי המדינה, באופן שיתיישב דווקא עם הפרשנות המוסדית, דומה כי גם כאן יש לזכור את שהביא השופט זמיר עצמו לתשומת־ליבם של הקוראים, קרי, את העובדה שבעת חקיקת החוק לא הייתה כלל הבחנה בין הפרשנויות השונות, ולכן, כפי שצוין לעיל, יכלו המחוקקים לנוע בעת בחירת מילותיהם בין הפרשנויות השונות מבלי להכריע ביניהן.

הטיעון השלישי נוגע בעקרונות פרשנות שניתן להיעזר בהם לשם קביעת תכליתו של החוק. בית־המשפט קובע כי סעיף 48(ג) יוצר חריג לכלל שלפיו אסירים חייבים בעבודה, מכיוון שבדורשו תנאים מקובלים והסכמה, הוא מצמצם את היכולת לספק לאסירים אלה עבודה. השופט זמיר מציין כי לאור כלל הפרשנות שלפיו יש לפרש את החריג באופן מצומצם, גם כאן יש לפרש את סעיף 48(ג) בצמצום, מבלי להחילו על מפעלי יזם פרטיים בשטח בית־הסוהר, מכיוון שהחלה כזו תחתור תחת תכלית החוק הגלומה בסעיף 48(א). מדובר, לטעמי, בנימוק בעייתי. נימוק זה מניח כי תכלית החוק נשקפת אך ורק מסעיף 48(א), קרי, מעוגנת בחובתם של האסירים לעבוד. לא ברור כלל מדוע תכלית החוק אינה זו הנשקפת מסעיף 48 כולו, על כל סעיפיו, וכוללת גם הגנה על אסירים בהקשרים מסוימים. כידוע, בבוא השופט הפרשן לקבוע את תכלית החוק האובייקטיבית, עליו לבחון את האיזון בין הערכים השונים שנעשה בהסדר העומד לפירוש, ואיזון זה מהווה את התכלית האובייקטיבית.⁷⁶ על־פי גישה זו, תכלית החקיקה כוללת את האיזון שבין חובת האסירים לעבוד והרצון לספק להם מקומות עבודה לבין המגבלות שיש להטיל על עבודת אסירים במגזר הפרטי – איזון אשר אף אותו ביטא המחוקק בהסדר שנקבע בסעיף זה.

זאת ועוד, הטיעון כי יש לפרש את החריג בצמצום ככל שהוא חותר תחת תכליתו של הכלל שבסעיף 48(א) מתעלם מכך שהכלל הקובע כי אסירים חייבים לעבוד הוא עצמו חריג לכלל אחר – העולה ממכלול דיני העבודה בישראל – שעל־פיו כל עבודה תיעשה אך ורק במסגרת אוטונומיה מלאה ומתן שכר מלא. זוהי נקודת המוצא של העבודה היצרנית בעידן המודרני, והיא תקפה ביתר שאת בהקשר של עבודה במסגרת השוק הפרטי. מנקודת פתיחה זו, דווקא ההיתר להעביד בכפייה אסירים בבתי־סוהר מדינתיים הוא־הוא המהווה חריג לכלל. לטעמי, דווקא את החריג הזה, המעוגן בסעיף 48(א), יש לפרש בצמצום, ומכאן שטיעון זה מתיישב דווקא עם הפרשנות המוצעת במאמר.⁷⁷ לבסוף, ניתן אף לערער על

76 אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 134 (2003).

77 יצוין כי טיעון זה מתחזק ככל שמקבלים את ההנחה שהרציונל המרכזי המניע עבודת אסירים הוא כלכלי. ככל שמדובר במגזר הפרטי, נדמה כי יש חיזוק לעמדה זו. ככל שנראה את המניע המרכזי העומד ברקעה של עבודת האסירים כמניע שיקומי, הטיעון נחלש, שכן ההשוואה בין הכלל (עבודה בשוק החופשי) לבין החריג (עבודת אסירים) נהיית תקפה פחות. אני מודה לד"ר חני אופק־גנדלר על הערה זו.

תקפותו של כלל פרשנות זה, באשר הוא אינו מוזכר בחזקות הפרשנות המוכרות בספרות, ולא ברור שהוא התקבל ככלל פרשני בפסיקה.⁷⁸

דחיית הגישה הטכנית של פירוש החריג ומעבר לגישה מהותית מובילים דווקא לכיוון הפוך מזה שבו הלך בית-המשפט, קרי, לכיוון של פירוש מרחיב של סעיף 48(ג), וזאת לאור שני כללי פרשנות אחרים. הכלל הראשון הוא כלל הפרשנות לאור חוקי-היסוד. כידוע, לאחר חקיקתם של שני חוקי-היסוד בשנות התשעים, ועם המהפכה החוקתית, התחדר הצורך לפרש את דברי החקיקה כך שיהלמו את חוקי-היסוד.⁷⁹ גישה זו אף אומצה בפסיקה.⁸⁰ כפי שמציין בצדק השופט חשין בפסק-דין שדות, פרשנות שלפיה יזכה האסיר בשכר הולם תחזק את כבוד האדם שלו – "תשלום שכר הנמוך משמעותית משכר המינימום ישלח אל-עבר האסיר מסר כי אף שפירות עבודתו הם כפירות עבודתו של האדם החופשי, לא ככל האדם הוא".⁸¹ לפיכך היה ראוי לפרש את החריג הקבוע בסעיף 48(ג) דווקא בהרחבה ככל האפשר, על-מנת לא לפגוע בכבוד האדם של האסירים, וכדי לייצר הרמוניה פרשנית בין החוק לבין חוקי-היסוד.

כלל פרשני נוסף הוא הכלל הידוע שלפיו בכל מקרה שבו ניתן לפרש את המשפט הישראלי באופן המתיישב עם המשפט הבין-לאומי – יש לעשות כן.⁸² על החובה לנהוג כך לגבי אמנות של ארגון העבודה הבין-לאומי עמד בית-המשפט מכבר.⁸³ בפרק הבא אעמוד על חובתיה של ישראל על-פי משפט העבודה הבין-לאומי, ואראה כיצד משפט זה מחייב אף הוא את אימוץ הפרשנות המוסדית.

הטיעון הרביעי שמופיע בפסק-הדין נוגע בשיקולי מדיניות ובבחינה תוצאתית של הפרשנות הראויה. השופטים מבקשים להימנע מפרשנות שתוביל להחלתם של תנאי עבודה שונים במפעלי היזם (הפרטיים) ובמפעלי השב"ס, הנמצאים זה לצד זה בין חומות הכלא. הפירוש הפיזי-הגיאוגרפי הינו הפירוש הראוי לדעתם מאחר שהוא מתיישב עם החלת תנאי עבודה דומים בשני סוגי המפעלים, אשר אי-אפשר למצוא הבדל ממשי ביניהם, כאשר בשניהם השב"ס הוא האחראי ה"אמיתי" למפעלים. בהתאם לטיעון זה, אם אין

78 כן, כלל זה אינו מופיע בסקירת כללי הפרשנות השונים בספרו המקיף של אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך שני, לעיל ה"ש 73. באחת ההתייחסויות היחידות לכלל זה בפסיקה קבע הנשיא ברק: "גישה זו היא בעלת אופי מכאני, ואינה מתחשבת במהות ההסדר ובאופיו. אכן, האופי המרחיב או המצמצם הוא תוצאה של הפרשנות הראויה. אין הוא אמת מידה להפעלתה. אמת המידה הפרשנית היא זו של תכלית החקיקה. תוצאתה בעניינים מסוימים עשויה להיות הרחבת האחראיות או צמצומה." רע"א 8061/95 *עוזר נ' אררט*, פ"ד נ(3) 532, 554 (1996).

79 אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך שלישי – פרשנות חוקתית 116, 561 (1994).

80 דנ"פ 2316/95 *גנימאת נ' מדינת ישראל*, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995). כן ראו בג"ץ 2911/05 *אלחנתי נ' שר האוצר*, 57-58 (פורסם בנבו, 15.6.2008).

81 בג"ץ *שדות*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 860-861.

82 ברק *פרשנות במשפט* כרך שני, לעיל ה"ש 73, בעמ' 576.

83 דב"ע שם/4-18 *ההסתדרות הכללית של העובדים – עירית תל-אביב*, פד"ע יב 52 (1980).

למצוא הבדל משמעותי בין שני הסוגים, ההיגיון מחייב להחיל על שניהם אותה מערכת נורמטיבית-משפטית.⁸⁴

טיעון זה לוקה לטעמי בהנחת המבוקש. רק מנקודת מוצא שמניחה מראש זהות בין עבודה בעבור גורם פרטי (מפעלי היזם) לבין עבודה בעבור גורם ציבורי ניתן לומר כי למעשה אין הבדל בין השניים. כפי שאראה בהמשך, הן משפט העבודה הבין-לאומי והן בית-המשפט העליון בישראל מציעים גישה שונה, שעל-פיה בהקשר של עבודת אסירים עשויה להיות משמעות למיהותו של הגוף מעסיק, כלומר, לשאלה אם מדובר בגוף פרטי או בגוף ציבורי. הן בהתאם לבג"ץ הפרטת בתי-הסוהר והן לשיטתו של ארגון העבודה הבין-לאומי, העובדה שהעבודה נעשית בעבור גוף פרטי משנה באופן משמעותי את מהותה של העבודה הנעשית, וזאת אף אם כל שאר תנאי העבודה זהים.

טיעון זה אינו יכול לעמוד אף מן הטעם שההבחנה הפיזית-הגיאוגרפית עצמה מובילה לתוצאה של החלת תנאים שונים על עבודות זהות במהותן. כך, על-פי הפירוש הפיזי-הגיאוגרפי, עלינו להבחין בין אסירים העובדים במסגרת שיקום פרטני או שיקום קבוצתי מחוץ לבית-הסוהר לבין אסירים העובדים בעבודות ייצור בעבור גופים פרטיים (ואולי אף בעבור אותו גוף עצמו) במסגרת מפעלי יזם הממוקמים בתוך הכלא. זאת, אף שאופי העבודה אינו משתנה באופן מהותי אך ורק משום שיוצאים אל מחוץ לחומות הכלא. מכאן שנימוק השוויון אינו יכול לעמוד, שכן גם הפרשנות הפיזית-הגיאוגרפית יוצרת אי-שוויון בין קבוצות אסירים שעושים עבודה דומה בעיקרה.

קבלת עיקרי טיעוניי בפרק זה מובילה בהכרח למסקנה כי יש צורך בבחינה מחודשת של הצעת החוק להסדרת הנושא של תעסוקת אסירים. נפנה אם כן לבחינת הצעת החוק, תוך התמקדות באופן שבו היא משקפת את הפרשנות שניתנה בפסק-דין שדות לסעיף 48(ג).

3. בין פסק-דין שדות להצעת החוק

מטרתה של הצעת החוק היא להתוות את המסגרת המשפטית הכוללת החלה על תעסוקת אסירים.⁸⁵ אחד החידושים המרכזיים בהצעת החוק הוא הקביעה כי יש להחיל את המסגרת הנורמטיבית של יחסי עבודה על תעסוקה של אסירים במסגרת השיקום הפרטני. נקודת המוצא המשפטית עד כה הייתה שמערכת היחסים הנרקמת בין האסיר לבין מעבידו במסגרת השיקום הפרטני אינה מקימה יחסי עובד-מעביד, קרי, אינה מעניקה לאסיר מעמד של

84 אוסיף עוד כי טיעון זה מקבל בדיעבד חיזוק מבית-המשפט בבג"ץ קו לעובד, שנגע בתחולתו של חוק שכר-מינימום באזור יהודה ושומרון. אחד הנימוקים להחלה שוויונית שם עוגן בתחושת ההשפלה הקיימת כאשר אנשים שעובדים במרחב זהה ובעבודה זהה מקבלים תנאי עבודה שאינם זהים. ראו בג"ץ 5666/03 קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (פורסם בנבו, 10.10.2007). מאידך גיסא, יצוין כי שיטת העסקה זו נפוצה ביותר בהקשר של הסדרי תעסוקה מורכבים בשוק הפרטי. כך, באותו מרחב ובאותה עבודה ניתן למצוא, אלה בצד אלה, עובדים קבועים ועובדים המועסקים בהעסקה עקיפה. מכאן שיש לנהוג במידת הזהירות בקבלת שיקול זה כבסיס לעמדה שיפוטית.

85 ברברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 27, נקבע כי מטרתה היא "להחליף את הוראות סימן ד' לפרק ב' בפקודה ואת סעיף 48 לחוק העונשין ולעגן בפקודה את הכללים החלים בעניין תעסוקת אסירים, על שב"ס, על המעסיק ועל האסיר".

"עובד" במובן המשפטי האוניוורסלי של המונח. הצעת החוק חורגת אם כן מן המצב הקיים, ואם תתקבל, יהיו האסירים בשיקום הפרטני זכאים, למשל, ליהנות משכר-מינימום ולהיות חברים בארגון עובדים. עם זאת, גם על-פי ההצעה תהא החלתם של יחסי עובד-מעביד מוגבלת עדיין. בין היתר, המעבידים בשיקום הפרטני לא יהיו מחויבים לשלם בעבור היעדרויות מחמת מחלה, ויהיו פטורים מחובת ההודעה המוקדמת בגין פיטורים, ממתן חופשה שנתית וכן מתשלום פיצויי פיטורים.⁸⁶ המטרה המרכזית של החלת חריגים אלה היא לתמרץ מעבידים בשוק החופשי להעניק עבודה לאסירים על-אף רתיעה אפשרית שעלולה להתעורר בהקשר זה.⁸⁷

מחוץ למסגרת השיקום הפרטני, קובעת הצעת החוק, לא תהיה תחולה ליחסי עובד-מעביד בתעסוקת אסירים. זאת, בשל שני נימוקים עיקריים, המופיעים בדברי ההסבר להצעה: ראשית, יש הבדל בין הרציונל המרכזי לעבודה בבית-הסוהר לבין עבודה בשוק החופשי. בעוד המניע לעבודה בשוק החופשי הוא כלכלי, בבית-הסוהר המניע הוא שיקומי בעיקרו. שנית, בעוד העובד בשוק העבודה החופשי עובד על-מנת לכלכל את עצמו, האסיר, כך נקבע, אינו עובד לצורך מחייתו, שכן המדינה היא המממנת את החזקתו ואת מחייתו.⁸⁸ על-אף אי-תחולתם של דיני העבודה, הצעת החוק קובעת, בחלק ב לתוספת, סף תחתון לתנאי העבודה שבהם יעבדו האסירים, במטרה לשמור על כבודם ולמען הגשמתה של מטרת השיקום. על-פי דברי ההסבר, תנאי עבודה אלה נקבעו בהיקש מדיני העבודה ה"רגילים", מתוך שאיפה להוגנות בתעסוקה. כך, למשל, בדומה לדיני העבודה, מוצע להסדיר את תנאי הבטיחות בתעסוקה⁸⁹ ואת שעות העבודה של האסיר, וכן לקבוע כי אין להעסיק אסירים

86 חלק א של התוספת הראשונה להצעת החוק.

87 דברי ההסבר לס' 27 להצעת החוק.

88 שם.

89 יוער גם כי כעת, בטרם התקבלה הצעת החוק, חלה על המעסיקים חובת זהירות כלפי האסירים בכל הקשור לבטיחות בעבודה. כך, מלשכת הדוברות של שירות בתי-הסוהר נמסר כי בעניין בטיחות בעבודה "נעשה יישום מלא של הדין הכללי בעניין בטיחות בעבודה החל על עובדים ומעבידים ככלל כולל מעסיקים בשיקום קבוצתי עפ"י תנאים חוזיים". תשובה בכתב לבקשה על-פי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, מאת יפה זנש מישר, קצינת תקשורת וחופש מידע, שירות בתי-הסוהר, אל עו"ד עביר בכר (25.5.2010). אכן, על-פי דבריה של זנש מישר, נראה שקיימת הקפדה משמעותית על תנאי הבטיחות:

"בכל אתר בו מועסקים אסירים מתקיים נוהל העברת הוראה/ות בטיחות לכל המועסקים. בנוסף לכך, ניתנות הוראה/ות בטיחות והדרכת בטיחות, במקום תעסוקה פרטני, למי שמועסקים במקום. הוראות שניתנות הינן הוראות הבטיחות מכוח הדין הכללי החל בישראל, לעניין עבודה ובטיחות כפי שמתחייב. אסיר מוחתם על טפסים בשפה המובנת לו (עברית, ערבית, רוסית, אמהרית, וכו') כי הובהרו לו כל כללי הבטיחות וכי תודרך בכללי הבטיחות בעמדת העבודה בה הוא מועסק." (שם)

הפסיקה משקפת את העמדה שעל-פיה בתי-הסוהר נושאים באחריות לבטיחות העובדים, ונראה כי הנושא מובהר במפורש בהתקשרויות החוזיות של השירות עם המעסיקים החיצוניים. כך, למשל, במקרה שבו אסיר שעבד במסגרת שיקום פרטני נפגע בתאונת-עבודה, קבע בית-המשפט:

בעת מחלה. עם זאת, אסירים חולים לא יקבלו תגמול בימי היעדרותם, שכן הם פטורים מן הצורך לדאוג לפרנסתם בימי המחלה.⁹⁰ נוסף על כך נקבעו תנאי העסקה לגבי אסירה שילדה, האוסרים כליל את העסקתה במהלך שבעת השבועות הראשונים לאחר הלידה, ואוסרים את העסקתה ללא הסכמתה בארבעה-עשר השבועות שלאחר הלידה.⁹¹ כן נקבעו אסורים מפורשים לגבי הפליה והטרדה מינית בעבודה.⁹²

ככלל, הצעת החוק תורמת להסדרה ברורה יותר של כללי העבודה שיחולו על אסירים, וככזו היא מהווה התפתחות חשובה ומבורכת בתחום המשפט, שכן העדרו של הסדר ברור היה בין הגורמים שהובילו לפגיעה בזכויות האסיר. כך, למשל, ההסדרה הבהירה של שעות העבודה של האסיר עשויה, יש לשער, להוביל לבחינה מחדש של שעות העבודה של אסירים המטפלים באסירים נזקקים או סיעודיים, אשר עושים זאת כיום במסגרת עבודה של עשרים וארבע שעות ביממה.⁹³ קיימות נקודות חיוביות נוספות בהצעת החוק. כך, הצעת החוק קובעת כי לא יועסקו אסירים במקום עובדים שובתים או במקום עובדים המושבתים עקב שביתה.⁹⁴ קביעה זו מונעת מהמעבידים את האפשרות לכרסם בזכות השביתה של עובדיהם על-ידי העסקה חלופית של אסירים. עוד נקבע כי האסיר יהא זכאי לתגמול גם בעבור

"נראה לי כי יש מקום לקבוע את אחריות הנתבעת לתאונה שקרתה. ב"כ הצדדים דנו באריכות בשאלה אם התובע היה בגדר עובד של הנתבעת אך לשאלת האחריות אין חשיבות מרובה למעמדו המשפטי של התובע מבחינת יחסי העבודה שכן בפועל אין מחלוקת שעבד במפעל הנתבעת, לפי הוראותיה והיה נתון, מבחינת ביצוע העבודה, לשליטתה ולכן ללא ספק חייבת היתה הנתבעת בחובת זהירות כלפיו וחייבת היתה גם להקפיד על קיום חוקי הבטיחות בקשר לביצוע העבודה." (ת"א (באר-שבע) 199/91 רפאל ג' דיוק תעשיות מיסודה של ק.ש.ר. בע"מ (פורסם בנבו, 11.11.1995))

כמו-כן נראה כי כדבר שבשגרה חובות זהירות אלה מעוגנות בהסכמים הנחתמים בין שירות בתי-הסוהר לבין המעסיקים:

"מעבר לכך גם נאמר באופן מפורש בהסכם שנערך בין שרות בתי הסוהר לבין הנתבעת בקשר לשליחת עובדים על ידי שרות בתי הסוהר לעבודה אצל הנתבעת כי הנתבעת מתחייבת להעסיק את האסירים בהתאם להוראות פקודת הבטיחות בעבודה ובהתאם לחוק ארגון הפיקוח על העבודה..." (שם, בעמ' 2)

90 דברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 33.

91 חלק ב של התוספת הראשונה להצעת החוק, וכן דברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 33-34.

92 ס' 127 להצעת החוק.

93 עבודתם של אסירים אלה מתוארת במכתב מאת ד"ר אלכס אדלר, קרפ"ר שב"ס, אל ענת לויטן, מנהלת מחלקת כלואים בעמותת רופאים לזכויות אדם (5.8.2009), שעל-פיו האסירים עובדים עשרים וארבע שעות ביממה, ומטלותיהם כוללות "שינויי תנוחה, האכלה, רחצה וכו'". תודה לעו"ד ענת בן דור על הפניית תשומת-ליבי למכתב זה. סוגיה זו מזכירה את הדיון שנערך בבג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 29.11.2009) לגבי שעות העבודה של מהגרי-עבודה המטפלים בחולים סיעודיים וגרים בבתי-הם. באותו מקרה נקבע כי עובדים כאלה מוחרגים מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951. מבלי להתייחס לבעייתיותה של קביעה זו, כאן, בהתאם להצעת החוק, אין אפשרות החרגה, ועל-כן יש להניח כי עבודות מסוג ייפסקו כעת.

94 ס' 27(א)(4) להצעת החוק.

תקופת ההכשרה המקצועית שלו.⁹⁵ לבסוף, חשיבות מיוחדת יש לייחס לכללים המערכתיים שנקבעו במטרה לסייע באכיפה נאותה של תנאי העבודה ובפיקוח על יישומם – נקודה כאובה במיוחד בכל הנוגע באוכלוסיות מוחלשות כאסירים. כללים אלה כוללים את החובה להודיע לאסירים באופן מפורט על תנאי העסקתם ועל כל שינוי שחל בהם,⁹⁶ את החובה לפרסם את הכללים במקום בולט לעין, וכן את חובתו של השר לבטחון פנים לדווח באופן שנתי לוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת על פעילותו של שירות התעסוקה.⁹⁷ אולם בהקשר של מאמר זה יש משקל מיוחד לשתי סוגיות: שאלת החובה לקבל את הסכמתם של האסירים לעבוד וסוגיית התגמול בעבור עבודת האסירים. בשתי סוגיות מרכזיות אלה הצעת החוק דוחה את הפרשנות המוסדית, בדומה לפסק־דין שדות. נדון בסוגיות אלה כסדרן.

באילו מקרים השב"ס מחויב לקבל את הסכמת האסירים לעבודה? סעיף 27ב(ב) קובע בעניין זה כי "לא יועסק אסיר בתעסוקה מחוץ לכותלי בית סוהר אלא אם כן אישר, בכתב, בטופס שקבע השר ולאחר שקיבל הודעה כאמור בסעיף קטן (א), כי הוא מסכים לתעסוקה כאמור".⁹⁸ הצעת החוק מגבילה אם כן את החובה לקבל את הסכמתם של האסירים לעבוד, בקובעה כי זו תחול אך ורק כאשר העבודה נעשית מחוץ לכותלי בית־הסוהר, ובכך היא מאמצת למעשה את הפרשנות – המוטעית, לטעמי – המזהה את "מחויב למוסדות המדינה" עם "מחויב לכותלי בית־הכלא".

לעניין התגמול הצעת החוק קובעת כי השר לבטחון פנים יקבע את הרף התחתון של התגמול שיינתן לאסירים, תוך פירוט השיקולים שעליו לשקול בבואו לקבוע זאת, ביניהם אופייה ומהותה של התעסוקה ותנאי התעסוקה, שיעור שכר־המינימום במשק, הצורך ביצירת תמריץ ליזמים לפתוח מפעלים בתחום בית־הסוהר, וכן העובדה ששירות בתי־הסוהר אחראי להספקת צורכי המחיה של האסירים.⁹⁹ שיעור התגמול הסופי ייקבע על־ידי נציב שירות בתי־הסוהר.¹⁰⁰ גם בהקשר של עבודות הנעשות במגזר הפרטי אין הצעת החוק קובעת כי שכר־המינימום צריך להיות, לכל־הפחות, נקודת מוצא לשיקול־דעתו של שירות בתי־הסוהר – עמדה משפטית אפשרית הנתמכת על־ידי שופטים מובילים בעולם המשפט¹⁰¹ – אלא מונה אותו כשיקול אחד מני רבים בקביעת התגמול. אף בכך הצעת החוק מתרחקת מן

95 ס' 27ה(ב) להצעת החוק. מכיוון שהסמכות לקבוע את שיעור התגמול לא נתחמה, לא ברור אם ההצעה משנה את המצב הקיים, שבו אסירים העוברים הכשרה במפעלי יזם זוכים בתגמול בגובה 50%-80% מן הסכום (הנמוך ממילא) הניתן כיום בדרך־כלל לאסירים העוברים במפעלים אלה.

96 ס' 27ב להצעת החוק.

97 ס' 27ח-27ט להצעת החוק.

98 ס' 27ב(ב) להצעת החוק.

99 ס' 27ה להצעת החוק.

100 ס' 27ה(ג) להצעת החוק.

101 זו עמדתה של סגנית הנשיאה בדימוס, השופטת אלישבע ברק־אוסוסקין, אשר מאמצת את גישתו של השופט מישאל חשין בפסק־דין שדות, וקובעת כי חוק שכר־מינימום חל על אסירים או למצער חייב להיות נקודת מוצא לשיקול־דעתו של שירות בתי־הסוהר. ראו ברק־אוסוסקין, לעיל ה"ש 62, בעמ' 803.

ההסדר הראוי העולה מן הפירוש המוסדי. על-פי פירוש זה, אשר נדחה כאמור בפסק-דין שדות, כל עבודה הנעשית בעבור ידיים פרטיות אמורה להיעשות ב"תנאים מקובלים", קרי, בשכר שקרוב מאוד לשכר-המינימום. לא ברור כיצד יקבע הנציב¹⁰² את שיעורי התגמול של האסירים. ככל שקבלת ההבחנה בין עבודה הנעשית מחוץ לחומות הכלא לבין עבודה הנעשית בתוכו – כפי שנעשה בסוגיית ההסכמה שנידונה לעיל – מרמזת על קביעת תגמול גבוה יותר בעבור עבודה מחוץ לחומות הכלא יחסית לעבודות הנעשות בין החומות, יש בכך שוב סטייה מן ההסדר הראוי על-פי הפרשנות המוסדית. גם הצורך ליצור תמריצים ליוזמים פרטיים להקים מפעלים בשטח בית-הסוהר – שהוא אחד השיקולים שהשר לבטחון פנים מחויב לשקול בעת קביעת התגמול המינימלי – עלול להוביל ליצירת פערי תגמול בין עבודה הנעשית מחוץ לחומות בית-הסוהר לבין עבודה הנעשית בתחמומו, שכן יש להניח כי תמרוץ כאמור יוביל להנהגת תגמול נמוך לעובדים במפעלים הממוקמים בין החומות. זאת, בניגוד לרצוי על-פי הפרשנות המוסדית, שעל-פיה בכל מסגרת שבה אסירים עובדים למען רווח פרטי עליהם לקבל תגמול הקרוב מאוד לשכר-המינימום הקבוע במדינה. כפי שאראה בהמשך, תפיסה זו נולדה מן הרצון להתמודד עם הסיכונים הכרוכים בהעברת האסיר לידיים פרטיות – הן לאסיר עצמו, הן לשאר העובדים במגזר הפרטי והן לערכי משפט העבודה. כמו-כן, תפיסה זו תואמת את העמדה העקרונית שלפיה מפאת שיקולים של הגנה על כבוד האדם של האסיר וחירותו יש להבחין בין סמכויות הניתנות למגזר הפרטי כלפי אסירים לבין אלה הניתנות למגזר הציבורי כלפיהם.¹⁰³ רציונלים אלה משתקפים מכלל המקורות שייסקרו במאמר זה, אשר למרבה הצער נעדרו מן הדיון בפסק-דין שדות ואינם באים לירי ביטוי מלא בהצעת החוק החדשה.

ב. היבטים היסטוריים, בין-לאומיים, השוואתיים וחוקתיים של עבודת אסירים במגזר הפרטי

הפרשנות המוסדית לסעיף 48(ג) נתמכת בכירור על-ידי משפט העבודה הבין-לאומי. היא אף תואמת את החלטת בית-המשפט העליון בפסק-הדין התקדימי בעניין הפרטת בתי-הסוהר, ומשקפת את הניסיון ההיסטורי בעולם ובארץ בעניין עבודת אסירים במסגרת פרטית. אדון בהיבטים אלה כעת.

1. היבטים היסטוריים

בין מוסד בית-הסוהר המודרני לבין התעשייה הקפיטליסטית מתקיימים יחסי-גומלין והשפעה הדדית, כפי שאראה בהמשך. רוב ההיסטוריונים מוכנים לקבל את ההנחה כי שלילת החירות לתקופה ארוכה כצורת ענישה התקבלה כנורמה רק עם תחילתה של המהפכה התעשייתית.¹⁰⁴ העבודה הכפויה היוותה רכיב מרכזי ומכונן בעיצוב מוסד הכליאה המודרני,

102 ס' 27(ג) להצעת החוק.

103 בג"ץ הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 4.

104 DARIO MELOSSI & MASSIMO PAVARINI, THE PRISON AND THE FACTORY 3 (Glynis Caousin .trans., 1981).

וחלק בלתי-נפרד מהאידיאולוגיה של בתי-הסוהר, שגרסה כי תפקידם מתפרש אל מעבר לשלילת החירות כשלעצמה ומשתרע אף על עיצוב מחדש של זהות האסיר.¹⁰⁵ בו-בזמן השפיעה העבודה הכפויה על השוק החופשי.

המעבר לבית-הסוהר המודרני המוכר לנו כיום התרחש במקביל לתיעוש המואץ שעבר על ארצות-הברית ואירופה במאה התשע-עשרה. ההיסטוריה של צמיחת הכלא המודרני בארצות-הברית מצביעה על שתי תופעות מרכזיות שהובילו לכינונו של המוסד: הצורך לחסוך בהוצאות הניהול והצורך במציאת מנגנון כלכלי שיאפשר להתגבר על המחסור החמור בידיים עובדות. כך, למשל, בסוף המאה התשע-עשרה שימשו בתי-הסוהר המודרניים בארצות-הברית מנגנון לוויסות העלייה החדה של שכר הפועלים, שנבעה מן המחסור החמור בעובדים בתקופה של תיעוש מואץ.¹⁰⁶ בבתי-הסוהר, לעומת זאת, שילמו לאסירים שכר זעום בעבור עבודתם, שכן השכר לא נחשב גמול על עבודה רצונית, ועל-כן גם לא נדרש לעמוד בכל מימד של מידתיות ביחס לעבודה שנעשתה. עבודתם של האסירים נתפסה בעיקר כאמצעי ל"תיקונם".¹⁰⁷

במקביל, העלויות הכבדות שהיו כרוכות בניהול מוסדות הכליאה הטרום-מודרניים תרמו למעבר ההדרגתי לכלא המבוסס על "מודל הפנאופטיקון" הידוע של בנתהם.¹⁰⁸ מודל זה הציע כי מתקני הכליאה יבוססו על הפרדת אסירים ובידודם, כחלק מאמצעי המשמעת שיאפשרו את העברתם של האסירים. התמיכה במודל זה תאמה גם את הלך-הרוח הדתי של התקופה, שדגל בבידוד האסירים כפרקטיקה המאפשרת הרהורי חרטה ומכאן אף שינוי אישיותי.¹⁰⁹ אולם בהעדר עבודה גרם מודל ההפרדה הראשוני בארצות-הברית ("מודל

105 "Work is neither an addition nor a corrective to the regime of detention: whether it is a question of forced labour, reclusion or imprisonment, it is conceived by the legislator himself, as necessarily accompanying it" Foucault, ראו *17*, בעמ' 240.

106 Melossi & Pavarini, לעיל ה"ש 104, בעמ' 128-130.

107 שם, בעמ' 131. השכר אף נתפס כמחסום בפני חרטה כנה ותיקון המידות. כך, למשל, בצרפת של תחילת המאה התשע-עשרה, כאשר אסירים כבר קיבלו שכר על עבודתם, נקבע כי: "The worst subjects are almost everywhere the most skilful workers. They are the most highly remunerated, consequently the most intemperate and least ready to repent" מצוטט אצל Foucault, לעיל ה"ש 17, בעמ' 240.

108 Melossi & Pavarini, לעיל ה"ש 104, בעמ' 125-129.

109 שיקולים של שיקום ושינוי האישיות לא נחשבו תקפים בדרך-כלל לגבי אסירים ממוצא אפרו-אמריקני. החריגה של מדינות הדרום משיטת בתי-הסוהר שנפוצה בצפון ארצות-הברית (penitentiary) קיבלה לגיטימציה חברתית מן התפיסה כי יש לשלוט על הנטייה המוכנית של אפרו-אמריקנים לפשיעה. שיקולי השיקום נכנסו לשיח גם בהקשר של אפרו-אמריקנים רק כאשר נאלצו המדינות להצדיק את התנאים המחפירים ששררו במחנות העבודה בדרום. תנאים אלה הוצדקו בטענה כי מדובר בתנאים משופרים יחסית לתנאי העבודה הנחותים של "השחור החופשי", וכי העבודה עצמה קלה מזו שנתפסה כמתאימה לאפרו-אמריקנים. ראו: Alex Lichtenstein, *Twice the Work of Free Labor: The Political Economy of Convict Labor in the New South* 21 (1996).

פנסילוניה") להפרעות נפשיות קשות.¹¹⁰ רק השילוב של מודל זה עם עבודה כפויה (במה שכונה "המודל החדש של פנסילוניה") מנע את הצלקות הנפשיות הקשות של הבידוד.¹¹¹ עבודה כפויה, שגרתית ומכנית היוותה רכיב מרכזי בעיקרון המנחה של מוסד הכליאה המודרני – הרעיון שהעונש אינו מתמצה בשלילת החירות, אלא מהווה גם אמצעי לתיקון הפושע ולכינון זהותו מחדש.

העבודה השגרתית נועדה להעניק לאסיר את המשמעת מתוך ההרגל, ובכך לקבע רוגע, קביעות ויציבות בהתנהגותו ובנפשו. עבודה כפויה זו תרגיל את האסיר לאורח חיים מהוגן וחרוץ, תאלץ אותו להשתחרר מעצלות (שהיא הגורם, כך האמינו, שהוביל אותו לבית-הסוהר מלכתחילה) ותוביל לתיקון אופיו המנוון.¹¹²

כך, מנקודת-מבט ביקורתית ניתן לומר כי כפי שבעבר סייע בית-הסוהר "לייצר" את הסובייקט ה"מתוקן", קרי האדם שעבר שינוי אישיות מתוך חרטה, נהפך בית-הסוהר עם השנים ליצרן של סובייקט מסוג חדש – הסובייקט ה"עובד", הפרולטריון.¹¹³ הכלא נהפך ליצרן של הסובייקט הממושע – המודל הרצוי של האדם חסר ההון, אשר צריך לספק את צרכיו ללא פגיעה בקניינם של בעלי ההון:¹¹⁴

"The labour by which the convict contributes to his own needs turns the thief into a docile worker. This is the utility of remuneration for penal labour; it imposes on the convict the 'moral' form of wages as the condition of his existence. Wages inculcate the 'love and habit' of work..."¹¹⁵

110 רבים מן האסירים שהוכפפו תקופה ממושכת למודל ההפרדה הראשוני יצאו מדעתם. מודל זה הוכתר ככישלון, וגונה בדעיכה כאכזרי ולא-אנושי. MeLOSSI & PAVARINI, לעיל ה"ש 104, בעמ' 127.

111 *Memorandum on Prison Labour*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 316. מודל זה התפשט גם באירופה במחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה. שם.

112 MeLOSSI & PAVARINI, לעיל ה"ש 104, בעמ' 138, 144. ראו גם LICHTENSTEIN, לעיל ה"ש 109, בעמ' 192, בהקשר של מדינות הדרום בארצות-הברית והאוכלוסייה האפרו-אמריקנית שם: "In the postbellum South, at least until the Depression, perhaps until the postwar period, the criminal justice system served to exploit unfree black workers in order to help industrial capitalism through its developmental stages, and to terrorize free black workers into silent, or bitter, acceptance of their subordinate role in economy and society". השוו להצהרת שירות בתי-הסוהר כי העבודה מסייעת ב"עיצוב חברתי ומעמדי של אדם עובד". דוח שירות בתי-הסוהר 2007, לעיל ה"ש 14, בעמ' 183.

113 ראו, למשל, את עמדתו של LICHTENSTEIN, לעיל ה"ש 109, בעמ' 187: "Coercive labor relations frequently aim to control a population reluctant to enter wage labor relations freely, and encourage the consequent proletarianization of these recalcitrant recruits to the 'free' labor market".

114 FOUCAULT, לעיל ה"ש 17, בעמ' 243.

האדם חסר הקניין היה צריך לספק את צרכיו על-ידי עבודה שגרתית, מבודדת, בדממה ובמשמעת-ברזל. בתנאים אלה האפשרות לפתח סולידריות כלפי האחר נעלמה כמעט לחלוטין, ואיתה נעלמו גם אפשרויות ההתארגנות וההתנגדות.¹¹⁶ הקשר ההדוק בין התיעוש לבין מוסד הכליאה המודרני בא לידי ביטוי, בין היתר, במעורבות מתמדת של גופים פרטיים בהעסקת אסירים לאורך כל המאה התשע-עשרה – תופעה שבהקשר האירופי הייתה נפוצה במיוחד בקולוניות.¹¹⁷ מרבית העבודה הכפויה בקולוניות לא הייתה בהכרח של אסירים, אך יש דוגמות רבות להעברת אסירים לצרכים פרטיים. בקולוניות הצרפתיות במערב אפריקה ובווייטנאם, למשל, מתועדים מקרים שבהם הושכרו אסירים לעבודה בחברות פרטיות בשיטת ה"ליסינג".¹¹⁸ על-פי שיטה זו, הקבלן הפרטי משלם למדינה על כל אסיר שהוא מקבל לעבודה, ונוסף על כך אחראי למכלול

116 MELLOSSI & PAVARINI, לעיל ה"ש 104, בעמ' 150. השיטה שעל-פיה האסירים עובדים בתנאים של משמעת-ברזל, ללא אפשרות לדבר זה עם זה, נולדה בארצות-הברית, וכונתה "שיטת אוברון (Auburn)" (על-שם המקום במדינת ניו-יורק שבו הוקם מוסד כזה לראשונה) ולעיתים אף "השיטה השקטה". ראו *Memorandum on Prison Labour*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 316. על היריבות בין התומכים במודל פנסילוניה לבין התומכים בשיטת אוברון ראו, למשל: David J. Rothman, *Perfecting the Prison: United States, 1789–1865*, in *THE OXFORD HISTORY OF THE PRISON*, לעיל ה"ש 19, 111, בעמ' 118–119. דיון מעמיק בויקה שבין האסיר העובד בעבודה כפויה לבין הפועל בקריהייצור חורגת ממסגרת דיונו. מטרתו כאן היא אך להצביע על זיקה זו.

117 מעורבות מסוימת של יזמים פרטיים בהעסקת אסירים התקיימה כמובן גם לפני המאה התשע-עשרה. כך, כבר במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה באירופה היה אפשר לראות יזמים פרטיים המנצלים את בתי-הכליאה לשם השגת כוח עבודה זול. ראו: Ahmed White, *The Rule of Law and the Limits of Sovereignty: The Private Prison in Jurisprudential Perspective*, 38 AM. CRIM. L. REV. 111, 123–124 (2001).

118 BABACAR FALL, *SOCIAL HISTORY IN FRENCH WEST AFRICA: FORCED LABOUR, LABOUR MARKET, WOMEN AND POLITICS* 11–12 (2002); PETER ZINOMAN, *THE COLONIAL BASTILLE: A HISTORY OF IMPRISONMENT IN VIETNAM 1862–1940*, 85–89 (2001). דוגמה להעסקת אסירים בשיטת ה"ליסינג" היא זו של אסירי טונקין (Tonkin) שבוייטנאם, אשר יותר מש מאות מהם "הושכרו" בשנת 1895 לחברה פרטית לכריית פחם שפעלה באי קה-באו. אסירים אלה עבדו שבעה ימים בשבוע, במשמרות של תשע עד שלוש-עשרה שעות ביום. הם סבלו מתזונה לקויה, ממחלות ומהיחשפות ממושכת לפגעי הטבע, ולפיכך שיעור התמותה בקרבם היה גבוה. שם, בעמ' 90. גם מן הקולוניות הבריטיות ניתן להביא דוגמות להעסקת אסירים בחברות פרטיות. בקייפ קולוני (Cape Colony), למשל, חתמה הממשלה הקולוניאלית בשנת 1884 על חוזה להספקת אסירים עם חברת "דה בירס" (De Beers Consolidated Mines), שעסקה בכריית יהלומים. ראו: William H. Worger, *Convict Labour, Industrialists and the State in the US South and South Africa, 1870–1930*, 30 J. S. AFR. STUD. 63, 72 (2004). במקרה זה סופקה עבודת האסירים ליזם בחינם, והוא נאלץ לשאת רק בהוצאות של החזקת האסירים והפיקוח עליהם. גם במקרה זה עבדו האסירים שעות ארוכות – משמרות של שלוש-עשרה שעות ביום במשך שישה ימים בשבוע – אולם תנאי הבריאות היו טובים יחסית. שם, בעמ' 74–77.

ההיבטים הכרוכים בהחזקת האסיר, ובכלל זה למגוריו של האסיר, לצרכיו הבסיסיים ולשמירה עליו. בתמורה הקבלן מקבל את הזכות להעסיק את האסיר לאורך כל תקופת החווה. שיטות אחרות שהיו נפוצות בעבר כללו את שיטת החוזים הכללית ואת שיטת החוזים המיוחדת. בשיטת החוזים הכללית הקבלן משלם על כל אסיר, אולם בית־הסוהר וניהולו נשארים באחריות המדינה, והקבלן הפרטי אחראי רק לספק לאסירים מזון, ציוד, עבודה וחומרים. בתמורה המדינה מעבירה את פרי עבודתם של האסירים לידי של הקבלן. בשיטת החוזים המיוחדת המדינה מנהלת את בית־הסוהר ושומרת בידיה את כל האדמיניסטרציה הכרוכה בניהול האמור. בשיטה זו, להבדיל מהשיטות האחרות, אין תשלום נלווה של הקבלן למדינה בעבור האסיר, אלא האסירים מועברים לאחריות הקבלן, שמנהל את העבודה, משלם את המשכורות ואוסף את הרווחים בעצמו. בארצות־הברית החלה עבודת אסירים להיות חלק בלתי־נפרד משיטות המאסר המודרני בשנות העשרים של המאה התשע־עשרה. השכרת אסירים למגזר הפרטי החלה זמן קצר בלבד לאחר־מכן, ובשנות השבעים של המאה התשע־עשרה כבר נהפכה לשיטה המקובלת ביותר בבתי־הסוהר ברוב מדינות ארצות־הברית.

רק החל בשנות השלושים של המאה הקודמת החלה המדינה המודרנית לקבל על עצמה את השליטה הבלעדית על בתי־הכלא.¹¹⁹ אולם בלעדיות זו, בפרט בתחום של עבודת אסירים, התקיימה רק עד לעשורים האחרונים של המאה העשרים. בשנים האחרונות מעמיקה מעורבותם של גופים פרטיים בהעסקת אסירים בעולם, ומדינות רבות מאפשרות העסקה מסוג זה במסגרות מגוונות.¹²⁰ הסיבות לכך רבות, כפי שנראה בהמשך, אולם תופעה זו קשורה במידה רבה לעלייה הכללית במעורבותם של גופים פרטיים במתקני כליאה שונים בעולם ולתופעת הגלובליזציה.¹²¹ מספר קטן יחסית של חברות בין־לאומיות, הקשורות באופן הדוק לעסקי ביטחון, שולטות בשוק בתי־הכלא הפרטיים בהיקף בין־לאומי,¹²² והיקף המכירות של עבודת אסירים בארצות־הברית נאמד במיליארדים.¹²³ אין נתונים מדויקים לגבי

119 White, לעיל ה"ש 117, בעמ' 122-123.

120 ILC, 96th Sess., May 30 – June 15, 2007, *General Survey of the Reports Relating to the Forced Labour Convention 1930 (No. 29) and the Abolition of Forced Labour Convention 1957 (No. 105)*, ISBN 92-2-118134-7, Report III (Part 1B), ¶ 22, at 12 (Feb. 14, 2007) (להלן: סקר כללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007).

121 שם, פס' 100, 197.

122 U.N. ESCOR, Comm'n H.R., 45th Sess., *The Possible Utility, Scope and Structure of a Special Study on the Issue of Privatization of Prisons* (outline prepared by Mrs. Claire Palley pursuant to Sub-Commission decision 1992/107), ¶ 37, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/21 (June 25, 1993) available at [www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.1993.21.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.1993.21.En?Opendocument).

123 בשנת 1999, למשל, מכרה התעשייה בארצות־הברית סחורה בשווי 1.6 מיליארד דולר שהייתה כולה על "טהרת" עבודת האסירים. בעניין זה ראו: Colin Fenwick, *Private Use of Prisoners' Labor: Paradoxes of International Human Rights Law*, 27 Hum. Rts. Q. 249, 261 (2005). אין זה מפתיע שהתעשייה של בתי־הכלא הפרטיים בארצות־הברית פורחת אם מביאים בחשבון את שכרם הזעום של האסירים. ראו רופאים לזכויות אדם החטא

מספר האסירים המועסקים על-ידי גופים פרטיים בעולם,¹²⁴ אולם ברור כי התופעה קיימת ומתרחבת, וכי אסירים רבים עובדים בתחומים מגוונים תוך מעורבות של גופים פרטיים, החל בטקסטיל, המשך בחקלאות ובייצור חלקי מחשב, וכלה בשירותים מתחכמים, כגון תפעול מוקדי שירות של חברת תעופה.¹²⁵ ארגון העבודה הבינ-לאומי קובע כי מתוך כ-8 מיליון אסירים הכלואים בכתי-כלא בעולם, כ-150,000 כלואים בכתי-כלא פרטיים, כלומר, כאלה שעברו הפרטה מלאה.¹²⁶

2. היבטים בין-לאומיים

אמנה מס' 29 של ארגון העבודה הבינ-לאומי, האוסרת עבודה כפויה,¹²⁷ מחריגה את המדינה מאיסור העבודה הכפויה, ובכך עושה הבחנה חדה בין אסירים המועסקים על-ידי המדינה לבין אסירים המועסקים על-ידי ידדים פרטיות. האמנה גם קובעת את התנאים שבהם תוכל מעורבותם של גופים פרטיים במסגרת העבודה היצרנית בכתי-הסוהר להשתלב במסגרת משפט העבודה הבינ-לאומי. תנאים אלה, בעיקרם, הם שהעבודה תיעשה ב"הסכמה" וב"תנאים מקובלים".

ועונשו – הפרטת בתי הכלא 22 (2004). www.phr.org.il/uploaded/26%20novb04.doc. pdf

124 ראו הדוח העולמי משנת 2005 המסכם את המידע הקיים על תופעת העבדות והעבודה הכפויה בעולם: ILC, 93rd Sess., May 31 – June 16, 2005, *Global Report Under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, ISBN 92-2-115360-6, Report I (B), ¶ 116 (להלן: הדוח העולמי, 2005). הדוח מציג נתונים מדינתיים, שכן הם נגישים יותר. כך, למשל, על-פי דיווחי הממשלה הגרמנית, כ-11.6% מכלל האסירים המועסקים בגרמניה מופעלים תוך כדי מעורבות של גופים פרטיים. ראו גם: ILC, 98th Sess., June 3–19, 2009, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, ISBN 92-2-120634-7, Report III (Part 1A), at 215 (Mar. 16, 2009) (להלן: דוח ועדת המומחים, 2009).

125 ראו: ILC, 86th Sess., June 2–18, 1998, *Report of the Committee on the Application of Conventions and Recommendations*, ISBN 92-2-110651-9, Report III (Part 1A) ¶ 90 (להלן: דוח ועדת המומחים, 1998); סקר כללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007, לעיל ה"ש 120, פס' 101.

126 הדוח העולמי, 2005, לעיל ה"ש 124, פס' 116. תופעה זו רווחת בעיקר בארצות-הברית, בעיקר משנות השבעים, כאשר המגזר הפרטי חוזר להיות מעורב בצורות שונות בניהולם ובהפעלתם של מתקני כליאה ומאסר מסוגים שונים. Fenwick, לעיל ה"ש 123, בעמ' 255–256.

127 אמנה בדבר עבודת-כפייה, לעיל ה"ש 6. ישראל, שכאמור אשררה אמנה זו בשנת 1955, עשתה כן בסמיכות זמנים מעניינת לחקיקתו של ס' 16 לחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה) – קודמו של ס' 48(ג) לחוק העונשין. האמנה אושרה בישיבת הממשלה לח/שטו, שנערכה בתאריך 3.4.1955. בפרוטוקול הישיבה לא תועד דיון בנושא, למעט עצם האישור וייפוי כוחו של שר החוץ לנקוט את כל האמצעים הדרושים לצורך יישום החלטתה. ראו החלטה 321 של הממשלה ה-5 "אמנות העבודה הבינלאומיות בדבר עבודה ופיקוח על העבודה בתעשייה ובמסחר" (3.4.1955).

בתמצית, מעורבות פרטית בעבודת אסירים מהווה הפרה של אמנה מס' 29, ואימוץ הפרשנות הפיזית-הגיאוגרפית בהצעת החוק שבה עסקינו יוביל להמשך ההפרה החמורה של האמנה בישראל.¹²⁸ האמנה קובעת חריגים אחדים לאיסור העבודה הכפויה, שאחד מהם מתיר למדינה לכפות עבודה על אסיריה.¹²⁹ חריג זה לעבודה כפויה מעוגן בסעיף (C)(2)2 לאמנה, ורוב האמנות למיגור עבודות ועבודה כפויה שנוצרו לאחר אמנה מס' 29 משעתקות נורמה זו.¹³⁰ אולם מעורבות של גופים פרטיים בהעסקה כפויה של אסירים מהווה, ככלל, הפרה של האמנה.¹³¹ כפי שמבהיר סעיף (C)(2)2 לאמנה, התנאי להחרגת העסקה כפויה של אסיר הוא שהעבודה תיעשה "בהשגחתה ובפיקוחה של רשות ציבורית", ובתנאי שהאסיר "לא הושכר ליחידים, לחברות פרטיות או לאגודות פרטיות, ולא הועמד לרשותם".¹³² משמעותו המעשית של סעיף (C)(2)2 היא שכמעט כל מעורבות של גורם פרטי בהעסקה כפויה (להבדיל מהעסקה מרצון, אשר מותרת, כפי שנראה בהמשך) עשויה להוות הפרה של האמנה.¹³³ לא ניכנס כאן בהרחבה לדיון מקיף במונחי-מפתח כגון "פיקוח ציבורי", "הושכר ל-" ו"הועמד לרשות" – מונחים שעליהם עמדתי בהרחבה במקום אחר.¹³⁴ די לענייננו שמשפט העבודה הבין-לאומי מציע מסגרת מושגית לדיון בתנאי עבודתם של אסירים במסגרת נשיאתם בעונש המאסר שלהם, שבמרכזה ההבחנה החדה בין ההסדרה המשפטית של העסקת אסירים על-ידי גורמים פרטיים לבין ההסדרה המשפטית של העסקתם על-ידי גורמים ציבוריים.¹³⁵

128 להרחבה על עיקרי המשפט הבין-לאומי בהקשר של עבודת אסירים בעבור ידיים פרטיות ראו פאינה מילמן-סיון "הפרטת בתי הסוהר בראי דיני העבודה הבינלאומיים" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 803 (סטפן אדלר, יצחק אליאסוף, נילי ארד, גיא דוידוב, סיגל דוידוב-מוטולה, יצחק זמיר, ארנה לין וגיא מונדלק עורכים, 2012).

129 בישראל, כפי שראינו, החיוב לעבוד מגובה בסמכותם של בתי-הסוהר להשית על האסיר הסרבן עונשים וסנקציות שונות. החריגים האחרים לאמנה כוללים עבודה רלוונטית במסגרת שירות צבאי, חובות אזרחיות נורמטיביות וכן מצבי חירום, כגון מלחמה או אסונות-טבע.

130 ראו, למשל, את אמנת האו"ם לביטול העבודות, אשר מתירה לרשות ציבורית להטיל עבודה כפויה למטרה ציבורית. כך גם הכללים ה"סטנדרטיים" המינימליים לטיפול באסירים שנקבעו על-ידי ועדת החברה והכלכלה של האו"ם בשנת 1957: ESCOR, Res. 663C (XXIV) of July 31, 1957, and 2067 (LXII) of May 13, 1977, UN Doc. E/5088 (1977). לטעמי, יש מקום לבחון את חוקתיותו של חריג זה לאור חוקי-היסוד, אולם דיון זה חורג ממסגרת מאמר זה.

131 אחד החוקרים המרכזיים בתחום מתאר מצב זה כפרדוקס, שכן ההגנה המשפטית שדיני העבודה הבין-לאומיים מעניקים לאסירים המועסקים על-ידי גופים פרטיים טובה בצורה משמעותית מזו המוענקת לאסירים המועסקים על-ידי המדינה בכלל שבבעלותה. Fenwick, לעיל ה"ש 123.

132 נוסח החריג במקור: "...provided that the said work or service is carried out under the supervision and control of a public authority and that the said person is not hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations"

133 סקר כללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007, לעיל ה"ש 120, פס' 122.

134 מילמן-סיון, לעיל ה"ש 128.

135 הדיון כאן מוגבל אך ורק לעבודתם של אסירים אשר נושאים את עונשם בבתי-הסוהר. מעורבותם של גופים פרטיים במסגרת עבודה שנעשית בשלבים אחרים של ההליך הפלילי,

יודגש כי הצורה הפורמלית של אותה העסקה פרטית אינה רלוונטית.¹³⁶ כך, ארגון העבודה הבינלאומי דוחה בעקביות טיעונים הגורסים כי מקרים שבהם המדינה מטילה מגבלות רחבות וגורפות על היקף הפרווגטיבה הניהולית של הגוף הפרטי צריכים להיות מוחרגים מתחולת האמנה שכן אין עוד חשש לניצול.¹³⁷ יתרה מזו, הארגון קובע במפורש כי אין כל חשיבות למיקומו הגיאוגרפי של המפעל שהאסיר מועסק בו, קרי לשאלה אם המפעל ממוקם בגבולות בית-הסוהר או מחוץ לו, שכן כל מעורבות של גוף פרטי מהווה הפרה של האמנה.¹³⁸

עבודה הנעשית בהסכמתו המלאה של האסיר ובתנאי עבודה מקובלים אינה בכחית עבודה כפויה, וממילא אינה נכנסת לגדריה של אמנה מס' 29 ואינה מפירה אותה. האמנה מגדירה עבודה כפויה כ"כל עבודה או שירות אשר נתבעים או נגבים מאדם תוך איום בסנקציה עונשית ולא מרצונו החופשי", וקוראת למיגור מידי של עבודה כפויה, בכפוף לחריגים המפורטים שם.¹³⁹ דרישת "התנאים המקובלים" נובעת מן ההכרח להבטיח שהסכמתם של האסירים אינה הסכמה פורמלית גרידא, אלא הסכמה "כנה", שאותה קל יותר למשפט להניח כאשר תנאי העבודה הם תנאים מקובלים. על-פי תפיסה זו, על השכר להיות קרוב מאוד לשכר-המינימום הקבוע במדינה. קבלת הפרשנות המוסדית ממקמת את סעיף 48(ג) ואת הדרישה להסכמה ולעבודה בתנאים מקובלים במסגרת מושגית מקיפה ובהקשר היסטורי ברור: הצורך להימנע מניצול אסירים על-ידי גופים פרטיים. בכך הפרשנות המוסדית מתיישבת עם האמנה בדבר עבודת-כפייה של ארגון העבודה הבינלאומי.

חיזוק לתפיסה זו ניתן למצוא גם בפרשנות שנתנה לאחרונה הוועדה ליישום הצ'רטר החברתי האירופי¹⁴⁰ בהקשר של הזכות לעבוד. בשנת 2008 קבעה הוועדה במפורש כי העסקת אסירים על-ידי גופים פרטיים תיעשה אך ורק לאחר קבלת הסכמתם, ובתנאים הדומים ככל האפשר לתנאי השוק החופשי בעבודה מסוג זה.¹⁴¹ באופן דומה, בפסק-דין מן העת האחרונה, שבו נדחתה עתירה של אסיר שביקש להכיר בתקופת עבודתו לצורך קבלת פנסיה באוסטריה, מעיר בית-הדין האירופי לזכויות אדם כי כאשר משווים בין עבודה בשוק החופשי לבין עבודת אסירים, ייתכן בהחלט שעבודה בעבור גורם פרטי תיחשב דומה יותר לעבודה בשוק החופשי מאשר עבודה במסגרת המדינה.¹⁴²

כגון עבודת צעירים או עבודה במסגרת עבודות-שירות, חורגת ממסגרת דיונו. 136 ראו סקר כללי של ועדת המומחים בנוגע לעבודה כפויה, 2007, לעיל ה"ש 120, פס' 56-58, 111-109.

137 שם.

138 דוח ועדת המומחים, 1998, לעיל ה"ש 125, בעמ' 131, פס' 4 (בנוגע לבריטניה).

139 ס' 1 ו-2 לאמנה בדבר עבודת-כפייה, לעיל ה"ש 6.

140 תפקידה של הוועדה ליישום הצ'רטר החברתי האירופי (European Committee of Social Rights – ECSR) הוא לוודא שהארצות החברות אכן פועלות בהתאם להוראות הצ'רטר. *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, at 23, 141 (Sep. 1 2008), available at www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/DigestSept2008_en.pdf

142 *Stummer v. Austria* (App. No. 37452/02) 1, 25 (2011), [hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?#{"dmdocnumber":\["887944"\],"itemid":\["001-105575"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?#{) עם זאת,

לסיכום, אם נצא מנקודת המוצא של משפט העבודה הבין-לאומי כפי שהוא בא לידי ביטוי באמנה מס' 29, שעל-פיה יש הבדל מהותי בין עבודה בכפייה שרווחה מוצאים את דרכם אל כיסו הפרטי של בעל הון לבין עבודה בכפייה למען גורם ציבורי, נסיק כי יש להעדיף את הפרשנות המוסדת, שלפיה סעיף 48(ג) חל גם על מפעלי היזם שבין חומות הכלא.

3. היבטים השוואתיים

בחניה משווה של ההסדרים הנהוגים בעולם לגבי תעסוקת אסירים מגלה כי מדינות רבות מבחינות בין המגזרים הפרטי והציבורי בהקשרים הרלוונטיים למאמר זה, קרי, הסכמת האסירים לעבודה והתגמול לאסיר. התמונה העולה מרוב המדינות היא שההסדרים הקבועים בהן בנוגע לתעסוקת אסירים נחקקו לאור רציונל המבחין בין עבודה תחת מוסדות המדינה לבין עבודה תחת ידיים פרטיות, ותוך מודעות לנזקים הייחודיים שעלולים להיגרם מעבודה כפויה בעבור השוק הפרטי. מדובר הן בחשש מפני ניצול אסירים ככוח עבודה זול למטרות רווח והן בחשש מפני פגיעה בשוק החופשי על-ידי הפצת סחורות שהוצאות ייצורן נמוכות באופן משמעותי ומפני פגיעה נגזרת בעובדים שאינם אסירים. המצב הקיים במדינות רבות, שבו מוחלים על המגזר הפרטי ועל המגזר הציבורי הסדרים שונים בסוגיית התגמול ובסוגיית ההסכמה לעבוד מחזקת את הפרשנות המוסדת.

בארצות-הברית, ברמה הפדרלית, החוק הפדרלי מטיל מגבלות רבות על עבודת אסירים, בקובעו, בין היתר, כי העסקת אסירים תוכל להיעשות רק על-ידי מעסיק ציבורי ובתנאים קבועים מראש. אסירים הכלואים בתי-כלא פדרליים יכולים לעבוד בעבודות שת"מ במסגרת בית-הסוהר¹⁴³ או בעבודות ייצור בתוכנית של תעשיות בית-הסוהר הנקראת Federal Prison Industries (או בשמה המסחרי – UNICOR). תכליתה של התוכנית, שאושרה על-ידי הקונגרס בשנת 1934, היא לספק תעסוקה יצרנית לאסירים, תוך שמירה על כך שה"מעסיק" יהיה ציבורי – בית-הכלא עצמו. התוכנית שואפת לצמצם את הנזק שעלול להיגרם לשוק הפרטי על-ידי עבודה יצרנית כפויה של אסירים, מתוך הבנה כי אין להציף את השוק בסחורות שהוצאות ייצורן נמוכות באופן מלאכותי כזה. על-כן החוק אוסר מכירת סחורות

הכללים האירופיים בעניין (The European Prison Rules), אשר עודכנו בשנת 2006, קובעים כיום כי אין כמעט הבדל בין הדרישות בנוגע לעבודת אסירים הנעשית בשביל חברות פרטיות לבין הדרישות בנוגע לעבודת אסירים הנעשית במסגרת רשויות הכלא ובשבילן. מירב הכללים לעניין עבודה תחת רשויות הכלא ולעניין עבודה בעבור חברות פרטיות חופפים, בין היתר בנושאים של שכר, תנאים סוציאליים ותנאים רפואיים. נוסף על כך, הכללים מאפשרים העסקת של אסירים על-ידי חברות פרטיות הן בתוך בתי-הכלא והן מחוץ להם, כל עוד העבודה נעשית בשיתוף-פעולה עם רשויות הכלא. חוץ מדרישה זו, אין בכללים הגבלות נוספות לגבי העסקת אסירים בחברות פרטיות. Council of Europe, Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to the Member States on the European Prison Rules, art. 26, wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955747. Crime Control Act of 1990, Pub. L. No.101-647, Title XXIX, § 2905, 104 Stat. 4789 143 להגדרת שת"מ ראו לעיל ה"ש 22 והטקסט שליידה.

שיוצרו על-ידי אסירים לשוק הפרטי,¹⁴⁴ וקובע כי ההשתתפות בתוכנית מותנית בהסכמת האסיר.¹⁴⁵

ברמה המדינתית הוגמשו במידת-מה ההגבלות שהוטלו על מכירת סחורות לשוק הפרטי. כחלק מהמאמצים לעודד תעסוקת אסירים יוסדה התוכנית Prison Industry Enhancement Certification Program (PIECP), שבמסגרתה חברות פרטיות רשאיות להקים מפעלים בתוך בית-הסוהר. עם זאת, מאחר שמדובר בהעסקה פרטית, מוטלות על החברות הפרטיות מגבלות רבות, ביניהן החובה לקבל את הסכמת האסיר לעבודה והחובה לשלם שכר שלא יפחת מן השכר הרגיל המשולם בעבור העבודה שהאסיר עושה.¹⁴⁶ נוסף על כך, לפני מתן אישור לייסוד התוכנית בבית-סוהר מסוים חובה על הגורם המאשר להיוועץ עם ארגון העובדים המקומי הרלוונטי בענף, קרי, הארגון שעובדיו עלולים להיות מושפעים מהכנסת האסירים למעגל העבודה.¹⁴⁷

לסיכום המצב בארצות-הברית, נראה כי הרציונל המרכזי המתווה את התוכניות השונות של תעסוקת אסירים הנהוגות שם נסב סביב החששות הנלווים לשילוב אסירים בשוק העבודה הפרטי. מכאן שהמגבלות המיוחדות החלות על עבודת אסירים בשוק הפרטי אינן נעצרות בחומות בית-הכלא, אלא חלות גם על מפעלים פרטיים הממוקמים בשטחו. נוסף על כך, גם כאשר האסירים מועסקים בתעשיות בית-הסוהר, ננקטים צעדים למזעור הסכנות לשוק הפרטי.

באנגליה עבודת האסירים נחלקת לשני סוגים עיקריים: "עבודה" ו"עבודה אמיתית" ("real work"). העבודות ה"רגילות", הגם שהן נעשות לעיתים במסגרת מפעלים פרטיים, אינן יצרניות מעיקרן, ומיועדות בעיקר לשיקום האסירים.¹⁴⁸ "real work", לעומת זאת, היא עבודה שדומה יותר במאפייניה לעבודה יצרנית הנעשית בשוק הפרטי. היא נעשית בעבור מפעלים פרטיים הממוקמים בתוך שטח בית-הסוהר, ומסגרת השעות שלה דומה לזו

144 חוק "Ashurst-Sumners", אשר נחקק בשנת 1935, קובע כי "הובלת סחורות מתוצרת בית-הסוהר אל מדינה שאסרה את מכירתם" הינה פשע פדרלי. בשנת 1940 העביר הקונגרס תיקון לחוק "Ashurst-Sumners", אשר הפך מכירת מוצרים מתוצרת בית-הכלא לפשע ללא קשר לחוקי המדינה. The Ashurst-Sumners Act, Pub. L. No. 74-215, 49 Stat. 494 (1935), codified at 18 U.S.C. §§1761-1762.

145 *Inmate Training Process*, UNICOR www.unicor.gov/about/about_fpi_programs/inmate_transition/ipptrainingprocess.cfm ("Inmate participation is strictly voluntary"). עם זאת, השכר שהאסירים מקבלים בתוכנית אינו עומד על שכר-מינימום. אסירים העובדים במסגרת התוכנית מרוויחים בין 0.23 דולר לשעה ל-1.15 דולר, בעוד שכר-המינימום בארצות-הברית עומד על כ-7 דולר לשעה. ראו: United States Department of Labor, *Minimum Wage Laws in the States – January 1, 2013*, www.dol.gov/whd/minwage/america.htm

146 אמות-המידה של PIECP, לעיל ה"ש 56.

147 שם.

148 כך, לדוגמה, עבודה בקיפול מעטפות.

של משרה מלאה.¹⁴⁹ החוק האנגלי קובע כי בעבודה יצרנית, כמו גם בבתי הסוהר הפרטיים (שגם בהם עבודת האסירים היא בעבור השוק הפרטי), לא יפחת השכר המשולם לאסירים משכר המינימום במדינה.¹⁵⁰ מעבר לכך, נקבע מנגנון פיקוח מיוחד שתפקידו לוודא שאסירים העובדים במסגרות פרטיות יקבלו את השכר הרגיל המשולם באותן עבודות, ולא פחות מכך.¹⁵¹ עם זאת, בעבודה לא יצרנית האסירים אינם זכאים לשכר מינימום.¹⁵² קיימת חפיפה חלקית, אם כי לא מלאה, בין גישה זו, המבחינה בין עבודה יצרנית לבין עבודה לא יצרנית, לבין הפרשנות המוסרית.

ההסדר האנגלי נקבע אם כן, בדומה להסדר האמריקני, תוך מודעות למשמעויות של העסקת אסירים בשוק הפרטי וניסיון להתמודד עם החששות המרכזיים העולים בהקשר זה. בין שהמפעלים ממוקמים בין החומות או מחוץ להן, ככל שהעבודה שהאסירים עושים נושאת "מאפיינים פרטיים" – דהיינו, ככל שטמון בה פוטנציאל של רווח לידיים פרטיות – היא מחייבת תשלום שכר מינימום לאסירים. במסמך שהוציא לאחרונה משרד המשפטים האנגלי ניתן למצוא ביטוי לרציונלים אלה:

“All prisons, when looking at going into partnership with the private sector, must have regard to the aims that the activity is not unfair competition and jobs are not being moved from the community to prisoners.”¹⁵³

בהתאם, אסירים העובדים במפעלים פרטיים אך אינם זוכים בשכר מינימום בעבור עבודתם עובדים בעבודה שאינה יצרנית במהותה, ואשר מטרתה העיקרית אינה רווח למעביד, אלא שיקום האסירים. שר המשפטים האנגלי מקדם בימים אלה רפורמה בחוק האנגלי שבמסגרתה יוכלו כלל האסירים המעוניינים בכך לעבוד במשרה מלאה ולהרוויח שכר מינימום בעבור עבודתם. עם זאת, חלק מהשכר שיקבל האסיר ינוכה בעבור מימון המערכת של שירות בתי הסוהר.¹⁵⁴ בהקשר זה יצוין כי הד נוסף להבחנה בין השוק הפרטי לשוק ציבורי בכל הנוגע בעבודת אסירים ניתן למצוא בהסדר לגבי ההפחתות משכר האסיר.

Rory Geoghegan & Edward Boyd, *Inside Job: Creating a Market for Real Work in Prison* (Blair Gibbs ed., 2011), www.policyexchange.org.uk/images/publications/pdfs/Inside_Job.pdf

.Prisoners' Pay, 2000, PSO 4460, § 2.7.4 150

שם, ס' 2.7.9. 151

National Minimum Wage Act, 1998, c. 39, § 45; Prison Rules, 1999, S.I. 1999/728, § 31(6). בעוד שכר המינימום הקבוע באנגליה עומד על כ-5.80 ליש"ט לשעה, אסירים זוכים בכ-4 ליש"ט לשבוע בלבד. 152

Letter from the Ministry of Justice, FOI – 73664 (Dec. 2011), available at www.justice.gov.uk/downloads/information-access-rights/foi-disclosure-log/prison-probation/foi-73664.doc 153

Kirkup, לעיל ה"ש 60. 154

כך, נקבע כי ניתן לקזז ממשכורת האסיר רק כאשר מקור השכר הוא המדינה. כאשר מקור השכר הוא בגורם אחר, אי-אפשר לקזז ממשכורת האסיר, אולם ניתן להטיל עליה מס.¹⁵⁵ בקנדה עבודת האסירים הנעשית בתוך תחומי בית-הסוהר נחלקת לשניים: עבודות-חובה, קרי, עבודות במסגרת תוכנית המאסר אשר כל אסיר מחויב לקיימה; ועבודה במסגרת סוכנות CORCAN – סוכנות ממשלתית ואוטונומית שמשולבת בחלקה עם המגזר הפרטי, ואשר מטרתה המרכזית היא להביא לידי שיקום האסיר באמצעות הגברת המודעות לעבודה והקניית כישורי עבודה.¹⁵⁶ ההסדרים לגבי עבודה הנעשית במסגרת סוכנות CORCAN שונים מן ההסדרים לגבי עבודות-החובה, וכוללים את חובתה של הסוכנות להשיג את הסכמתו של האסיר לעבוד.¹⁵⁷ עסקים פרטיים המעסיקים אסירים בתוך תחומי בית-הסוהר נדרשים לשלם שכר בעבור עבודת האסירים. התשלום מועבר לבית-הסוהר, ושלטונות בית-הסוהר מעבירים חלק מן התשלום לאסירים.¹⁵⁸ במקרים שבהם האסירים העובדים במסגרת הסוכנות מייצרים מוצרים הנמכרים לחברות פרטיות, חברות אלה נדרשות לשלם בעבור הסחורה את מחיר השוק.¹⁵⁹ עם זאת, בכל הנוגע בשכר, אין הבדל בין השכר המשולם לאסירים הנוטלים חלק בעבודות במסגרת בית-הסוהר לבין אלה העובדים דרך סוכנות CORCAN.

המשפט הגרמני מאמץ אף הוא הבחנה חדה בין עבודת אסירים פרטית לבין עבודת אסירים ציבורית בכל הנוגע בסוגיית ההסכמה.¹⁶⁰ כך, אף שאסירים מורשעים חייבים לעבוד בתוך הכלא, העסקתם בעבודה בעבור המגזר הפרטי מותנית בקבלת הסכמתם לכך.¹⁶¹ למעט מספר מועט של אסירים בבתי-כלא פתוחים המורשים לצאת לעבודה פרטית מחוץ לכותלי הכלא, שבה הם זוכים בשכר הרגיל, השכר המשולם לאסירים זהה בשני המגזרים. שאלת גובהו של שכר זה נידונה בשנת 1998 בבית-המשפט החוקתי של גרמניה. המניע לדיון היה ניסיון של המחוקק הגרמני לבטל חקיקה קודמת משנת 1976 שקבעה כי על אסירים לקבל שכר המתקרב לשכר המשולם בשוק החופשי. בית-המשפט קבע כי בהתאם למשפט הבינלאומי, עבודה כפויה בבית-הסוהר היא בגדר חריג מוצדק רק ככל שהיא נועדה

155 Prisoners Earning Act, 1996, c. 33, §§ 1(2)–(3).

156 Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/1992-620, c. 105 (Can.)

157 MAURY GETKATE, INSIGHTS INTO INNOVATIVE CORRECTIONAL INDUSTRY: A CASE STUDY OF CORCAN AT WARKWORTH INSTITUTION (prepared for the Correctional Service of Canada (CSC), 1993), www.csc-scc.gc.ca/text/rsrch/reports/r32/r32e-eng.shtml

158 www.csc-scc.gc.ca/corcan/002005-0003-eng.shtml#c לשלם לאסירים סכומים נוספים על פעילות חיובית והישגים טובים בעבודתם. ראו: EVALUATION BRANCH, CSC, EVALUATION REPORT: CORRECTIONAL SERVICE OF CANADA'S EMPLOYMENT STRATEGY: INSTITUTIONAL COMPONENT (File no 394-2-74, 2008)

159 במרס 2011 אף פורסמה יוזמה של אסירים ליצור איגוד עובדים שידרוש הטבות והעלאת שכר, אך הנושא טרם הוכרע. Tiffany Crawford, *B.C. Prisoners Trying to Form Labour Union*, NATIONAL POST (Mar. 4, 2011), news.nationalpost.com/2011/03/04/b-c-prisoners-trying-to-form-labour-union/

160 LIORA LAZARUS, CONTRASTING PRISONERS' RIGHTS: A COMPARATIVE EXAMINATION OF GERMANY AND ENGLAND 88 (Oxford Monographs on Criminal Law and Justice, 2004)

161 ש.ם.

להעניק לאסירים כלים לניהול חיים נורמטיביים עם שחרורם. אולם בית־המשפט קבע כי רק עבודה המתגמלת באופן הולם את האסיר יכולה לסייע בשיקומו, ולפיכך פסק כי על המחוקק להעלות את התגמול הניתן לאסירים בעבור עבודתם.¹⁶² בתגובה על החלטה זו העביר הפרלמנט הפדרלי של גרמניה את התיקון החמישי לחוק בתי־הכלא (Prison Act), שנכנס לתוקף בשנת 2001.¹⁶³ החוק העלה את שכר האסירים ב־80%, וכן אפשר הטבות נוספות בעבור עבודת האסיר, כגון קיצור תקופת הכליאה או הקלה בתנאי המאסר. חוק זה הובא אף הוא לבחינתו של בית־המשפט, וזה קבע כי הוא עומד בתנאים חוקתיים מינימליים, אך קרא למחוקק להעלות עוד את שכרם של האסירים בעתיד.¹⁶⁴

לסיכום, מסקירה משווה קצרה זו עולה כי מדינות העולם מאמצות ככלל את ההבחנה בין עבודות ש"מ לבין עבודות הנעשות בעבור מפעלים פרטיים, ומכל מקום לאמת־המידה הפיזית־הגיאוגרפית שאימץ ההסדר הישראלי אי־אפשר למצוא מקבילה במדינה כלשהי.

4. היבטים חוקתיים

דומה כי אף במשפט החוקתי הישראלי קיבלה ההבחנה בין הפרטי לציבורי משנה תוקף בכל הנוגע באסירים בפסק־דין הפרטת בתי־הסוהר. בפסק־דין תקדימי זה קובעת הנשיאה ביניש, אשר כתבה את פסק־הדין המרכזי בעמדת הרוב, כי הפרטה של בתי־הסוהר תפגע באופן ממשי הן בכבוד האדם של האסירים והן בזכותם לחירות. על־פי גישתה, הפגיעה תיגרם "בשל עצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה ליד זכיי פרטי".¹⁶⁵ מכאן שאין להתיר את העברת סמכויות הכליאה לגופים פרטיים, וזאת ללא קשר לתנאי הכליאה העתידיים שבהם ישוה האסירים במסגרת הגוף הפרטי לעומת הציבורי, אלא אך בשל מיהות הגוף שיפעיל וינהל את בית־הסוהר, תוך הבחנה ברורה בהקשר זה בין תאגידים פרטיים לבין המדינה.

הנשיאה מעגנת עמדה זו בשני הסברים מרכזיים. לפי הראשון, על המדינה – כגוף שהטיל את עונש המאסר באמצעות מערכת המשפט – לשאת במלוא האחריות להוצאת העונש לפועל, שאם לא כן ייפגעו הן זכויות האדם של האסירים והן הלגיטימיות של העונש עצמו. ההסבר השני של הנשיאה מתמקד בהבדלים המהותיים שבין האינטרסים המנחים גופים פרטיים, ובראשם האינטרס העסקי־הכלכלי, לבין אלה העומדים לנגד עיניה

162 שם, בעמ' 108-110.

163 5. Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes [5. Act amending the Penal Execution Act], Dec. 27, 2000, BGBl. I at 2000, 2043.

164 LAZARUS, לעיל ה"ש 160, בעמ' 110-110. גם בית־המשפט בפולין דן בשאלת חוקיותו של השכר המשולם לאסירים, וקבע, בשנת 1997, כי משכורת האסירים אינה יכולה לרדת משכר־המינימום במשק. כיום אסירים בפולין אכן זוכים בשכר זהה לזה המשולם במשק. ראו: Barbara Stando-Kawecka, *Poland*, in IMPRISONMENT TODAY AND TOMORROW: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON PRISONERS' RIGHTS AND PRISON CONDITIONS 508, 530-531 (Dirk Van Zyl Smit & Frieder Dunkel eds., 1991). עם זאת, ניתן לנכות משכר זה סכומים לצרכים שונים (שם, בעמ' 471-473). הסדר דומה קיים כיום גם באוסטריה (שם).

165 בג"ץ הפרטת בתי־הסוהר, לעיל ה"ש 4, פס' 18 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש (ההרגשה הוספה).

של המדינה בהפעילה את בתי־הסוהר הממשלתיים. חשיפת האסיר להיבטים שונים של מערכת האינטרסים של גופים פרטיים הינה כשלעצמה פגיעה קשה בחירותו של האסיר. מעבר לפגיעה בחירות האישית, קובעת הנשיאה ביניש, חשיפה כזו פוגעת גם בכבוד האדם של האסירים. כליאת אסירים בבית־סוהר בניהול פרטי מביאה לידי כך שהתכלית הציבורית המובהקת של המאסר משולבת ברצון התאגיד למקסם את רווחיו. במצב זה יש חשש טבוע ומובנה שהאסירים ייהפכו לאמצעי להפקת רווחים כספיים על־ידי התאגיד. עצם קיום מוסד של "בית־סוהר למטרות רווח" מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני־אדם. אין מדובר בפגיעה סובייקטיבית באותם אסירים, אלא בפגיעה אובייקטיבית בזכותם החוקתית לכבוד האדם.¹⁶⁶

אומנם, הנשיאה אינה דנה במפורש בעבודת אסירים. עיקר דיונה הוא באותן סמכויות שהיא מסווגת כפוגעניות במיוחד, דוגמת אלה הקשורות לשמירה על הסדר הטוב, על המשמעת ועל בטחון הציבור בבית־הסוהר, ואלה הנוגעות במניעת בריחתם של אסירים ממשמורת. עם זאת, בעמדה כי מיהות הגוף כשלעצמה עשויה להוות שיקול מכריע בהחלטה אם ראוי להפקיד את גורל האסירים בידי אותו גוף טמון חידוש, המדגיש את חשיבות ההבחנה בין הפרטי לציבורי בהקשר של מאסר. השופטת נאור, בהתייחסות הישירה היחידה בפסק־הדין לעבודת אסירים, מבהירה כי להבחנה זו יש נפקות אף בהקשר זה. כך, היא עומדת על הניגוד שבין פעילות כלכלית לבין פעילות שיקומית, ועל חשיבות מיהותו של הגוף המעסיק. על־פי תפיסתה, עבודה למען גופים כלכליים הופכת את האסיר ל"אמצעי להפקת רווחים" באופן המקים פגיעה בכבוד האדם.¹⁶⁷ בהתייחסה לפרשת שדות, קובעת השופטת נאור:

"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'... 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, 837ג (השופט זמיר))?¹⁶⁸"

הפגיעה בכבוד האדם הנקשרת לעבודות של אסירים אצל הזכיין הפרטי המנהל את בית־הסוהר מעלה לכל־הפחות סיבה טובה לבחון אם אין פגיעה דומה במקרה של עבודות הנעשות בעבור חברות פרטיות, וזאת אף כאשר העבודות נעשות בין חומות הכלא.

166 יוער כי למרות הסכמתה של הנשיאה כי הפעלת בית־סוהר על־ידי גורם פרטי, המונע על־ידי שיקולי רווח, מעלה חשש "לפגיעה פוטנציאלית 'מהותית, רבת־משקל ומתמשכת' בליבת זכויות היסוד של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי", מדובר בפגיעה פוטנציאלית בלבד, אשר ככלל אין בה כדי להביא לידי ביטול חקיקה ראשית של הכנסת. שם, פס' 67 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש.

167 שם, פס' 18 לפסק־דינה של השופטת נאור.

168 שם, פס' 17 לפסק־דינה של השופטת נאור.

לסיכום פרק זה, בחינת ההיסטוריה שהשפיעה הן על עמדת המשפט הבין-לאומי והן על ההסדרים שנחקקו במדינות השונות מבהירה מדוע עבודת אסירים במגזר הפרטי טומנת בחובה פוטנציאל פוגעני הן מבחינת האסירים והן מבחינת העובדים בשוק החופשי. שיקולים אלה אינם באים לידי ביטוי בפרשנות הקיימת. היה ראוי לפרש את סעיף 48(ג) לחוק העונשין באופן שיבטא הפרדה בין עבודה תחת מוסדות המדינה לבין עבודה במסגרת השוק הפרטי. הבחירה בפרשנות הפיזית-הגיאוגרפית ועיגונה של פרשנות זו בהצעת החוק הנוכחית אינם עולים בקנה אחד עם הרקע ההיסטורי והעולמי בהקשר של עבודת אסירים. מעבר לכך, דומה כי גם עמדתו של בית-המשפט העליון, כפי שהובעה לאחרונה, מעידה על הפנמה של רציונל המבחין בין עבודה פרטית לבין עבודה ציבורית, ובמונחים מסוימים הצעת החוק הנוכחית אינה מתיישבת עם עמדה זו.

ג. ההשלכות של אימוץ הפרשנות המוסדית

האם קבלת הטיעונים המרכזיים במאמר זה מחייבת את המסקנה כי נסתם הגולל על האפשרות לערב גופים פרטיים במסגרת תעסוקת אסירים בבתי-הסוהר? בהחלט לא. העסקת האסירים על-ידי גופים פרטיים יכולה להימשך גם אם מאמצים את הפירוש המוסדי, אולם לאימוצו של הפירוש המוסדי עשויות להיות השלכות מגוונות, החל בהשלכות צנועות יחסית ועד להשלכות מרחיקות-לכת. ראשית, קבלת פרשנות כזו לסעיף 48(ג), שעל-פיה כל עבודה בעבור גופים פרטיים תוכל להיעשות רק בהסכמה ובתנאים מקובלים, תחייב לכל-הפחות הכנסת שינויים בהצעת החוק, על-מנת להתאימה לחוק הפלילי.¹⁶⁹ היקף השינוי שראוי לערוך בהצעת החוק ייגזר מהפירוש שיינתן למונחים "הסכמה" ו"תנאים מקובלים" בסעיף 48(ג). כך, ככל שהמונח "הסכמה" יובן באופן מהותי יותר ופורמלי פחות, כפי שיתואר להלן, כן ראוי שפרשנות זו תשתקף גם בהצעת החוק. נוסף על כך, הצעת החוק עשויה לאמץ פרשנות רחבה להסכמה, עד כדי כך שהיא תוסיף אף את הדרישה ל"תנאים מקובלים" – דרישה אשר מופיעה כיום בהצעת החוק רק ביחס לעבודת אסירים במסגרת שיקום פרטי.

לעניין ההסכמה, השינוי המינימלי המתחייב נוגע בהיקף ההסכמה ה"פורמלית" הנדרשת כיום בהצעת החוק, קרי, חתימה של האסיר המאשרת את ההסכמה. בהקשר זה יש לערוך לכל-הפחות שינוי בנוסחו של סעיף 27(ב), כך שדרישת ההסכמה הפורמלית תתבקש בכל העסקה "מחוץ למוסדות המדינה", או בניסוח ישיר יותר – "על ידי גופים פרטיים". זאת, במקום הניסוח הקיים בהצעת החוק, הדרוש ההסכמה בכתב לכל עבודה "מחוץ לכותלי בית הסוהר".

אולם ההשלכות של שינוי כזה עשויות להיות רחבות יותר, ואף ראוי שכך יהיו (אם כי אין הדבר מחויב-המצויאות). כך, למשל, על-פי המשפט הבין-לאומי יש לשאוף לקבלת הסכמה "כנה", ולא להסתפק בהסכמה פורמלית גרידא. לשם כך יש לוודא ככל האפשר

169 ניתן אולי לטעון כי עצם קבלתה של הפרשנות המוסדית אינה מחייבת את תיקון הצעת החוק, אלא מבהירה כי דווקא ס' 48(ג) הוא הדרוש תיקון. אולם דומה כי הדיון במאמר בכללותו, על כלל הרציונלים להבחנה בין הפרטי והציבורי בהקשר זה, שולל מהלך כאמור.

שההסכמה לעבודה אינה ניתנת אך מפאת חששו של האסיר מפני עונש או סנקציות אחרות שיוטלו עליו בגין אי-הסכמה. על הבעיה בהסתפקות בהסכמה סובייקטיבית בלבד לעניין עבודה כפויה עמדו גם חברי-הכנסת בדיון לתיקון סעיף 376 לחוק העונשין,¹⁷⁰ האוסר עבודת-כפייה, שבמסגרתו דנו בסכנה של תופעת "העבד השמח", קרי, מצב שבו ניתנת הסכמה סובייקטיבית לתנאי עבודה שאינם יכולים לעמוד במבחן אובייקטיבי חיצוני.¹⁷¹ בהקשר של אוכלוסיית האסירים – שהינה אוכלוסייה מוחלשת בדרך-כלל, הנמצאת במסגרת השולטת בכל סדר-יומה ובכל היבט בחיי היומיום שלה – סכנה זו ברורה. עם זאת, יש לצאת מנקודת-הנחה שהאסירים יכולים עקרונית להעניק הסכמה שתהיה משמעותית וכנה, אף במצבם זה שבו בחירותיהם מוגבלות מאוד, אם רק יתקיימו כמה תנאים אובייקטיביים. כך, על-מנת לאפשר הסכמה כנה, יש לוודא שיבוטלו הסנקציות המוטלות כיום בגין אי-הסכמה לעבוד, וכן לסכל היווצרותן של סנקציות אחרות, ובכלל זה סנקציות לא-פורמליות, כגון שלילת הזכאות להכשרה מקצועית או מניעת פעילויות אחרות שניתן לקיים באותו זמן. רכיב זה של שלילת סנקציות בגין אי-הסכמה לעבוד הינו רכיב מהותי בהגדרת ההסכמה על-פי ארגון העבודה הבין-לאומי.¹⁷²

רכיב מהותי נוסף המתחייב מדרישת ההסכמה ה"כנה" הוא רכיב "התנאים המקובלים", ובפרט נושא התגמול או השכר של האסירים העובדים. בפסק-דין שדות כבר נקבע כי המונח "תנאים מקובלים" כולל גם את נושא השכר, ולא רק תנאים נלווים.¹⁷³ בהנחה שאנו מזהים תנאים מקובלים עם חקיקת-המגן, המציבה רף תחתון של תנאי עבודה במשפט העבודה, המונח "תנאים מקובלים" בהקשר של שכר יחייב ששכר האסירים יהיה זהה או קרוב מאוד לשכר-המינימום הקבוע בחוק. שכר כזה יקיים באופן מלא את רכיב השכר באותו מכלול דרישות של תנאים מקובלים המשמש אינדיקציה חזקה לכך שההסכמה הניתנת לעבודה היא אכן "הסכמה כנה". זאת, משום שככל שתנאי העבודה בבית-הסוהר יהיו דומים יותר לתנאי העבודה בשוק החופשי, ובכלל זה הדרישה לשכר-מינימום, יהיה קל יותר להניח כי האסיר אכן מוכן באמת ובתמים לעבוד בתנאים אלה.

את העמדה שלפיה עבודה בתנאים מקובלים היא חיונית על-מנת לקיים במלואו את יסוד ה"הסכמה" בעבודה במגזר הפרטי ניתן ללמוד הן מן המשפט הבין-לאומי, כפי שהובא לעיל, והן בהיקש מסעיף 48(ג). נוסף על כך נראה כי ניתן להגיע לתוצאה דומה על-ידי בחינה פילוסופית מעמיקה של מהות המונחים "הסכמה" ו"כפייה" בהקשר של עבודה. התמודדות ממצה עם סוגיה זו חורגת ממסגרת מאמר זה, שכן היא מחייבת התייחסות מקיפה

170 ס' 91(9) לחוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ז-2006, ס"ח 2 (תיקון עקיף לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

171 במסגרת הדיונים שנערכו בכנסת בהקשר של ס' 376 הוחלט להוריד את המילים "שלא מרצונו" שהופיעו בנוסחו המקורי של הסעיף, בין היתר בשל הקושי להעריך הסכמה. הדיון נסב על השאלה מה קורה כאשר יום בילוי אחד מדי פעם מספיק על-מנת להניע אדם להסכים לעבודת-כפייה. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 41 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 44-45 (1.8.2006).

172 להרחבה ראו מילמן-סיון, לעיל ה"ש 128.

173 ראו את הדיון הקצר שעורך בעניין זה השופט זמיר בפסק-דין שדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 843, שבסופו הוא מניח לצורך הדיון כי השכר אכן נכלל ב"תנאי עבודה מקובלים".

לשאלות רבות, כגון: האם ניתן להציע לאסיר עבודה במגזר הפרטי בתנאים הגרועים במידה משמעותית מאלה המקובלים בעבודה זו בשוק החופשי? האם הצעה כזו, שאינה חוקית מחוץ לתחומי בית-הכלא, נהפכת לחוקית ולסבירה בהתקיים עובדת המאסר? אם כן, מדוע? האם ניתן להתעלם מן העובדה שלאסיר אין אפשרות אלא לקבל הצעה זו או לוותר על עבודה כליל? כלומר, האין משמעות לעובדה שהאסיר אינו יכול למצוא עבודה אחרת או לעשות כל דבר אחר חוץ מעבודה? קצרה היריעה מלתת מענה הולם לשאלות אלה, ולפיכך אציג כאן בקווים כלליים בלבד מתווה אפשרי לדיון עתידי בנושא.

מבחינה פילוסופית, התפיסה המרכזית המגדירה כפייה מבחינה בין איומים, הנחשבים כופים, לבין הצעות, שאינן מוגדרות ככופות. על-פי נוזיק, ההבחנה בין הצעה לבין איום אינה נשענת אך על השאלה אם מצבו של אדם עשוי להשתפר או להידרדר אם יקבל את ההצעה או יסרב לה, אלא גם על ניתוח נורמטיבי ערכי הבוחן את קיומן של זכויות, קרי, אם הפנייה (בהצעה/איום) נעשית על רקע הפרת זכויות חוקיות של האדם שאליו היא מופנית. אם הפנייה כוללת הפרה של זכות קודמת של אותו אדם, אזי אין מדובר בהצעה, אלא באיום.¹⁷⁴ ניתוח המקרה של עבודת אסירים על-פי נוזיק תלוי בשאלה אם הצדדים פועלים על-פי זכויותיהם, והקושי הוא זיהוי הזכויות הרלוונטיות. ניתוח אפשרי אחד יכול לצאת מנקודת המוצא של השופט חשין בפסק-דין שדות, שלפיה האסיר, בהיכנסו אל בין חומות הכלא, אינו מוותר אלא על זכות התנועה, ולא על כל זכות אחרת.¹⁷⁵ מכאן שכל הפרה של זכות מחוץ לחומות היא לכאורה גם הפרה של זכות בתוכה, ולאסיר יש זכות שלא תוצע לו עבודה שאינה חוקית מחוץ לחומות, קרי, בתנאים הגרועים במידה משמעותית מן המינימום הקבוע בחוק. נקודת הפתיחה כאן היא שלכל אדם העובד בתנאים דמויי-שוק (עצם העבודה בעבור גורם פרטי) יש זכות לתנאי-סף. עם זאת, ניתן גם לומר אולי שמבחן הזכות המוקדמת אינו מסייע במקרה זה, שכן נקודת הפתיחה צריכה להיות זכויות האסיר מרגע מאסרו, והשאלה אם יש לו זכות לתנאים מוקדמים היא-היא השאלה העומדת לדיון. מבחן אפשרי אחר הוא אם בבחירתו של פלוני לקבל הצעה/איום של פונה נפגעת האוטונומיה שלו.¹⁷⁶ ניתן להבחין בין שתי דרכים של פגיעה באוטונומיה: לפי גישתו של קנט, האוטונומיה של פלוני נפגעת כאשר מטרתו של הפונה היא להגיע לתוצאה מסוימת, והוא מנסה לממשה תוך שהוא מזלזל בכושרו הרציונלי של פלוני ולכן נוקט פעולות חריגות המפרות את זכויותיו ופוגעות בכבודו. לפי גישתו של יוסף רז, האוטונומיה של פלוני נפגעת כאשר אין לו יכולת מלאה לבחור חלופה מתוך מערך של אפשרויות סבירות. כלומר, לפי

174 נוזיק משתמש בדוגמה המפורסמת של אדם הנהוג להרכיב לעברו מדי יום ביומו, ואז מציע לו שהוא יפסיק להרכיב לו בתמורה לפעולה לא-נעימה שיהא עליו לעשות. מנקודת-ראותו של העבר, פנייה זו יכולה להיחשב הצעה (שכן היא מבטיחה שיפור במצבו). אולם נוזיק טוען כי סיווג המבחין בין הצעה לבין כפייה גם על בסיס ניתוח נורמטיבי ערכי, הבוחן את קיומן של זכויות, יוביל למסקנה כי מדובר באיום. זאת, מכיוון שלעבר יש זכות קודמת שלא ירביצו לו. Robert Nozick, *Coercion, in Philosophy, Science, and Method* 440, 447 (Sidney Morgenbesser, Patrick Suppes & Morton White eds., 1969).

175 בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 856.

176 כדוגמה אחת לדיון בנושא זה ראו משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15, 19 (2003).

גישה זו, כפייה מתרחשת בנסיבות שבהן על אדם לבחור מתוך אפשרויות שאינן סבירות. גם יישום מבחנים אלה בהקשר של עבודת אסירים אינו מוביל בהכרח לתוצאות חד-משמעיות, אם כי דומה שהמבחן השני תומך בעמדה שהעדרם של תנאים מקובלים מהווה כפייה, בעוד המבחן הראשון הוא חד-משמעי פחות.

גישתו של אלן ורטהיימר עשויה אף היא לתמוך בעמדה שעבודת אסירים לא בתנאים מקובלים אינה מגיעה לכדי כפייה. על-פי ורטהיימר, עיקר ההבדל בין הצעות לאיומים הוא שבאיום יש הבטחה להפוך את מצבו של אדם לגרוע יותר (בהשוואה לנקודת פתיחה מסוימת – baseline) במקרה של סירוב לפנייה, בעוד בהצעה יש הבטחה להפוך את מצבו לטוב יותר (בהשוואה לאותה נקודה) במקרה של היענות לפנייה. אם אדם מסרב לפנייה ומצבו אינו גרוע יותר בהשוואה לנקודת הפתיחה שלו, כִּי־אז מדובר בהצעה, ולא באיום.¹⁷⁷ על-פי הגדרה זו, המצב המשפטי הקיים כיום בישראל אכן מהווה כפייה, אך די לכאורה באיון החובה לעבוד, כחתימה על הסכמה פורמלית לעבוד ובביטול הסנקציות המוטלות כיום על אסירים המסרבים לעבוד על-מנת לצאת מגדרי הכפייה, גם אם תנאי העבודה אינם "תנאים מקובלים". זאת, משום שבנסיבות אלה היענות להצעה לעבוד מבטיחה שיפור של מצב האסיר, ואילו סירוב לה אינו מרע אותו. עם זאת, גם כאן ניתן אולי לערער על הגדרת נקודת הפתיחה (baseline) של האסיר, כפי שנעשה בדיון לעיל. כאמור, הדיון כאן אינו אלא ראשיתו של דיון מקיף שראוי שיערך ברצינות אם תתקבל טענתי באשר לפרשנות המוסדית כנקודת מוצא להסדר הראוי לגבי עבודת אסירים.

האם קבלת העמדה המוצעת במאמר זה מובילה בהכרח להחלתם של יחסי עובד-מעביד על כלל ההעסקה במגזר הפרטי (שיקום-חוץ קבוצתי ומפעלי יזם), בדומה לאופן שבו הוסדרה סוגיית השיקום הפרטני בהצעת החוק? תוצאה זו אפשרית, אך אינה מחויבת-המצאיאות. אפשר בהחלט לתמוך בעמדה הקובעת כי רק השיקום הפרטני מתאים להחלת מסגרת של יחסי עובד-מעביד, ואילו העבודה במפעלי היזם ובשיקום הקבוצתי תיעשה אומנם בהסכמה ובתנאים מקובלים אך לא בהכרח בתנאים זהים לתנאי השיקום הפרטני. עמדה זו ניתן לעגן, למשל, ברמת הפיקוח הנמוכה יותר המתקיימת בשיקום הפרטני, בחופש הרב יותר הקיים במסגרתו בנוגע לבחירת סוג העבודה ובגורמים נוספים כיוצא באלה. עם זאת, גם לפי עמדה כזו, רמת התגמול בכל מסגרות ההעסקה במגזר הפרטי אינה יכולה ליפול משכר-המינימום או מרמה קרובה מאוד אליו.

כך או כך, החלתה של הפרשנות המוסדית עשויה לשנות באופן מהותי את תחשיבי הכדאיות הכלכלית של הפעלת מפעלי היזם והשיקום הקבוצתי. אכן, שיקול הכדאיות הכלכלית, יש להניח, יעמוד במרכז ההתנגדות לתזה המוצעת במאמר זה. כך, ניתן לטעון כי דווקא גישה המכירה בערכה של העבודה ובחשיבותה לאדם תתמוך בעמדה שאין לחייב מעסיקים פרטיים להעסיק אסירים בתנאי עבודה הדומים מאוד לתנאי השוק, שכן אז יצטמצמו מאוד ההיצע והמגוון של העבודות שיוצעו לאסירים.¹⁷⁸ אכן, מחקרים בעולם וכן סקרים שנערכו באו"ם מראים כי בעיה מרכזית בעולם בנושא של עבודת אסירים היא

177 ALAN WERTHEIMER, COERCION (1987)

178 זו הטענה המרכזית גם בבג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1. עוד ניתן לתהות אם העסקה במסגרת של תעשיות שב"ס ומוסדות מדינה אחרים בלבד יכולה לספק היקף תעסוקה מספיק לכלל

העדרן של אפשרויות תעסוקה בעלות ערך שיקומי לאסירים (למשל, כאלה המאפשרות לאסיר ללמוד מקצוע חדש), ולעיתים אף העדרה של עבודה כלשהי.¹⁷⁹ האפשרות לעבוד היא מרכזית בחייהם של אסירים רבים, כפי שקבעה השופטת ביניש בבג"ץ שדות: "האפשרות הניתנת לאסיר לעבוד בכלא היא בעיני לא רק חובה המוטלת עליו, אלא יש בה גם כדי לתת ביטוי לכבודו כאדם, שכן נועדה היא, בין היתר, למנוע הבאתו לידי השפלה, ניוון או ניוול כתוצאה מהבטלה בתנאי הכליאה."¹⁸⁰ על-פי טיעון זה, מכיוון שללא מעורבות של גופים פרטיים אין אפשרות לספק עבודה מתאימה לכל האסירים המעוניינים בכך, יש לתת עדיפות לצורך לתמרץ גופים אלה, ולא להרתיעם. ראינו כי שירות בתי-הסוהר משקיע מאמצים רבים בניסיון לשכנע גופים פרטיים להתקשר עם אסירים, אם במסגרת יזמות פרטית ואם במסגרת קבלנית. חיובם של גופים אלה לשלם שכר-מינימום עלול, כך ניתן לטעון, לחבל בנסיונות אלה. מכאן, על-פי הטענה, שקבלת התזה המרכזית במאמר זה לא תיטיב עם האסירים; אדרבה, היא תחתור תחת הפתרון לאחת הבעיות המרכזיות של אסירים ברחבי העולם.¹⁸¹

מאידך גיסא, ראינו כי ניתן להמשיך לשלב גופים פרטיים בעבודת אסירים, בתנאי שהעסקה זו נעשית בהסכמה. מכיוון שמספר האסירים המעוניינים לעבוד עולה על כמות העבודה המוצעת, סביר להניח כי לא תתעורר בעיה להשיג את הסכמתם הפורמלית של האסירים לעבודה. עם זאת, כדי לוודא שהסכמה זו כנה, יש למצער להסיר את החובה המוטלת כיום בחוק על אסירים לעבוד. אם יתקבל השינוי, יש לוודא שסירוב לעבודה לא יגרור אחריו שום סנקציה. שינוי זה יחייב התאמות מסוימות בחקיקה ובפרקטיקה – למשל, בכל הנוגע בהערכה הנלווית להליך השחרור המוקדם של אסיר, המערבת כיום שיקולים של סרבנות עבודה. בהקשר זה הניסיון בעולם מראה כי אין זה בלתי-אפשרי לבטל את חובת העבודה של אסירים.¹⁸² לכן נראה כי הקושי המרכזי יהיה נעוץ בדרישה האובייקטיבית הנוספת האפשרית לוודאו הסכמה "כנה" של אסירים לעבודה, קרי, בדרישה לשיפור תנאי העבודה ושכרם של האסירים. לא ברור באיזו מידה תפגע העלאת שכרם של האסירים בכוננותו של המגזר הפרטי להעסיקם, אולם יש להניח כי פגיעה כזו אכן עלולה להתרחש. עם זאת, סבורתני כי הפתרון לבעיה זו אינו הורדת שכרם של האסירים, כשם שהתשובה לאבטלה אינה יכולה להיות מתן אפשרות למעסיקים להתעלם מחוק שכר-מינימום. זאת,

האסירים. זו אכן שאלה חשובה, וייתכן שיש מקום לקיים דיון בה. אולם נראה כי צמצום היקף ההעסקה הפרטית לא יגרום בעיה קשה, ולפיכך במידת הצורך יהיה אפשר לפעול בכיוון זה. Ferenc Nagy, *Hungary, in IMPRISONMENT TODAY AND TOMORROW: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON PRISONERS' RIGHTS AND PRISON CONDITIONS* 335, 344-345 (Dirk Van Zyl Smit & Frieder Dunkel eds., 1991). לגבי המצב בגרמניה, למשל, ראו דוח ועדת המומחים, 2009, לעיל ה"ש 124, בעמ' 214-215.

180 בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 863.

181 יוער כי ניתן אף לאמץ חלקית הסדרים לניכוי חלק מהשכר, באופן שימקסם את יכולות השיקום של האסירים. נזכור עוד כי את חישוב העלות יש לעשות בצורה רחבה, המפנימה את העלויות החברתיות הכוללות של שכר נמוך לאסירים, כולל הפגיעה האפשרית בשוק החופשי וכן הפגיעה האפשרית בשיקומם.

182 ראו פירוט לעיל בתת-פרק 3.

במיוחד אם ישכיל המשפט הישראלי לשנות את התפיסה הכוללת לגבי הסוגיה של עבודת אסירים, ולבוחנה באספקלריה של זכויות-יסוד, קרי, תוך ניסיון להימנע ממצב שבו עבודת אסירים במגזר הפרטי תסוג כפוגעת בזכותו של כל אדם להיות חופשי מעבודה כפויה. קבלת עמדה זו מובילה בהכרח למסקנה כי מכיוון שמעצם מהותן של זכויות אי-אפשר להמירן בכסף, אין להתיר המשך פגיעה כזו.¹⁸³ אכן, ברוח זו קבע השופט חשין, בדעת מיעוט בפסק-דין שדות, כי אם יהיו הפרשים בין התשלום המינימלי שניתן לדרוש מגופים פרטיים לבין שכר-המינימום, מן הדין שחובת התשלום של הפרשים אלה תוטל על המדינה. זאת, מאחר שעל החברה למנוע פגיעה בזכויות-יסוד בסיסיות, גם אם זכויות אלה כרוכות בעלות כלכלית.¹⁸⁴ אין לי אלא להצטרף לדברים אלה.

ד. שינוי פרדיגמת הדין – עבודת אסירים במגזר הפרטי כעבודה כפויה

הזכות להיות חופשי מעבודה כפויה היא אחת מארבע זכויות-יסוד של עובדים בעולם, כפי שנקבעו בהכרזת ארגון העבודה הבינ-לאומי משנת 1998, יחד עם זכותם של ילדים להיות חופשיים מעבודה, הזכות להתארגנות והזכות לשוויון. זכות זו קובעת את זכותו של אדם להתקשר בחוזה עבודה מתוך אוטונומיה של הרצון החופשי.¹⁸⁵ תפיסה זו מעוגנת בעיקרון הרחב יותר שלפיו לכל אדם צריכה להיות הזכות, בגבולות מסוימים, לשלוט באופן שבו הוא חי ומנהל את חייו.¹⁸⁶ מרכזיותה של זכות זו מובנת לנוכח מרכזיותה של העבודה בחיינו כיום. עבודה היא תנאי מקדמי לגישה אל רוב הטובין ברוב החברות המודרניות.¹⁸⁷ כמוכך, היא אחד המקורות המרכזיים, אם לא המרכזי ביותר, לבניית זהותנו ולהבניית האופן

183 עוד נקבע כי התגמול אינו חייב להיות כספי, ויכול שיבוא לידי ביטוי בקיצור זמן הכליאה. יש כאן אומנם פתח למניפולציה על-ידי השלטונות, אך ניתן לראות בכך דרך יצירתית לייצר עבודה. כך קבע גם בית-המשפט החוקתי בגרמניה. ראו: Christine Weis, *German Democratic Republic*, in *IMPRISONMENT TODAY AND TOMORROW: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON PRISONERS' RIGHTS AND PRISON CONDITIONS* 290, 297 (Dirk Van Zyl Smit & Frieder Dunkel eds., 1991).

184 בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 862. את דבריו המדויקים של השופט חשין בהקשר זה ראו לעיל ליד ה"ש 55. ביטוי מוכר יותר לעמדה זו ניתן למצוא בדבריה של השופטת טובה שטרסברג-כהן בפרשת מילר: "חברה המכבדת את ערכי היסוד שלה ואת זכויות היסוד של חבריה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר על-מנת שערך השוויון לא יעמוד ככלי ריק מתוכן, אלא יקבל ביטוי ויישום הלכה למעשה." ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 122 (1995).

185 אמנה ברבר עבודת-כפייה, לעיל ה"ש 6.

186 Richard L. Lippke, *Prison Labor: Its Control, Facilitation, and Terms*, 17 L. & PHIL. 533, 536 (1998).

187 שם, בעמ' 535.

שבו אחרים תופסים אותנו.¹⁸⁸ זכות זו היא זכות מרכזית גם במשפט העברי.¹⁸⁹ מדובר בזכות-יסוד אשר נידונה בהקשרים שונים,¹⁹⁰ אולם היא טרם נידונה בהקשר של עבודת אסירים. התוצאה מרחיקת-הלכת ביותר שעשויה להיגזר מקבלת העמדה המוצעת במאמר זה היא שינוי השיח המשפטי בכל הנוגע בעבודה הנעשית על-ידי אנשים שאינם חופשיים, והפנמתו של שיח חדש המעוגן בזכות להיות חופשי מעבודה כפויה. בפסק-דין שדות לא הוזכרה כלל הזכות להיות חופשי מעבודה כפויה. נקודת המוצא של הדיון בפסק-דין שדות הייתה ששאלת זכאותו של אסיר לקבל שכר-מינימום תיבחן מתוך תכליתו של חוק שכר-מינימום. הפרדיגמה המוצעת כאן מציבה את השאלה באופן אחר: האם האסיר זכאי לא לאבד את זכותו להיות חופשי מעבודה כפויה כאשר הוא נכנס אל בין חומות הכלא, ואם כן – באילו תנאים? תפיסה כזו מתיישבת עם העדפתו של השופט חשין בפסק-דין שדות לבחון את סוגיית תגמוליהם של האסירים מנקודת-מבט חוקתית, ולא במשקפי המשפט המנהלי.

קבלת הפרשנות המוסדית תאפשר להימנע מפגיעה בזכות להיות חופשי מעבודה כפויה על-ידי הקפדה על שני התנאים המנויים בסעיף 48(ג) – עבודה בהסכמה ובתנאים מקובלים – בכל עבודה המערבת את המגזר הפרטי. דרישת התנאים המקובלים בהקשר זה נועדה להגן לא רק על העובדים המתחרים באסירים בשוק החופשי, אלא גם על זכויותיהם של האסירים עצמם. היא מבטיחה כי הסכמתם של האסירים אינה הסכמה פורמלית גרידא, כלומר, היא מהווה גורם נוסף המבטיח כי מדובר בהסכמה "כנה".

188 דיון ממצה במשמעותה של העבודה אינו אפשרי, כמובן, במסגרת מצומצמת זו. העבודה עשויה להיחשב חלק מאיתנו ומאישיותנו במובנים רבים. דוגמה לדיון אקדמי בהיר ומעניין בנושא זה ניתן למצוא בספרה הקלסי של רדין: MARGARET J. RADIN, *CONTESTED COMMODITIES* (1996) 107–110. במסגרת המשפטית של דיני עבודה השוועם תפיסתה הרחבה של השופטת אלישבע ברק לגבי מהות העבודה וחשיבותה לאדם, בפסק-דין תב"ע (אזורי י-ם) נד/289-3 פרט נ' פרקש, 13-11 (פורסם בנבו, 9.1.1996).

189 גם דיני עבד העבריים, אשר מתירים עבודה כפויה, משקפים את עקרונות-היסוד של כבוד האדם בתפיסה היהודית. בתלמוד ובפרשנותו של הרמב"ם ניתנת לעבד הגנה רחבה הן בהקשר של תנאי עבודתו והן מבחינת יכולת ההחזקה בו. על-פי המשפט העברי, מוטלת על האדון החובה להשוות את תנאי מחייתו של העבד לאלה של אדונו. כך לומד הרמב"ם מן המקרא: "כל עבד עברי... חייב האדון להשוותן אליו במאכל ובמשקה בכסות ובמדור, שנאמר: 'כי טוב לו עמך' – שלא תהיה אתה אוכל פת נקיה, והוא אוכל פת קיבר [=שחורה, רעה]. אתה שותה יין ישן, והוא שותה יין חדש. אתה ישן על גבי מוכין [=מצע רך], והוא ישן על גבי התבן. אתה דר בכרך, והוא דר בכפר, או אתה בכפר והוא בכרך... מכאן אמרו: כל הקונה עבד עברי, כקונה אדון לעצמו. וחייב לנהוג בו מנהג אחווה." ראו רחל גרשוני "דיני עבד עברי כביטוי לכבוד האדם" דעת 134 (תשס"ג) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/134-2.htm.

190 סוגיה זו נידונה, למשל, בהקשר של מהגרי-עבודה ובהקשר של סחר בנשים. בהקשר של מהגרי-עבודה נפסל הנוהל המכונה "הסדר הכבילה". נקבע כי הסדר זה מותיר עובדים זרים ללא רשיון עבודה כאשר הם עוזבים מעסיק, ולכן פעמים רבות הם מעדיפים להישאר אצל מעסיקים הנוכחי על-אף התנאים הקשים, מכיוון שהם זקוקים לכסף, והמעבידים עלולים לנצל זאת לטובתם. בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פס' 5-7 לפסק-דינו של חשין (פורסם בנבו, 30.3.2006).

ניתן לקוות כי מעתה כל דיון בעבודה הנעשית על-ידי עובדים שאינם חופשיים יביא בחשבון את המסגרת המשפטית הזו של עבודה כפויה, ויבחן לעומק אם העבודה נעשית בהסכמה ובתנאים מקובלים. קבלת הפרדיגמה של איסור עבודה כפויה חורגת מן המסגרת של עבודת אסירים גרידא, ועשויה לבוא לידי ביטוי בכל מצב שבו נעשית עבודה על-ידי אדם שאינו יכול להתקשר בחוזה לכיצוע העבודה באופן חופשי. כך, למשל, יש להעמיד זכות זו במרכז הדיון בעבודתם של מהגרי-עבודה ופליטים אשר נמצאים במעצר ועובדים בעבור גופים פרטיים. בשנת 2010 עלתה לדיון סוגיית העסקתם של קבוצת מבקשי מקלט אשר היו עצורים בכלא קציעות ועסקו במשך כחודש וחצי בעבודות חקלאיות אצל חקלאים פרטיים בסמיכות לכלא. בהעדר הוראה חוקית מפורשת המתירה העבדתו של אדם, העבודה חייבת להיות בהסכמה. אכן, מאחר שעצורים אינם נופלים לגרדי סעיף 48(א) לחוק העונשין, הקפיד שירות בתי-הסוהר להשיג את הסכמתם בכתב של כל המועסקים, ולדברי היועצת המשפטית של השירות, ניתנה לכל אחד מהעובדים האפשרות לחזור בו מהסכמתו בכל עת.¹⁹¹ אולם בכך אין די. הכרה בזכות להיות חופשי מעבודה כפויה תחייב אותנו לבחון את הסוגיה מנקודת המוצא שנקבעה בסעיף 48(ג). כך, אם עבודה של אסירים שהורשעו כדין בעבור גורם פרטי מחייבת לא רק הסכמה, אלא אף תנאים מקובלים, אזי על אחת כמה וכמה שהעסקתם של עצורים מחייבת זאת, כלומר, עלינו לבחון, בין היתר, אם התשלום שניתן לאותם עצורים עמד על שכר-מינימום לפחות.¹⁹² אם אנחנו מקבלים את הפרשנות המוסדית, אזי מעתה, במקרים דומים עתידיים, לא יהא עוד די בהסכמה פורמלית בדמות החתמתם של העצורים, אלא יהא על הרשות לוודא שהעצורים חופשיים לסרב, במובן זה שאין מחילים עליהם סנקציות בגין סירוב, וכן שהמעסיקים משלמים להם שכר-מינימום לפחות, ומתקיימים כל תנאי העבודה המינימליים האחרים שחלים על אסירים.¹⁹³ נקודת המוצא של איסור ההעבדה בכפייה תסייע אף בבחינה מנקודת-מבט נוספת וביקורתית של החלטות דוגמת ההחלטה להקים לפליטים המגיעים מאפריקה מחנות עבודה סגורים בדרום ולהעסיקם שם.¹⁹⁴

191 מכתב מלשכת היועץ המשפטי של שירות בתי-הסוהר לעו"ד ענת בן-דוד, התוכנית לזכויות פליטים, הקליניקה המשפטית של אוניברסיטת תל-אביב (28.1.2010).

192 יש לזכור כי זו רק נקודת המוצא, וכי יש הברדל משמעותי בין מי שהורשע בבית-משפט בעברה פלילית לבין עצורים אלה. באמור כאן אין כמובן כדי להקיף את מלוא הדיון המשפטי הנדרש במעצרים.

193 במקרה שנידון לעיל שולם לכאורה לעצורים סך של 14 ש"ח לשעה, ללא תנאים נלווים נוספים. שכר זה נמוך משכר-המינימום, ועל-כן ניתן לפקפק בחוקיות ההעסקה במקרה זה. זאת, אף שניתן להניח כי רוב העצורים, אם לא כולם, אכן העדיפו עבודה כאמור, גם בשכר נמוך משכר-מינימום, על מעצר "סתם". מכל מקום, נוהל זה נפסק לאחר בריחתם של שני עצורים במהלך העבודה.

194 אני מודה לעו"ד רונית הרמתי-אלפרן על הפניית תשומת-ליבי לנקודה זו. ראו את כתבתה של איליאל שחר "הממשלה שוקלת: מחנות עבור המסתננים מאפריקה" פליטים 4.11.2009. www.plitim.co.il/0675.html. אף שהאישור לבניית מחנה העבודה הסגור בדרום התקבל, מימוש הבנייה התעכב עקב אי-תקצוב הפרויקט על-ידי משרד האוצר.

לבסוף, משקיבלנו את המשפט החוקתי כנקודת מוצא לדיון בעבודת אסירים, עולה השאלה אם תפיסה זו משליכה אף על החריג לכלל זה – התרת העבדות של אסירים בכפייה על-ידי המדינה. בהנחה שכפיית עבודה כזו אכן מותרת, נותרת השאלה אם לכפייה זו אין גבולות או שמא הדיון לעיל משליך, אף אם בעקיפין, גם על עבודה בשירות המדינה, ומתווה קווי גבול אף לעבודה זו. עד כה התמקד הדיון בעבודה במגזר הפרטי בלבד, אולם יש לוודא שגם עבודה כפויה במגזר הציבורי אינה מהווה פגיעה בזכויות יסוד. כך, יש לבחון במשקפיים חוקתיים את ההצדקה לעבודה כפויה במסגרת המדינה.¹⁹⁵ על-מנת לעשות כן יש לענות על שאלות אחדות, שאחת מהן היא אם יש לקבל את הנחת המוצא כי עבודות השת"מ אינן "עבודה אמיתית" שהעובד בה זכאי לשכר, כפי שהניח בית-המשפט בפסק-דין שדות.¹⁹⁶ כמו-כן יש לבחון מחדש את מעמדם של האסירים העובדים במפעלי השב"ס, שם אין חולק כי נעשית עבודה יצרנית. מאמר זה מצביע על הצורך להעמיק בסוגיית משמעותן של עבודות השת"מ שאסירים עושים בבתי-הסוהר.¹⁹⁷ דיון כאמור חורג מתחומי המאמר, והעדרו מצביע על הצורך המיידית במחקר נוסף על עבודת אסירים במגזר הפרטי והציבורי כאחד.

195 סוגיה זו מחייבת דיון מעמיק שאינו אפשרי במסגרת זו. ראו פאינה מילמן-סיון "עבודת אסירים – בחינה חוקתית" (מאמר בהכנה).

196 כזכור, פסק-דין שדות מציע הבחנה חדה בין שני סוגים של עבודות הנעשות במסגרת המדינה – עבודות השת"מ ועבודות הייצור במפעלי השב"ס. עבודת שת"מ, על-פי עמדה זו, היא עבודה רק "מבחינה מסוימת", ועל-כן היא אינה מזכה ב"שכר", אלא רק ב"תגמול סביר". בג"ץ שדות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 849. על-פי עמדת השב"ס בנוגע לעבודות שת"מ, כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסק-דין שדות, אסיר "מבצע עבודה כזאת כשם שכל אדם מבצע עבודה מסוג זה בביתו". שם, בעמ' 848. בבסיסה של ההבחנה עומדת האנלוגיה שבין עבודות שירותים ותחזוקה לבין עבודות-הבית, אשר אינן מזכות ב"שכר". כשם שאדם עושה עבודות-בית בביתו, אל לו לאסיר לצפות כי "בביתו החדש" יעשה אחר עבודות אלה במקומו: "בבית הסוהר, להבדיל מבית מלון, אין הצדקה לכך שעובדים חיצוניים יבצעו עבודות כאלה לנוחות האסירים, או שאסירים המבצעים עבודות כאלה יקבלו שכר כאילו הם עובדים חיצוניים". שם.

197 ניתן להעלות נימוקים מספר נגד קבלת הבחנה זו כפשוטה, ובוודאי נגד ההשוואה בין עבודות-הבית לבין העבודה שהאסירים עושים במסגרת השת"מ. נימוקים אלה מתפרשים על-פני טווח של טיעונים, החל בדחיית ההנחה כי אין לשלם בעבור עבודות-בית, תוך הסתמכות על ספרות פמיניסטית נרחבת, המשך בבחינת ההנחה כי עבודות השת"מ אינן "כלכליות" במהותן, וכלה בדחיית הטענה כי ניתן להשוות את עבודות הניקיון ככלא לעבודות-הבית. הטענה האחרון יתבסס על הבחנה בין עבודה הנעשית על-מנת לשמור על הניקיון והסדר בתאים האישיים – עבודה הנעשית על-ידי כלל האסירים, ולא רק על-ידי אלה שהוגדרו "בני תעסוקה" – לבין עבודה שבה אדם מועסק למשך יום עבודה מלא, לעיתים אף מעבר לשעות הרגילות, במשך חודשים מספר ברציפות. לא למותר לציין כי מהותה של עבודת-הבית היא ההתנדבות, ובבסיסה עומדת היכולת להפסיק לעשות את העבודה בכל עת, ואילו עבודות השת"מ מהוות רכיב מהותי מיכולתו של בית-הסוהר לתפקד, ואילו לא נעשו על-ידי האסירים, היה צורך בשכירת שירותי ניקיון חיצוניים. האמור לעיל הינו כאמור רק ראשית הדיון הנדרש בסוגיה זו.

סיכום

כעשר שנים חלפו מאז ניתן פסק־הדין בפרשת שדות. בזמן שחלף הספיק שכרם של האסירים, הנקבע על־ידי שירות בתי־הסוהר, להישחק באופן ממשי ביחס לשכר־המינימום הקבוע במשק. בינתיים גם הביע בית־המשפט העליון הישראלי, בבג"ץ הפרטת בתי־הסוהר, את עמדתו באשר לבעיות ולסכנות הטמונות בהעברת הסמכויות והאחריות על אסירים לידיים פרטיות, והתריע מפני הסכנה של הפיכת אסירים לעבדים של השוק הפרטי.

במאמר זה ביקשתי להעלות לדיון מחודש חלק מקביעותיו של בית־המשפט העליון בפסק־דין שדות. הסיבה המרכזית לדחיפתו של דיון מחודש בפרשה זו היא הצעת חוק שנידונה בימים אלה, המבקשת לעגן את קביעותיו של בית־המשפט בפרשה זו. בהקשר זה טענתי כי הפרשנות שנתן בית־המשפט לסעיף 48(ג) השנוי במחלוקת, שלפיה קבלת הסכמה לעבודה והענקת תנאים מקובלים לאסירים עובדים נדרשות רק כאשר מדובר בעבודה מחוץ לחומות בית־הסוהר, היא פרשנות מוטעית. העדפתי עליה פרשנות שלפיה תנאים אלה נדרשים כל אימת שאסיר מועבר לעבודה תחת ידיים פרטיות, וזאת לאור תפיסה בסיסית שלפיה עבודה כזו מקימה סיכונים מיוחדים שיש לרסנם.

על־מנת לאשש את טענתי זו, עמדתי על הטיעונים השונים שבהם השתמש בית־המשפט לשם ביסוס הפרשנות הפיזית־הגיאוגרפית לסעיף 48(ג), והראיתי כי יסודם בטעות. לאחר־מכן ביקשתי להציג את היסודות התיאורטיים העומדים בבסיסה של הפרשנות המוסדית (העדיפה בעיניי, כאמור). עמדתי הן על ההיבטים ההיסטוריים שגיבשו את החששות המרכזיים באשר להעסקת אסירים תחת ידיים פרטיות, והן על עמדת המשפט הבינ־לאומי המשתקפת מאמנות עבודה בין־לאומיות שונות, אשר מבחינה בין עבודה כפויה פרטית לבין עבודה כפויה תחת מוסדות המדינה. עמדה זו, כך טענתי, אמורה להוות בסיס לפרשנותה של החקיקה הישראלית. לאחר־מכן הצגתי הסדרים שונים בעולם בנוגע לתעסוקת אסירים, והראיתי כי מדינות רבות אכן מבססות את ההסדרים החוקיים בשטחן בנוגע לתעסוקת אסירים בהתאם להבחנה שבין עבודה פרטית לעבודה ציבורית. כמו־כן הצגתי את עמדת בית־המשפט העליון כפי שהובאה בבג"ץ הפרטת בתי־הסוהר, והראיתי כי אף בה יש כדי לתמוך בפרשנות המוסדית. לבסוף, ביקשתי לעמוד על ההשלכות השונות שעלולות לנבוע מאימוץ הפרשנות המוסדית במשפט הישראלי כמסגרת־על לבחינת הסדרים של תעסוקת אסירים בפרט והסדרי עבודה אחרים בכלל. חתמתי את המאמר באזכור שאלות אחדות המתעוררות בעקבות הפנמתה של עמדה כוללת היוצאת נגד עבודה כפויה, אשר קצרה היריעה מלהכיל את הדיון בהן במסגרת מאמר זה.

הדיון שהסוגיות של העסקת אסירים ואיסור עבודה כפויה מעוררות עודנו בחיתוליו, אף־על־פי שהוא משיק לדיון בכמה סוגיות משמעותיות המצויות בלב החברה הישראלית. נותר לקוות כי המשפט הישראלי ישכיל לפנות לעבר מסגרת דיון ראויה יותר, שתבקש להצביע על הסיכונים האפשריים מעבודה כפויה תחת ידיים פרטיות, וזאת הן בטווח הקצר, על־ידי שינוי הצעת החוק אשר נידונה כאמור בימים אלה, והן בטווח הארוך, על־ידי בדיקה מהותית של הסדרים קיימים הראויים לבחינה מחודשת.