



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19
ע"ע 41469-05-19

ניתן ביום 10 אוקטובר 2021

המערער בע"ע 30279-05-19
המשיב בע"ע 41469-05-19

חיים זר

-

המשיבה בע"ע 30279-05-19
המערער בע"ע 41469-05-19

מת"ש - מרכזי תעסוקה שיקומיים בע"מ

המשיבה בשני התיקים

מדינת ישראל

עמותת בזכות - המרכז לזכויות אדם לאנשים עם
מוגבלויות

ידידת בית המשפט

לפני: הנשיאה ורדה וירט ליבנה, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט רועי פוליאק
נציגת ציבור (עובדים) גב' שרה זילברשטיין היפש, נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

בשם מר חיים זר: עו"ד ארז כהן
בשם מת"ש: עו"ד אפרת דויטש, עו"ד גיא בללי
בשם מדינת ישראל: עו"ד אביעד בן יעקב
בשם עמותת בזכות: עו"ד רון דרך, עו"ד אביבית ברקאי-אהרונוף

פסק דין

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית הדין האזורי תל אביב (השופט הבכיר יצחק לובוצקי ונציג הציבור מר צביקה רוזנצויג; סע"ש 16-01-49478), במסגרתו התקבלה בחלקה הקטן תביעתו של מר חיים זר (להלן מטעמי נוחות: המערער) נגד מת"ש - מרכזי תעסוקה שיקומיים בע"מ (להלן: מת"ש). המחלוקת העיקרית נוגעת לשאלת התקיימותם של יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים כאשר העבודה התבצעה ב"מפעל מוגן".

הרקע העובדתי

2. מת"ש היא מוסד ציבורי ללא כוונת רווח (מלכ"ר), בבעלות משותפת של המדינה ועיריית תל-אביב יפו. מת"ש מפעילה שלושה מרכזים שיקומיים, וכן מסגרות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

נוספות לאנשים עם מוגבלות פיזית, קוגניטיבית או נפשית. מטרתם של המרכזים השיקומיים - כך לפי הצהרתה של מת"ש - אינה עשיית רווח, אלא סיוע לאנשים עם מוגבלויות ללמוד מהי עבודה ומהו מקום עבודה, לצורך רכישת כישורים מתאימים להשתלבות בשוק העבודה. תקציבה של מת"ש מורכב מכספים המועברים אליה מהמדינה ומעיריית תל-אביב יפו, וכן מהכנסותיה ממכירת מוצרים ושירותים ללקוחות.

3. מת"ש חתומה בין היתר על הסכם מול משרד הבריאות, לצורך הפעלת מפעל מוגן לאנשים עם מוגבלות הזכאים לשיקום על פי חוק שיקום נכי נפש בקהילה, התש"ס-2000 (להלן: **חוק השיקום**). במסגרת זו אנשים עם מוגבלות נפשית המופנים על ידי משרד הבריאות שוהים במרכזים השיקומיים המופעלים על ידי מת"ש ומבצעים במסגרתם תעסוקה יום-יומית. העבודה מתבצעת בארבע מחלקות עיקריות: מחלקת סריקה ומפתוח של מסמכים לארכיב דיגיטלי (המבוצעת במשרדי הלקוחות); קו ייצור לתוויות עם חוט למוצרי אופטיקה ותכשיטים; מחלקת חשמל העוסקת בהרכבת מכלולים אלקטרומכניים ובדיקתם, הרכבת גופי תאורה ועוד; ומחלקה המפעילה חנות בגדים. העבודה מתבצעת על ידי אנשים עם מוגבלויות בלבד (בין כאלה שהופנו על ידי משרד הבריאות ובין על ידי משרד הרווחה), פרט למטה ההנהלה וצוות המדריכים.

4. המערער, יליד שנת 1960, הוכר על ידי המוסד לביטוח לאומי כבעל נכות בשיעור 52% בשל פיברומיאליגיה ומצב נפשי (לא הובאו נתונים על קצבאות שקיבל מהמוסד, או על קביעה כלשהי במסגרת זו בדבר כושר השתכרותו). בשנת 2003, ולאחר שבשנים שקדמו לכך הועסק בשוק העבודה הפתוח בחברת אלקטרוניקה, החל לקבל שירותי שיקום ממשרד הבריאות מכוח חוק השיקום, לאחר הפניה של השירות הפסיכיאטרי בבית החולים איכילוב (כך לפי דו"ח משרד הבריאות המפרט את השירותים שניתנו לו, כמו גם עדותו). במסגרת זו קיבל לאורך השנים שירותי חונכות, ליווי השכלה, דיור מוגן ומועדון חברתי. בנוסף, בהתאם להחלטה של ועדת סל השיקום מיום 18.8.03 (שלא הוגש עותק ממנה אך פורטה בדו"ח משרד הבריאות), הופנה ל"מפעל מוגן" - ובפועל למרכזים השיקומיים המופעלים על ידי מת"ש.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

5. בהתאם, החל מיום 1.3.04 הוצב המערער במת"ש, ובמסגרת זו שובץ - בהתחשב בוותק המקצועי שהביא עמו - למחלקת החשמל במפעל מת"ש בכפר שלם בתל אביב. עם קבלתו לא נחתם בין הצדדים הסכם עבודה אך נמסר למערער מכתב קבלה בו צוינו בין היתר "מקום התעסוקה" ו"שעות העבודה". בשנת 2008 הועבר המערער למפעל מת"ש ברח' הגר"א בתל אביב, ושובץ גם שם במחלקת החשמל. עם המעבר התבקש לחתום על מסמך בו צוין כדלקמן:

**"שעות עבודה 13:00-7:30, במהלך היום יש הפסקה 10:00.
העבודה היא עבודת צוות בחלקה.
שכר חודשי ב-4 החודשים הקרובים: 1,000 ₪, בנוסף
סובסידיה ותשלום נסיעות בהתאם למס' ימי העבודה בפועל.
תקופת ניסיון של 2 חודשים, לאחר מכן במידה ויהיה מעוניין
לחזור לכפר שלם נאפשר זאת".**

6. מהראיות שבתיק עלה כי המערער הגיע למפעל משך חמישה ימים בשבוע (ימים א'-ה') ל-4 או 5 שעות עבודה החל מהשעה 7:30 או 8:00 בבוקר, ונדרש להחתים כרטיס נוכחות בבואו ובצאתו. במסגרת עבודתו **"הייתי מרכיב אביזרי חשמל, מנורות פלורסנט, חיווט, כל מה שקשור בחשמל"** (עמ' 6 לפרוטוקול), כאשר על עבודתו פיקחו מדריך/ה שנתנה/ה הדרכה מקצועית, עובד סוציאלי ומנהל המפעל. בסיום כל חודש קיבל תלוש שכר, במסגרתו צוינה התמורה ששולמה לו וכונתה בתלוש **"משכורת"** (בשיעור 55 ₪ ליום עבודה) ואליה צורפו דמי "חופשה", דמי נסיעות ו"תוספת מאמץ". לפי חישוביו, שלא נסתרו, התמורה הממוצעת בשנת עבודתו האחרונה עמדה על 1,490 ₪ לחודש; אין חולק כי פרט לנסיעות, ותשלום בגין ימי חג וחול המועד שנרשם בתלוש כ"חופשה", לא קיבל זכויות סוציאליות כלשהן.

בעדותו הדגיש המערער כי לאורך כל שנות עבודתו במת"ש מעולם לא זומן לוועדת שיקום לצורך שקילת המשך הפנייתו לתעסוקה מוגנת, ולא נשאל אם הוא מסוגל או מעוניין לעבוד בשוק החופשי. לדבריו, **"זה לא מקום שיקומי... אני עובד במקום רגיל, אתם מנצלים אותי"** (עמ' 4). עוד טען כי **"ביום הראשון שהתחלתי לעבוד ראו איך אני עובד, ראו שאני נותן תפוקה של 100 אחוז"** (שם), ולדבריו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

נוכח מקצועיותו אף היה אחראי על עבודתם של עובדים אחרים. יצוין כי גם בתצהיר מטעמו הדגיש המערער את הפרודוקטיביות של עבודתו לאורה שימש כדי ימינם של המדריכים (סעיף 8), בעוד שההתייחסות היחידה של העד מטעם מת"ש לכך הייתה כי הדבר "אינו רלבנטי" (סעיף 9 לתצהיר מר כנעני).

7. במהלך חודש יולי 2014 הועבר המערער למחלקת העבודות הכלליות. המעבר התרחש לאחר שאירעו (לפי הנטען על ידי מת"ש) חיכוכים בינו לבין משתקמים אחרים וכן בינו לבין המדריך, בין היתר נוכח תלונותיו על גובה שכרו וכאשר לפי הנטען "נתן הוראות למדריך כיצד יש לבצע את העבודה ויצר תסיסה של העובדים במחלקתם על תנאי העסקתם והשכר הלא הוגן" (הציטוט הוא ממסמך עדכון מצב של עו"ס מת"ש מיום 20.3.14). עוד צוין במסמך כי "השכר החודשי עם חיים קבוע מראש ולפני מספר חודשים אף קיבל העלאה בעקבות פנייתו של מדריך הסדנה ומאחר וחיים עבד טוב... השכר החודשי במחלקה החודשית [הכוונה למחלקת העבודות הכלליות אליה הועבר - ס.ד.מ] אינו יכול להישאר כפי שהיה במחלקת החשמל".

8. נוכח המחלוקת על גובה השכר לא עבד המערער משך 3-4 חודשים, ולבסוף חזר לעבודה במחלקה החדשה באותו שכר שהיה לו במחלקת החשמל. במסמך שנמסר לו ביום 3.7.14 וכותרתו "הסכם עבודה" (נעיר כי העותק שהוגש לתיק בית הדין אינו חתום) צוינו בין היתר "ימי העבודה" (א'-ה'); "שעות העבודה" (8:00-13:00); גובה ה"שכר החודשי" (55 ₪ ליום בצירוף נסיעות); הפסקה (חצי שעה מדי יום בשעה 10:00 "יחד עם יתר העובדים"); וכן זכאות ל"בונוס חודשי של 280 ₪ במידה ויעמוד בכללי ונהלי המחלקה". עוד צוין כי "במידה וחיים אינו מגיע לעבודה עליו לעדכן ישירות את המדריכה מראש"; כי "הסכם העבודה הינו לתקופת ניסיון של שלושה חודשים"; וכי "במידה וחיים יתקשה לעמוד בשעות העבודה שסוכמו, נבדוק התאמה מחדש של השכר בהתאם לשעות העבודה ובמידה ולא נגיע להסכמות נחליט על סיום התקשרות".

מנכ"ל מת"ש בתקופה הרלוונטית, מר יוסי כנעני, נשאל בחקירתו כיצד נקבע שכרו של המערער, והשיב כי "זה לא שכר. זה דמי שיקום, לכל אחד יש לפי





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

תוכנית השיקום שלו, קובעים יעדים וחלקם לפי תפוקה, חלקם לפי נוכחות, חלקם לפי עזרה לאחרים שנעשתה וכל אחד יש לו תמריצים אחרים" (עמ' 6 לפרוטוקול). עם זאת לא הוגש כל מסמך המלמד כיצד ועל בסיס אילו קריטריונים נקבעה התמורה ששולמה למערער. בהמשך העדות הוסיף מר כנעני כי התמורה לכל עובד נקבעת על ידי מת"ש ולא על ידי משרד הבריאות (אם כי בהסכם ביניהם - שלא הוגש לתיק בית הדין - קיימות "הנחיות כלליות" בקשר לכך), וכי האחרון מתקצב את מת"ש לפי 70 ₪ ליום עבודה.

9. אשר למאפייני עבודתו של המערער, ציין מר כנעני בחקירתו כי "המטרה של המקום היא לדמות מקום עבודה כדי לאמן את האנשים שיוכלו לצאת לעבודה לשוק החופשי. המקום מדמה מקום עבודה רגיל כדי לאפשר למועסקים בו להשתלב אחר כך בעולם העבודה האמיתי" (עמ' 6). לדבריו, "את העבודות של הרכבת המנורות [אותן ביצע המערער - ס.ד.מ.] אנחנו מוכרים בכסף קטן מאוד לספקים", כאשר למת"ש יש "יתרות כספיות לפעמים, לפעמים רווחים ולפעמים הפסדים" (עמ' 9).

עוד ציין כי "פעם בשנה יש ועדת סל הבריאות סל שיקום, הוועדה בודקת ומחליטה אם להמשיך ולהעסיק את העובד אצלנו" (שם, וכן בסעיף 14 לתצהירו), אך לא צורפו פרוטוקולים כלשהם של הוועדות בעניינו של המערער. כל שצורף הוא דו"ח כללי של משרד הבריאות בו פורטו המועדים של החלטות הוועדות, לרבות החלטה מדי שנה על הצבת המערער ב"מפעל מוגן". לכך צורף מסמך בודד המעיד על החלטת ועדה מיום 15.7.13, לאישור שירות "מפעל מוגן" למערער במקביל לשירות של "תעסוקה נתמכת", אך זאת ללא כל פירוט או הנמקה. מר כנעני אף לא הגיב לטענת המערער לפיה מעולם לא נכח בוועדה כאמור, הגם שציין בתצהירו באופן כללי כי מפקחת משרד הבריאות נפגשת עם המשתקם טרם הדיון בעניינו בוועדה. כאשר נשאל על התפוקה של עבודת המערער (אליה כאמור בחר שלא להתייחס בתצהירו), השיב כי "יש היבט של תפוקה, והיבט של התנהגות. לגבי היבט התפוקה, הוא היה מגיע לתפוקה טובה כשהוא היה נעזר לא נכון באנשים אחרים ומביא אותם לצד שלו... התובע היה נותן הוראות למשתקמים אבל הוא לא היה אחראי. הוא היה נותן הוראות כי כך הוא רצה" (עמ' 7).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

10. בחודש אוגוסט 2015 הגיעה מדריכה חדשה למחלקתו של המערער, אך הוא סירב (כך לפי הנטען על ידי מת"ש והוכחש על ידו) לבצע משימות מסוימות שהתבקשו על ידה. ביום 26.10.15 התבטא באוזניה באופן בוטה כלפי מר כנעני, כיוון שהאחרון סירב לפגוש בו ללא שיתופו של העובד הסוציאלי. לאור זאת זומן לשיחת תיאום ציפיות ביום 28.10.15, במטרה **"להבהיר נהלים להמשך עבודה משותפת"** (כך לפי דיווח שנשלח למשרד הבריאות ביום 26.10.15 וסיכום שיחה מיום 28.10.15). בפועל אירעו תקריות נוספות (בהתאם לעדכון נוסף שנשלח למשרד הבריאות ביום 9.11.15) ולאור זאת נדרש המערער שלא להתייבב במת"ש החל מיום 4.11.15 (כלשון ההודעה - **"הושעה"**), וביום 8.11.15 נערכה שיחה בעניינו בהשתתפותו ובהשתתפות עובדת סוציאלית מהדיוור המוגן בו הוא מתגורר; העובד הסוציאלי של המפעל; המדריכה; ומנהל המפעל.

11. במהלך השיחה מיום 8.11.15 הוברר כי קיימת בעיה של שמירת גבולות בקשר בין המערער למדריכה, וכן כי הוא אינו מרוצה מהעבודה שכן מוטלות עליו - מאז הגעתה של המדריכה החדשה - משימות פשוטות בלבד, למרות שראה עצמו כמועמד מתאים להחלפת המדריכה הקודמת שעזבה. במכתב ששלח העובד הסוציאלי של מת"ש למשרד הבריאות ביום 9.11.15 (לכאורה ללא עותק למערער) סיכם כי **"בשיחה שהתקיימה אתמול הוסבר לחיים כי אין באפשרותנו לקבל החלטה בשלב זה על המשך העסקתו במרכזנו וכי עלינו להתייעץ עם גורמים במשרד הבריאות... להערכתנו, חיים מיצה במהלך השנים את עניינו ותהליך השיקום שלו במרכזנו. הוא אינו מעוניין להתקדם לשוק החופשי על אף שבטוח בכישוריו התעסוקתיים. ניכר כי צוות המפעל העניק לחיים יחס חם ותומך במהלך כל התקופה, אך חיים תמיד הרגיש לא מרוצה מהיחס, מהשכר ומהטיפול בו. כיום, חיים ממתין להחלטה בנוגע להמשך העסקתו במת"ש ולגבי אישורי החלטה בכלל בתחום התעסוקתי דרך סל שיקום"**.

12. במכתב נוסף מיום 16.11.15 ציין העובד הסוציאלי כי בשיחה בינו לבין רכזת סל השיקום במשרד הבריאות **"הוחלט כי חיים לא ימשיך בשלב זה התקשרות עם מת"ש"** (מר כנעני בחקירתו אישר כי לא נערך למערער שימוע טרם קבלת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

ההחלטה, אם כי "היו הרבה שיחות לפני כן" - עמ' 8). במסמך צוין עוד כי "במהלך כל תקופת שהותו במרכזנו הביע חוסר שביעות רצון מהתשלום החודשי שניתן לו והתנגד לתהליכי שיקום המתקיימים במסגרת תעסוקתית מוגנת (חשוב לציין כי התשלום החודשי הינו גבוה בהרבה מעובדי המחלקה בה עבד מאחר והועבר ממחלקת החשמל, אך הוחלט להשאיר את אותו התשלום גם במחלקה הכללית)". במכתב עדכון נוסף מיום 22.11.15 ששלח העובד הסוציאלי למשרד הבריאות (כאשר כל ההתכתבות מול משרד הבריאות נעשתה לכאורה ללא משלוח עותקים ממנה למערער) נכתב בין היתר כך:

"בהמשך לעדכון על סיום התקשרות עם חיים, התקיימה היום שיחת סיכום במטרה לעדכן את חיים בהחלטה. חיים הגיע בליווי העו"ס ממסגרת הדיוור המוגן וקרובת משפחה שלו. חיים התקשה להבין בשיחה את התנהגותיו החריגות לאורך השנים, לדבריו התנהג באופן שאינו חורג מכללי המסגרת... חשוב לציין כי החלטתנו לסיום התקשרות מתבססת על חציית גבולות לאורך כל תקופת היכרותנו... הובהר לחיים בשיחה כי בשלב זה אין מקום להזדמנות נוספת במת"ש וכי אנו מקווים שחיים כן יפעל בשיתוף פעולה עם העו"ס בדיוור להבנת התנהגותו על מנת שיוכל לשפרה במסגרת תעסוקתית אחרת. על פי דיווח העו"ס בדיוור חיים מרגיש כי החלטתנו מתבססת על התקופה האחרונה ומאחר ומתלונן על התנהגותה של המדריכה. כל ניסיונו להסביר לחיים את התנהגותו נתקלו בתגובות כי אינו מבין מדוע אנו מסיימים התקשרות ומעוניין לפנות למשרד הבריאות. הוסבר לו כי בוודאי שיוכל לפנות אל משרד הבריאות וכך יעשה בליווי העו"ס המלווה בדיוור".

13. המערער לא חזר אם כך לעבודתו במת"ש החל מיום השעייתו ואילך. ביום 26.11.15 החליטה ועדת השיקום של משרד הבריאות להפנותו לשירות של תעסוקה נתמכת. בהתאם נשלח לספק ששמו "בית חם" החל מיום 12.1.16, ומאותו מועד שולב בעבודה בחברת סיעוד לקשישים. בתצהירו ציין המערער כי מאז פיטוריו ממת"ש הועסק מספר חודשים כשומר ומאז הוא מועסק כמטפל סיעודי, בשוק העבודה החופשי.

התביעה ופסק דינו של בית הדין האזורי

14. בחודש ינואר 2016 הגיש המערער את תביעתו לבית הדין האזורי, וטען במסגרתה כי התקיימו יחסי עובד-מעסיק בינו לבין מת"ש לאורך כל תקופת הצבתו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

במסגרתה. בהתאם, תבע הפרשי שכר מינימום; פיצויי פיטורים; פיצוי בגין פיטורים שלא כדין והעדר שימוע; וזכויות סוציאליות נוספות. מת"ש הגישה בקשה לסילוק על הסף נוכח העדר יחסי עובד-מעסיק אך זו נדחתה ונקבע כי לא ניתן להיעתר לבקשה ללא שמיעת ראיות (בקשת רשות ערעור נדחתה אף היא בהחלטת חברי השופט רועי פוליאק: בר"ע (ארצי) 64731-05-16 מיום 26.7.16).

15. לאחר דיון ההוכחות ושמיעת עדויותיהם של המערער ומר כנעני, החליט בית הדין האזורי לדחות את התביעה בעיקרה. בית הדין בחן את הוראות הדין הרלוונטיות וביניהן הוראות חוק השיקום; סעיף 17 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 (להלן: **חוק שכר מינימום**); תקנות שכר מינימום (שכר מותאם לעובד עם מוגבלות בעל יכולת עבודה מופחתת), התשס"ב-2002 (להלן: **תקנות שכר מינימום**); כמו גם הוראות חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: **חוק השוויון**). כן ציין את חוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז-2007 (להלן: **חוק המשתקמים**), שעמד בתוקף בתקופה הרלוונטית לעבודת המערער.

בית הדין קבע כי חוק שכר מינימום הוחל על אנשים עם מוגבלות (ויש להוסיף - המועסקים במפעל מוגן) רק בכפוף לקביעה כאמור בתקנות, בעוד שתקנות שכר מינימום הוחלו רק על אדם עם מוגבלות שמועסק במקום עבודה שאינו מפעל מוגן. משמעות הדברים היא שחוק שכר מינימום והתקנות מכוחו אינם חלים על אנשים עם מוגבלות המועסקים במפעלים מוגנים דוגמת המרכז השיקומי של מת"ש. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם הוראות דין נוספות המבחינות בין "משתקם" ל"עובד", דוגמת סעיף 3(א)(6)(ט) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 (להלן: **החוק למניעת הטרדה מינית**) וצו ההרחבה בדבר השתתפות המעסיק בהוצאות הבראה, המציין באופן מובחן את מי שמועסק ב"מפעל מוגן".

16. בית הדין הוסיף וקבע כי בחוק המשתקמים הוראה מפורשת לפיה **"בין משתקם במקום תעסוקה רגיל [שאינו מפעל מוגן - ס.ד.מ.] ובין מעסיקו או הגורם השיקומי המלווה אם ישנו, לא יחולו יחסי עובד ומעביד"** (סעיף 2(א)). מכוח קל וחומר, יש ללמוד מכך כי גם בין משתקם המוצב במפעל מוגן לבין אותו מפעל לא מתקיימים





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

יחסי עובד-מעסיק. מסקנה זו מתבקשת גם לאור דעת הרוב בע"ע (ארצי) 670/06 **יעקב רוט - רם מבנים בע"מ** (1.10.09; להלן: עניין רוט), אשר קבעה כי אדם עם מוגבלות שהופנה לעבודה בחברה פרטית על ידי הקרן למפעלי שיקום למוגבלים - לא הועסק על ידי אותה חברה שכן מטרת ההתקשרות הייתה שיקום ולא יחסי עבודה. באותו אופן במקרה שלפנינו, המערער הועסק כחלק מתכנית שיקום וסל שיקום שניתנו לו במסגרת "מפעל מוגן", ולא במסגרת של יחסי עובד-מעסיק (ראוי לציין כי בית הדין לא קבע ממצאים עובדתיים כלשהם בקשר למאפייני הצבתו של המערער במת"ש ולמעשה לא התייחס כלל לעובדות המקרה הקונקרטי, אלא ביסס קביעה זו על עצם הצבתו של המערער במסגרת "מפעל מוגן").

17. בית הדין הוסיף כי לא מצא הצדקה לקבוע זכאות לזכויות מכוח חוקי המגן גם למי שאינו "עובד" (באזכרו בהקשר זה את ע"ע (ארצי) 300274/96 **שאל צדקא - גלי צה"ל, פד"ע לו 625 (2001)**; להלן: עניין צדקא), ועם זאת "בהתחשב במסגרת המיוחדת, שגם על פי העד מטעם מת"ש, נועדה להכשיר את המועסק לקראת חיים שמחוץ למסגרת שיקומו, ההגיון מחייב שהפסקת ההתקשרות עמו, לא תעשה בצורה מפתיעה, ומבלי שתהיה למועסק הזדמנות להשמיע את דברו". בפועל נערכו עם המערער מספר שיחות מקדימות טרם שהופסקה הצבתו במת"ש, ולכן "אי אפשר לומר, שמת"ש נהגה עמו בחוסר תום לב, או שהוא קופח בעניין זה באופן מהותי". מאידך המערער לא הועמד במפורש על משמעות התנהגותו ועל האפשרות כי תגרום להוצאתו לאתר מהמסגרת השיקומית, ומדובר ב"פגם מסוים, ברף הנמוך". משכך, נפסק לזכות המערער פיצוי בסך של 3,000 ₪, שווה ערך לכפל התמורה החודשית הממוצעת לה זכה במהלך תקופת עבודתו. מעבר לכך התביעה נדחתה ונקבע כי כל צד יישא בהוצאותיו.

טענות הצדדים בערעוריהם

18. **המערער** טוען כי בית הדין לא התייחס כלל בפסק דינו לעובדות המקרה, אלא הגדירו בטעות כ"משתקם" על בסיס חוק המשתקמים שתוקפו פקע ביום 7.8.17. הטעות נובעת מכך שחוק המשתקמים מתייחס לבעל יכולת עבודה מופחתת בשיעור של 19% ומטה, בעוד שכלל לא נטען - וודאי לא הוכח - שלמערער יכולת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

עבודה פחותה בשיעור כלשהו, ואין חולק כי לא נערכה לו הערכת יכולת תעסוקה המגדירה אותו כ"משתקם". משכך; בהעדר הוראת חוק הקובעת כי כל מועסק במפעל מוגן אינו "עובד"; וכאשר העובדות - ככל שבית הדין היה מתייחס אליהן - מלמדות בבירור כי מתקיימים המבחנים להכרה בו "כעובד", אין אלא לקבוע כי התקיימו יחסי עובד-מעסיק בין המערער למת"ש ובהתאם קיימת סמכות עניינית לבית הדין והוא זכאי לזכויות סוציאליות כשל "עובד" כפי שנתבעו על ידו.

19. המערער מדגיש כי הקדיש את כל מרצו וכישוריו למת"ש לאורך קרוב ל-12 שנה; השתלב באופן מלא בפעילות המפעל; היה נתון לפיקוחה של מת"ש (מנהל המפעל, מדריכה ועובד סוציאלי שפיקחו באופן יום יומי על עבודתו); נדרש לדווח למנהליו מראש על חופשה או מחלה; קיבל תלושי שכר; עבודתו ניתנה על בסיס אישי; ואין חולק כי לא היה לו עסק עצמאי. המערער מוסיף ומנתח בסיכומיו את הוראות החוק השונות (שתפורטנה להלן) וכן את פסיקתו של בית דין זה בעניין **רוט** ובעניין **נגר** (ע"ע (ארצי) 39538-12-11 **לאה נגר - הקרן למפעלי שיקום למוגבלים** (23.10.13)), וסבור כי הן תומכות בעמדתו, לרבות ביחס לחלותו עליו של חוק שכר מינימום.

המערער מסכם כי "היה כשיר לבצע את עבודתו במשיבה כעובד לכל דבר ועניין, ולמצער היה בהעסקתו מניע משולב - שיקומי וכלכלי כאשר המערער ייצר תפוקה ממשית במחלקת חשמל והרכבת גופי תאורה עבור המשיבה (שייצרה לה רווחים), לא נדרש לסיוע או השגחה מצד עובדים אחרים (אלא ההיפך - הוא היה האחראי על רוב העובדים במחלקה) והיה צריך לדווח על נוכחות יומיומית ועל היעדרויות שונות (כגון חופשה או מחלה)". משכך יש לזכותו בזכויות הסוציאליות שנתבעו על ידו, לרבות הפרשי שכר. יצוין עם זאת כי בתביעתו לא דרש המערער הפרשי שכר עד גובה שכר המינימום לפי חוק שכר מינימום אלא הפרשי שכר עד ל-73% משכר המינימום, בהתאם להסכם הקיבוצי החל על עובדי חברת "המשקם" (חברה בבעלות משותפת של המדינה וההסתדרות הציונית, המתפעלת מפעלים מוגנים).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

20. לחלופין טוען המערער כי גם אם תאומץ קביעתו של בית הדין האזורי בדבר העדר יחסי עובד-מעסיק, יש לזכותו בנסיבות המקרה בפיצויי פיטורים ובחלף הודעה מוקדמת מכוח ההלכות שקבעו את פריצת האוניברסאליות (דנג"צ 4601/95 **סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נב(4) 817 (1998), להלן: עניין **סרוסי**; עניין **צדקא**; ע"ע (ארצי) 1141/02 **ציפורה בשן - שירות התעסוקה** (26.3.03)). המערער סבור כי בהתחשב בגדיעת פרנסתו לאחר קרוב ל-12 שנות עבודה, **"עובדות המקרה ודאי מצדיקות את התכלית הסוציאלית של תשלום הפיצויים למערער בנסיבות העניין"**.

21. **מת"ש** טוענת כי בין משתקם למוסד שיקומי לא מתקיימים יחסי עובד-מעסיק, שכן הקשר בין הצדדים אינו קשר חוזי של עבודה כנגד תמורה אלא קשר שתכליתו אחרת - שיקום. בהתאם, המערער לא התקבל ל"עבודה" במת"ש, אלא הופנה על ידי משרד הבריאות בהתאם לשיקול דעתו, כחלק מסל שיקום ותכנית שיקום שניתנו למערער מכוח חוק השיקום. מת"ש אף לא שלטה בסיום ההתקשרות עם המערער, שכן נדרשה לאישורו של משרד הבריאות. מת"ש מדגישה כי **"אין בשוק התעסוקה מעסיק ש"עובדיו" נכפים עליו על ידי אחרים ובחלק גדול מהמקרים - ללא קשר לצרכי מת"ש התפעוליים"**, וכי כלל אין לראות בה מעסיק שכן אינה **"מפעל יצרני המתחרה בשוק החופשי"** (ובהתאם אף המוסד לביטוח לאומי אינו רואה בעובדי מפעל מוגן כ"עובדים" לצורך תשלום דמי ביטוח, אלא רואה בהם - כך לפי נהליו הפנימיים - כמי שמצויים בשיקום או הכשרה מקצועית, וגובה דמי ביטוח בהתאם).

22. מת"ש מוסיפה כי מפעל מוגן הוא שלב ראשון בשרשרת התעסוקתית של משתקם, ואחריו קיימות מסגרות נוספות - המהוות שלב מתקדם יותר ברצף התעסוקתית - ומכונות "תעסוקה מעברית". תעסוקה זו מתבצעת בשוק החופשי, במספר מודלים אפשריים, בליווי הגוף השיקומי, וגם במסגרתה - כך לטענת מת"ש - לא מתקיימים יחסי עובד-מעסיק בין המשתקם לבין הגוף במסגרתו הוא מבצע עבודה (כפי שנקבע במפורש, למשל, בחוק המשתקמים). משכך, ומכוח קל וחומר, ברור כי מפעל מוגן כמת"ש אינו יכול להיחשב כמקום עבודה שיש להחיל עליו יחסי עובד-מעסיק. לשיטתה, הדברים נובעים גם מההלכה הפסוקה (עניין **רוט** וכן



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

ד"מ (אזורי ב"ש) 1524/07 פבל פוזנוב - שלו ובניו בע"מ (17.2.08) ועב' (אזורי חיפה) 1039/01 קאסם חאתם - מועצה מקומית ראמה (10.4.02), ומהחקיקה - שכן מפעל מוגן מובחן בהוראות החוק השונות ממקום תעסוקה "רגיל", ועניינו מסגרת תעסוקה נפרדת/סגרגטיבית שאף הוצאה במפורש מתחולת חוק שכר מינימום. אשר לעניין נגר, טוענת מת"ש כי להבדיל מהמערערת באותו עניין - המערער בעניינו לא הוכיח כי מת"ש יצאה נשכרת כלכלית מעבודתו, נוכח תפוקת עבודתו ובהתחשב בכך שנוקק לליווי וסיוע (אם כי יצוין כבר כעת כי אין דבר בחומר הראיות המלמד על ליווי וסיוע להם נזקק המערער, וגם לא דבר המלמד על תפוקת עבודה נמוכה).

מת"ש מוסיפה כי המערער רשאי היה להיעדר או שלא להגיע למפעל בשל צרכיו (אם כי נעיר שלא הוצגה תשתית ראיתית כזו בפני בית הדין האזורי, והמערער העיד כי הודיע מראש על כל היעדרות ואף נדרש לצרף אישורי מחלה). המערער אף נעדר בפועל, למספר חודשים, בתחילת שנת 2014, מבלי שהוטלה עליו סנקציה כלשהי (בהקשר זה מתייחסת מת"ש למשבר ביחסי הצדדים בשל העברת המערער למחלקה אחרת). עוד טוענת היא כי "ככל שהמערער אינו מבצע את המטלות, אין הדבר משנה מבחינת הפעילות הרגילה של מת"ש (לא מפטרים אדם על אי ביצוע עבודה)", אך נציין כבר כעת כי גם טענה זו לא הוכחה כלל ברמה העובדתית. מת"ש מדגישה עוד כי הכרה ביחסי עובד-מעסיק בינה לבין המערער עלולה לגרום לסגירתם של המפעלים המוגנים באופן שיותר את המשתקמים ללא תעסוקה וללא פתרון אחר.

23. אשר להשלכות חוק השוויון מציינת מת"ש כי בהתאם להוראותיו אין להפלות אדם עם מוגבלות רק ככל שאין במוגבלות כדי להשפיע באופן ישיר על הכשירות לתפקיד או למשרה, ומכאן שקיימים שלושה מצבים אפשריים: המצב הראשון הוא מצב בו האדם כשיר לתפקיד, אך על מנת לאפשר לו לבצע את תפקידו באופן מיטבי נדרשות התאמות. במצב זה מתקיימים יחסי עובד-מעסיק ועל מקום העבודה לבצע התאמות בהתאם להוראות החוק. המצב השני הוא מצב בו האדם אינו מסוגל לבצע תפקיד רגיל אך מסוגל לתרום למקום העבודה בצורה משמעותית (20% לפחות בהתאם להערכה המבוצעת על ידי גורם מקצועי מוסמך)





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

ובמקרה כזה מוכרים יחסי עובד-מעסיק וניתן לשלם שכר הנמוך משכר מינימום בכפוף להוראות חוק שכר מינימום והתקנות מכוחו. המצב השלישי הוא מצב בו האדם עם המוגבלות "אינו כשיר לבצע תפקיד במקום העבודה ככל אדם ואף אינו מסוגל לתרום למקום העבודה בצורה משמעותית. במצב זה, לא מוכרים יחסי עובד ומעסיק וההתייחסות של החוק לאדם היא כאל משתקם. מצב זה רלוונטי להעסקת כלל המשתקמים במת"ש ובכללם, המערער".

ראוי להדגיש כי מת"ש טוענת לקביעה גורפת כאמור מבלי לפרט מדוע לשיטתה המערער אינו נופל לגדר המצבים הראשון או השני, ומכוח מה המצב השלישי רלוונטי לשיטתה ביחס לכל המועסקים במפעלה. למעשה מצטטת מת"ש חלוקה לשלושה מצבים כפי שנערכה בחוות דעתו של הנשיא אדלר בעניין רוט, תוך הרחבה משל עצמה למצב השלישי (בחוות דעתו של הנשיא אדלר המצב השלישי התייחס רק למי שיכולת עבודתו הוערכה על ידי גורם מקצועי מוסמך כפחותה מ-20% : סעיף 18 לחוות דעתו). לחלופין טוענת מת"ש כנגד רכיבי התביעה לגופם, וכן סבורה שיש לחייב את המדינה - ולא אותה - בתשלום זכויותיו של המערער ככל שייקבע כי הוא "עובד". עם זאת טענה חלופית זו לא הועלתה על ידה בבקשה שהוגשה מטעמה בבית הדין האזורי לצירוף המדינה כנתבעת נוספת ולא הוגשה על ידה הודעת צד ג' (כל שנטען הוא כי אם תהא עלות נוספת להעסקת המערער יידרש משרד הבריאות לשאת בה, אך לאו דווקא באופן ישיר כלפי המערער); כבר מטעם זה מהווה היא הרחבת חזית שאין לאפשרה.

24. מת"ש אף הגישה ערעור מטעמה, וטוענת במסגרתו כי טעה בית הדין בפסקו למערער פיצוי על העדר שימוע. מת"ש מדגישה כי בהעדר יחסי עבודה, כלל אין סמכות עניינית לבית הדין לעבודה לדון בטענות המערער, וממילא בהעדר יחסי עבודה לא הייתה מחויבת לערוך למערער שימוע טרם סיום ה"התקשרות" עמו. המערער אף כלל לא פוטר, אלא משרד הבריאות הורה למת"ש שלא להמשיך בהתקשרות עמו נוכח התנהגותו. מעבר לכל זאת, בפועל ממילא נערכו עמו שיחות רבות בהן צוין בפניו במפורש כי תיערך בדיקה לגבי המשך הצבתו במת"ש. מת"ש טוענת עוד בערעורה כנגד אי פסיקת הוצאות לחובת המערער, על אף שתביעתו נדחתה בעיקרה, ועל אף שהייתה (לשיטתה) מופרכת ומוגזמת על פניה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

25. **המדינה** הגישה עמדה ה"מתכללת את העמדות של כלל המשרדים הרלוונטיים" (כולל נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות). המדינה תומכת בקביעת בית הדין האזורי לפיה לא התקיימו יחסי עובד-מעסיק בין המערער לבין מת"ש, מהטעם ש"העסקתו של המערער במת"ש נעשתה מכוח חוק שיקום נכי נפש בקהילה... ולא מתוקפם של יחסי עבודה אשר אינם קיימים". לשיטתה, הוכח באמצעות עדותו של מר כנעני כי מת"ש קיימה מסגרת שיקומית שכללה הדמיה/סימולציה של עבודה במפעל, לרבות "פעילות יצרנית ותגמול על פעילות", אך "ההדמיה אינה המציאות עצמה, ואין לראות בה משום יחסי עבודה". בהתאם, ה"רווח" של המפעל אינו מגיע מ"עבודת" המשתקמים אלא מהתשלומים שמעביר משרד הבריאות (אם כי בעמדה מאוחרת יותר הבהירה כי הגמול המשולם למשתקמים במפעלים מוגנים "מחושב מסך ההכנסות מעבודת המשתקמים בתהליך השיקומי, חלקי הימים שבהם הם נוכחים במפעל המוגן וכן לפי ההספק שלהם", וכי המדינה משתתפת בכיסוי התשומות התפעוליות והשיקומיות אך לא בגמול עבור ביצוע העבודה או במימון התנאים הסוציאליים).

המדינה מדגישה אף היא כי הכרה ביחסי עובד-מעסיק לא רק שתחטיא את מטרות השיקום, אלא עלולה לפרוץ את התקציב של חוק השיקום, באופן שיפגע בסופו של דבר במשתקמים עצמם.

26. המדינה מוסיפה כי הליך השיקום מכוח חוק השיקום כולל פיתוח של מיומנויות אישיות וחברתיות, ובהן השתלבות בשוק התעסוקה. לצורך כך מתקשר משרד הבריאות עם גופים חיצוניים המקיימים מסגרות שיקומיות וביניהן מפעלים מוגנים דוגמת מת"ש. המפעלים המוגנים משמשים לרוב כ"קבלני משנה לייצור, יזמות עסקית והפעלת קווי ייצור עצמאיים ומופעלים על ידי ארגון שזכה במכרז של המשרד או על ידי הרשות המקומית". הם מהווים חלק מרצף של שירותי שיקום מקצועי-תעסוקתי - רצף שמתחיל במועדון תעסוקתי, ממשיך במפעל מוגן, דרך תעסוקה נתמכת (שמתבצעת בשוק העבודה החופשי תוך החלה של יחסי עובד-מעסיק מהטעם ש"העבודה תופסת מקום משמעותי"), וכלה בתעסוקה בשוק הפתוח תוך ביצוע התאמות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

ההצבה במפעל מוגן נועדה לאותו שלב ברצף בו המשתקם אינו מסוגל להשתלב בעולם התעסוקה בשוק הפתוח (לרבות בשכר מינימום מופחת), ובהתאם ניתנת במסגרתו למשתקמים תעסוקה יום-יומית, שמטרתה ליצור מסגרת תומכת לצורך הקניית הרגלי עבודה והכרת סביבת עבודה נורמטיבית. מטרה נוספת היא הקניית כלים לצורך שילוב עתידי בשוק התעסוקה, לרבות פיתוח מיומנויות תעסוקתיות, אימון והכנה למעבר לעבודה בשוק הפתוח וטיפול מיומנויות בינאישיות וקהילתיות. מטרות אלה מושגות באמצעות מדריכים שתפקידם ללוות את המשתקמים; תכנית שיקומית לכל משתקם; ושירותי תרבות ופנאי שאינם קשורים לתעסוקה (יצוין כי דברים אלה נכתבו באופן כללי, ולא באופן ספציפי לגבי השירותים שקיבל המערער במת"ש).

27. המדינה מדגישה כי אדם המסוגל להשתלב בשוק העבודה החופשי לא יופנה למפעל מוגן אלא יופנה מלכתחילה לשירות שיקום מקדם יותר. אדם השווה במפעל מוגן וסיים את שיקומו יועבר למסגרת מקדמת יותר, אלא אם יתקשה בכך ויש מקרים בהם הדברים אורכים זמן ארוך. ככל שמשתקם סבור שהופנה למקום שאינו מתאים לו - הוא כמובן אינו מחויב להישאר במפעל המוגן, וגם רשאי לבקש דיון חוזר בוועדת השיקום - או להגיש ערר בהתאם להוראות חוק השיקום - ולבקש הפניה למסגרת אחרת.

בהתאם לדברים לעיל הפנה משרד הבריאות את המערער למת"ש, כמשתקם ולא כ"עובד". המערער אף התקדם על גבי הרצף התעסוקתי לאחר סיום העסקתו במת"ש, והועבר לתעסוקה נתמכת בשוק החופשי (המדינה אינה מפרטת, עם זאת, מדוע התרחשה התקדמות זו רק לאחר קרוב ל-12 שנה, ורק לאחר שהסתיימה העסקתו במת"ש מחמת התנהגותו).

28. המדינה סבורה כי בהתאם לדינים הקיימים, לרבות חוק המשתקמים (על אף שפקע אך יש כוונה להאריכו), וכן לאור הפסיקה הקיימת (עניין רוט ועניין נגר), מערכת יחסי משקם-משוקם במסגרת מפעל מוגן אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם מערכת של יחסי עבודה (כפי שנקבע לטענתה גם על ידי בית דין זה בע"ע (ארצי) 57736-11-18 שלום עזריאל - האגודה למען העיוור בקרית גת (17.7.19), להלן:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

עניין עזריאל, אך יודגש כבר כעת כי הפסיקה באותו עניין הייתה פסיקה כספית לפשרה וממילא אין בה כדי להוות הלכה מחייבת או אף הבעת עמדה).

במקביל ציינה המדינה כי במהלך שנת 2019 החלה במסגרת המשרדים הרלוונטיים עבודת מטה לבחינת הסוגיה, על מנת **"לגבש הצעה להסדרה של מסגרות התעסוקה המוגנות"** (ונעיר כי המלצה בקשר לכך ניתנה על ידי בית דין זה גם בעניין **עזריאל**). בינואר 2020 סוכם כי יגובש נייר עמדה מסודר של הגורמים המקצועיים, אך גיבושו של נייר כאמור טרם הושלם. בספטמבר 2020 עדכנה המדינה כי **"במסגרת בחינת הסוגיה העומדת לדיון, הורה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה... על קיום עבודת מטה בין-משרדית רחבה, לבחינת אפשרויות ההסדרה הכוללת של הנושא"**. עם זאת עד כתיבתו של פסק דינו לא הוגש עדכון כלשהו בקשר לכך.

עמדת עמותת "בזכות"

29. עמותת "בזכות" - המרכז לזכויות אדם לאנשים עם מוגבלויות" (להלן: **העמותה**), צורפה להליך לבקשתה כידידת בית המשפט, נוכח הטעויות שנפלו לשיטתה בפסק דינו של בית הדין האזורי. העמותה הרחיבה על השינוי המהותי שחל בנוגע לזכויות אנשים עם מוגבלות בשנים האחרונות כפי שבא לידי ביטוי בחקיקה ובפסיקה, והדגישה את חשיבותה של העבודה כנדבך מרכזי בחייהם של בני אדם, ומכאן גם החשיבות של שילובה בחייהם של אנשים עם מוגבלות. הצורך בפעולות אקטיביות לצורך כך נובע גם מהנתונים הסטטיסטיים, המלמדים כי רק כ-60% מהאנשים עם מוגבלות בגיל העבודה מועסקים, וזאת ללא קשר הכרחי ליכולת עבודתם אלא גם בשל דעות קדומות וסטריאוטיפים כמו גם חסמים שונים.

העמותה סבורה כי השילוב אמור להתבצע בראש ובראשונה בשוק העבודה הפתוח, עם או ללא התאמות (לפי הצורך), ולחלופין במסגרת תכניות של משרד הבריאות ומשרד הרווחה לעבודה "נתמכת", תוך השתכרות (במקרים המתאימים) של שכר מינימום מופחת. האופציה של העסקה במפעלים מוגנים קיימת גם היא, אך נועדה לשמש (כך לפחות לשיטתה) כמסגרת מעבר בלבד, לצורך קבלת כלים וכישורים כהכנה לשוק החופשי, ולא לצורך עבודה סגרגטיבית (נבדלת ונפרדת) קבועה, שעלולה להנציח את הסטריאוטיפים וההדרה בניגוד למגמות





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

החדשות. העמותה הפנתה בקשר לכך, בין היתר, למודלים בארצות הברית (שם אין עוד הכרה במפעלים מוגנים כמקום תעסוקה לטווח ארוך) ובגרמניה (שם יישאר במפעל מוגן רק מי ששיקומו לא אפשר את המעבר לשוק הפתוח, ואזי יוכר כעובד לכל דבר של המפעל המוגן). כן הפנתה להחלטת ממשלה מס' 4193 מיום 29.1.12, במסגרתה הונחו מנכ"לי משרדי הבריאות והרווחה לבצע את הפעולות הנדרשות כדי להבטיח "רצף תעסוקתי למעבר מתעסוקה מוגנת לתעסוקה נתמכת בשוק הפתוח ולצורך שיפור מערך התעסוקה המוגנת", ולהצהרות המטה לשילוב אנשים עם מוגבלות בתעסוקה במשרד הרווחה - עוד משנת 2012 - בדבר רביזיה המתוכננת בתחום גם בישראל.

30. העמותה מדגישה כי למרות כל זאת ההעסקה במפעלים המוגנים - אף שחלה על אוכלוסייה רחבה של אנשים עם מוגבלות, לרבות אנשים עם יכולת תפקודית גבוהה - מוסדרת בנהלים שאינם אחידים, לרבות ביחס לשכרם של המועסקים ושעות עבודתם, באופן הפוגע בזכויות המועסקים. לכך יש להוסיף כי התכלית השיקומית לא תמיד מתקיימת; לעיתים ההפניה ל"מפעל מוגן" להבדיל מאופציות אחרות נעשית מטעמים שרירותיים, לרבות חוסר ידע או דעות קדומות, כך שקבוצות מסוימות מוסללות לתעסוקה במפעל מוגן ללא בדיקה אינדיבידואלית ממשית של יכולתם לעבוד בשוק החופשי עם התאמה (העמותה מפנה בקשר לכך לדו"חות מבקר המדינה משנת 2006 ומשנת 2014 מהם עולה לדבריה כי בין 30% ל-40% מהמועסקים במפעלים המוגנים יכולים היו להשתלב בשוק התעסוקה החופשי); אין ביקורת או פיקוח ממשיים על הפעילויות השיקומיות שאמורות להתקיים; ואף קיימים תמריצים שליליים לגורמים המפעילים את המפעלים בנוגע להוצאה מהם של עובדים בעלי תפוקה גבוהה (תוך הפניה בהקשר זה לדו"ח מבקר המדינה משנת 2016, לאמירות בפרוטוקול ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת במהלך דיון משנת 2012, ולנתונים הסטטיסטיים בדבר אחוזי המעבר ממפעלים מוגנים לתעסוקה נתמכת או לשוק החופשי שהם נמוכים במיוחד).

31. העמותה לומדת מהאמור לעיל כי אין כל סיבה להניח כי אנשים עם מוגבלות שהופנו למפעל מוגן הם מחוסרי יכולת עבודה, וודאי שאין להשוותם באופן



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

אוטומטי למי שהוכר כ"משתקם" לפי חוק המשתקמים, הכרה שניתנת רק לאחר בדיקה יסודית המובילה למסקנה כי אכן מוצדק להחריגו ממעמד "עובד". בהעדר בדיקה כזו ובהעדר הוראת חוק מפורשת, אין כל סיבה לפטור אדם עם מוגבלות דוגמת המערער מתחולת דיני העבודה תוך התעלמות מהצורך להבטיח זכויות קוגנטיות דווקא לאוכלוסיות מוחלשות, וגם אין אפשרות להניח באופן אוטומטי כי תכלית ההתקשרות בינו לבין המפעל המוגן הייתה שיקומית בעיקרה. לאור זאת, ומשלא הוכח בעניינו של המערער כי התכלית המרכזית של העסקתו הייתה שיקומית (כאשר היא מציעה לבחון זאת באופן פוזיטיבי ולא רק נגטיבי, היינו לבדוק אם אכן נערכה לו תכנית שיקומית ולא רק אם הייתה הצדקה כלכלית להעסקתו), יש להפעיל את המבחן המערער, ולקבוע לאורו כי המערער היה "עובד" לכל דבר.

העמותה מוסיפה כי גם פסקי הדין שניתנו בנסיבות דומות, דוגמת עניין **רוט** ועניין **נגר**, לא שללו את האפשרות להתקיימות יחסי עובד-מעסיק אלא קבעו כי יש לבחון בכל מקרה אם למטרה השיקומית נלוותה גם מטרה עסקית-כלכלית, בין בתחילת ההתקשרות ובין במהלכה, באופן המצדיק להכיר ביחסי עובד-מעסיק (וראו גם בתע"א (אזורי י-ם) 1129/08 **סימה ארזי - המרכז הקהילתי ע"ש זיו ומרקס** (4.8.11); להלן: **עניין ארזי**). למרות זאת שלל בית הדין האזורי את קיומם של יחסי עבודה בין המערער למת"ש מבלי להתייחס ולו באופן מינימאלי לנסיבות ההתקשרות ומאפייניה, לרבות תפוקת המערער ותרומתו למפעל, הצורך שלו בשיקום וההליכים השיקומיים שבוצעו או לא בוצעו לגביו, ועוד. העמותה סבורה לסיכום כי אין לשלול יחסי עובד-מעסיק בין העובדים במפעל מוגן לבין המפעל (ודאי כאשר לא הוכחה יכולת עבודה פחותה מ-20%), ולכל הפחות אין לשלול באופן גורף ואוטומטי כפי שעשה בית הדין האזורי, ללא בדיקה של נסיבות המקרה הקונקרטיות. הדברים נכונים מכוח קל וחומר בהתחשב בפערי הכוחות בין אנשים עם מוגבלות לבין מי שמעסיקם, וכן בינם לבין גורמי הטיפול והליווי ממשרדי הבריאות והרווחה, ובהיותה של האוכלוסייה מושא הדיון אוכלוסייה מוחלשת במיוחד. לחלופין יש לקבוע כי גם בהעדר יחסי עובד-מעסיק, יש להחיל על המועסק במפעל המוגן זכויות והגנות סוציאליות לאור תכלית החקיקה (כפי שנעשה בעניין **עזריאל** על ידי בית הדין האזורי).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

32. לצדדים ניתנה אפשרות להגיב לעמדת העמותה, והם חזרו בעיקרו של דבר על עמדותיהם. מת"ש הדגישה כי למעשה מבקשת העמותה לתקוף את פרקטיקת המפעלים המוגנים בכללותה, ואין זו הערכאה המתאימה או ההליך המתאים לכך. עוד טענה כי הצעת העמותה לבחון קונקרטית אם תכלית העסקתו של המערער הייתה שיקומית אם לאו - לא הועלתה על ידי המערער בבית הדין האזורי ומשכך יש לראות בה הרחבת חזית אסורה (אם כי נציין בקשר לכך כבר כעת, כי טענת המערער לכל אורך הדרך הייתה כי יש לראותו כ"עובד" לכל דבר, וככל שמת"ש טענה כי לא היה עובד שכן תכלית ההתקשרות הייתה שיקומית - לכאורה מדובר בטענה שלה ולא בטענה שהמערער אמור היה ליזום התייחסות אליה). עוד טענה כי הכנסותיה מפעילות המשתקמים נמוכות מהוצאותיה למשתקמים וההפרש ממומן מכספי התמיכה של עיריית תל אביב יפו והמשרדים הממשלתיים, אך מדובר בטענה עובדתית שלא באה לידי ביטוי בתצהירו של מר כנעני. לסיום חזרה והדגישה כי ככל שייקבע כי המערער או כל משתקם אחר הוא עובד מת"ש, הרי ששהותו במת"ש תיפסק לאלתר.

33. המדינה הדגישה, בתגובתה לעמדת העמותה, כי קביעה לפיה מתקיימים יחסי עובד-מעסיק בין משתקם למפעל מוגן משמעה כי חלים עליו כל חוקי המגן וכן זכויות מכוח משפט העבודה הקיבוצי, כאשר "קביעה זו תפגע ביכולתם של המפעלים המוגנים להגשים את מטרותם ולהוות חלק מהרצף הטיפולי לאנשים עם מוגבלות, ותשנה את טיב היחסים בין המשתקם לגורם המשקם". בנוסף, עצם האפשרות שמפעל מוגן יהא חשוף לתביעות של משתקמים מכוח חוקי העבודה עלולה לגרום לאפקט מצנן ביחס לפעילות המפעלים המוגנים בכללותה, נוכח הפגיעה במודל הכלכלי עליו מבוססת פעילותם (ואלא אם המדינה תבחר לממן את העלויות העודפות). משכך, מדיניות משפטית ראויה מצדיקה שלא להכיר בקיומם של יחסי עבודה במפעלים מוגנים, וזאת באופן גורף ומבלי לאפשר בדיקה פרטנית של האפשרות לכך בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו. לשיטתה, בדיקה פרטנית כזו "תפגע ביכולת לשמר את רצף שירותי השיקום... תעודד הישארות משתקמים במפעלים המוגנים, ואף עלולה לפגוע במוטיבציה של המשתקמים להתקדמות על הרצף" - שכן אנשים עם מוגבלות יעדיפו להישאר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

במפעלים המוגנים במקום לעבור למסגרות של השוק החופשי שישפרו את תנאי שכרם וזכויותיהם הסוציאליות.

ראוי לציין כי ב"כ העמותה השיב לדברים אלה באמירה כי "חברי ב"כ המדינה דיבר על חרב שמונחת על צוואר המפעלים, מדובר באותה חרב שמונחת על צווארו של כל מעסיק והיא נקראת זכויות סוציאליות ודיני מגן במשפט העבודה. ב"כ המשיבה אמרה שזו שאלה של כסף, אנחנו אומרים שזה לא רק, אלא שאלה של זכויות ולא רק אלא שאלה של איך החברה הישראלית רוצה להיראות. האם אנו רוצים להיות בשוויון או העסקה סגרגטיבית ללא הגנות לטווח ארוך".

דיון והכרעה

34. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים כפי שהובאו לפנינו בכתב ובעל פה ועיינתי בכל חומר התיק, הגעתי לכלל מסקנה כי דין ערעורו של המערער להתקבל וכי התקיימו יחסי עובד-מעסיק בינו לבין מת"ש בתקופה הרלוונטית. כתוצאה מכך, ומטעמים שאפרט בהרחבה, הוא זכאי לזכויות הסוציאליות שנתבעו על ידו אם כי לא להפרשי שכר. לאור הקביעה כי התקיימו יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים התייתר ערעורה של מת"ש בעיקרו, ובחלק שנותר להכרעה שוכנעתי כי יש לדחותו לגופו.

להלן יובאו הטעמים לקביעות אלה, כאשר תחילה תפורטנה הוראות החוק הרלוונטיות להעסקת עובדים עם מוגבלויות; בהמשך תפורט התשתית הנורמטיבית המסדירה את פעילותם של המפעלים המוגנים; ולאחר מכן יפורטו המבחנים הפסיקטיים להתקיימות יחסי עובד-מעסיק - בכלל ובהקשר של העסקת משתקמים בפרט. בהמשך לכך אדון במאפייני העסקתו של המערער עצמו, ולבסוף אכריע ברכיבי תביעתו לגופה.

התשתית הנורמטיבית - זכויות אנשים עם מוגבלות ושילובם השוויוני בעולם העבודה

35. דבר החקיקה העיקרי - העוסק בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ואמור לשמש מורה דרך מרכזי בסוגיה שבמחלוקת - הוא חוק השוויון, עליו נאמר כי הוא "דובר אלינו בלשון נאצלה כמוהו כחוקי יסוד" (בג"צ 6790/98 אברץ נ' פקיד הבחירות לעיריית ירושלים, פ"ד נב(5) 323, 335 (1998)) ואשר תכליתו - כפי





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

שנקבע בו במפורש - "להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו" (סעיף 2).

החוק משקף שינוי משמעותי בשיח הנוגע לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, מהתפיסה ששררה בעבר של הפרדה והדרה תוך התייחסות למוגבלות כאל פגם הדורש תיקון, לתפיסה המקובלת כיום לפיה האדם עם המוגבלות הוא "חבר רגיל בחברה שבה הוא חי" ומכאן ש"מטרת ההסדרים אינה להיטיב עמו בבדידותו, אלא לשלבו - בתוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת - במירקם הרגיל של חי החברה" (הנשיא אהרן ברק בבג"צ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים רעות, פ"ד נ(1) 19 (1996); להלן: עניין בוצר). בהתאם הובהר, כי החוק נועד לפרוץ את מעגל הקסמים שגרם לכך שמכשולים פיסיים בצד דעות קדומות וסטריאוטיפים הובילו לניכור והרחקה, וחוזר חלילה, על מנת "לפתוח את שערי החברה להשתלבותם המלאה של אנשים עם מוגבלות בקרבה" (מתוך דברי ההסבר להצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ז-1996, ה"ח 2525 (התשנ"ו) 628).

36. לצורך השגת מטרותיו בישר החוק, כפי שציינה ובצדק העמותה, על מספר שינויים תפיסתיים - מעבר משיח של "חסד" לשיח של זכויות; מעבר מראיית המוגבלות במרכז לשימת האדם במרכז; מעבר מתפיסה פטרנליסטית לתפיסה הקובעת כי אדם עם מוגבלות זכאי לקבל החלטות בעצמו; ומעבר מסגרציה ובידוד להכללת אנשים עם מוגבלות כחלק בלתי נפרד מהקהילה, תוך ביצוע ההתאמות וההנגשות הנדרשות לצורך כך (להרחבה על השינוי התפיסתי ראו למשל: בג"צ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר (5.5.14), להלן: בג"צ מחמלי; עב"ל (ארצי) 12705-12-11 אליהו עילם - המוסד לביטוח לאומי (19.4.17); ע"ע (ארצי) 12264-10-13 יוסף כהן - עיריית תל אביב יפו (21.8.17), להלן: עניין כהן; שגית מור, אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה - מתיקון הפרט לתיקון החברה, עיוני משפט ל"ה 97 (2012)). כפי שכתבתי במקום אחר:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

"בעבר, נקודת המוצא הייתה כי המבנה החברתי ושוק העבודה הם בגדר נתון, כך שעל אנשים עם לקות כלשהי, שנתפסה כבעייתו של הפרט וכמעין תכונה אישית אינהרנטית שלו, להתאים עצמם אליו. בהתאם, סביבת העבודה ונהלי העבודה, כמו גם דרכים, מקומות ושירותים שהם חלק מהמרחב הציבורי, עוצבו באופן ניטראלי כביכול אך מבלי להביא בחשבון את צרכיהם של אנשים עם מוגבלות. כפועל יוצא מכך ה"פתרון" למוגבלות היה מתן קצבאות, ניסיונות לריפוי ושיקומו של הפרט, ניסיון לשלב במערכות הקיימות מבלי לשנותן או לחלופין העמדת שירותים ייחודיים ונבדלים לבעלי לקויות. חקיקת החוק נועדה לשנות את נקודת המוצא...

החוק משקף גישה הרואה במוגבלות ביטוי למגוון ולריבוי האנושי הקיימים בחברה, אשר נדרשת לנהוג באורח שוויוני כלפי כל אחד מחבריה ולצורך כך לנקוט בפעולות אקטיביות על מנת להתאים עצמה גם לצרכיהם של אנשים עם מוגבלות. החוק משקף הבנה כי קשייו של אדם עם מוגבלות להשתלב באופן שוויוני בתחומי החיים השונים נובעים לפחות בחלקם מחסמים שעל החברה להסיר - בין חסמים תודעתיים-תפיסתיים דוגמת עמדות שליליות ודעות קדומות, ובין חסמים פיזיים ומבניים הנובעים מאי ביצוע ההתאמות הדרושות לצורך שילוב מלא ושוויוני...

החוק מכיר אם כך בהיותה של המוגבלות - מבלי להתכחש לקושי ולאתגר האישיים הכרוכים בה - תוצר של הבניה חברתית... החוק קורא לפיכך לשילוב והכללה של אנשים עם מוגבלויות, תוך הסרת חסמים ומכשולים העומדים בדרכם להשתתפות מלאה ושוויונית בכל תחומי החיים, ותוך הבנה כי לצורך כך נדרש תיקון מערכתי-מבני של הנורמות הקיימות"

(ע"ע (ארצי) 34784-10-16 תרכובות ברום בע"מ - יהודית בורוכוב (15.10.18) והאסמכתאות שם; להלן: עניין תרכובות ברום).

37. עבודה, מטבע הדברים, היא חלק מרכזי מחיי האדם, ומקור לא רק לפרנסה אלא גם למשמעות, סיפוק, השתייכות קהילתית והגשמה עצמית. לאור זאת קיימת תמימות דעים באשר לתרומתה של העבודה לשילובם של אנשים עם מוגבלויות כחברים שווים בחברה, כמו גם לגבי תרומתה לקידום עצמאותם, הערכתם העצמית ואיכות חייהם (אריק רימרמן ושירי כץ, מדיניות התעסוקה המוגנת כלפי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

אנשים עם מוגבלויות קשות בארצות המערב ובישראל: סקירה ודיון, **ביטחון סוציאלי** 65, 111-113 (2004), להלן: **רימרמן וכץ**; כן ראו בעניין **כהן**). בהתאם כולל חוק השוויון פרק מרכזי המתייחס לתעסוקה ונועד לשנות את המצב הקיים, הן ביחס לשיעור השתתפותם של אנשים עם מוגבלויות בשוק העבודה והן ביחס לסוגי העיסוקים, התפקידים והמשרות המאוישים על ידם (ענינת אלבין ושגית מור, ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה בישראל, **עבודה חברה ומשפט** ט"ו 75 (2018); כן ראו בקשר לכך את סעיף 27 לאמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, שהתקבלה באו"ם בחודש דצמבר 2006 ואושרה על ידי מדינת ישראל בחודש ספטמבר 2012).

38. לצורך הגשמת התכלית של שילוב שוויוני של אנשים עם מוגבלויות בעולם העבודה נקבעה הוראה מפורשת האוסרת על הפלייתם של אנשים עם מוגבלות מחמת מוגבלותם בכל הנוגע לקבלתם לעבודה, תנאי העסקתם, קידומם ועוד (סעיף 8 לחוק השוויון), כאשר הודגש כי הפליה היא גם "**קביעת תנאים שלא ממין העניין**" (סעיף-קטן (ב)) ו"**אי ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו**" (סעיף-קטן (ה)). סעיף 8 מטיל אם כך על מעסיקים חובה פוזיטיבית ואקטיבית, ליצור תנאים שיאפשרו את העסקתם של אנשים עם מוגבלויות, כל עוד ההתאמות הנדרשות אינן יוצרות נטל כבד מדי (לפרשנות החובה ראו בבג"צ **מחמלי** וכן בע"ע (ארצי) 61235-02-17 **קופולק** (1949) בע"מ - **מיכאל חנשוילי** (16.10.18); להלן: עניין **קופולק**).

הסעיף אמנם מבהיר כי לצורך כניסה לגדרו נדרשת כשירות לתפקיד או למשרה, אך כבר נפסק כי את הדרישה לכך יש לפרש "**באופן מינימאלי שיגשים את תכלית החוק. לצורך כך אין להציב 'סף כניסה' גבוה מדי לסעיף 8, ויש למנוע טענות להעדר כשירות שעלולות להיות מבוססות על דעות קדומות, סטריאוטיפים או היצמדות לנורמות הקיימות תוך העדר יכולת להבחין בקיומן של התאמות**" (עניין **קופולק**). עוד נקבע כי רק אם יסתבר שאין באפשרותו של האדם עם המוגבלות לבצע דרישה מהותית של התפקיד גם לאחר ביצוען של התאמות סבירות אפשריות - תהא זו טענת הגנה טובה מצד המעסיק ביחס לאי קבלתו של אותו אדם לתפקיד או למשרה (שם, בהתבסס על בג"צ **מחמלי**). פרק התעסוקה ממשיך



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

וקובע חובת ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלויות במקומות עבודה (סעיף 9; לפירוט ראו בעניין **תרכובות ברום**). החוק אף מורה לשר הרווחה ליזום, לפתח ולהכין תכניות בדבר **"תעסוקה ושיקום אנשים עם מוגבלות, תוך העדפת שילובם במקומות עבודה רגילים"**, וכן להקים מערך מתאים "להבטחת שילובם של אנשים עם מוגבלות במעגל העבודה" ולמתן ייעוץ והדרכה לעובדים ומעסיקים לצורך שילוב של אנשים עם מוגבלות במקומות עבודה (סעיף 16).

39. לצד חוק השוויון וכהמשך לו נחקקו דברי חקיקה קונקרטיים לצורך הגשמת התכלית של שילוב אנשים עם מוגבלויות באופן שוויוני בתחומי החיים השונים. במסגרת זו ובין היתר נחקק חוק השיקום - מכוחו הופנה המערער על ידי משרד הבריאות לעבודה במת"ש - שנועד באופן קונקרטי לקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות נפשית. בהתאם קובע החוק כי מטרתו היא **"לשקוד על שיקומם ושילובם בקהילה של נכי הנפש כדי לאפשר להם להשיג דרגה מרבית אפשרית של עצמאות תפקודית ואיכות חיים, תוך שמירה על כבודם ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"** (סעיף 1; כך גם בדברי ההסבר: ה"ח 2782 התשנ"ט 222; לתכלית החוק ראו גם בבג"צ 3746/19 **פורום בריאות הנפש נ' משרד הבריאות** (29.7.21)). בהמשך לכך קובע סעיף 3 ש"נכה נפש" - הסובל מנכות רפואית בשל הפרעה נפשית בשיעור של 40% לפחות - רשאי לפנות לוועדת שיקום אזורית לצורך קביעת זכאותו לתכנית שיקום, המורכבת משירותים שונים הכלולים בסל השיקום, ואמורה להיבחן מדי שנה חודשים. בתוספת לחוק מפורט "סל השיקום" המתייחס לתחומי הדיור, השלמת ההשכלה, חברה ופנאי, נופשונים, טיפולי שיניים וכן "תחום התעסוקה" - כאשר האחרון כולל את הדברים הבאים:

"סיוע בהפניה ובמימון של שירותי השיקום האלה:

- (1) **אבחון - שירות לאבחון יכולתו העכשווית והגלומה של נכה הנפש;**
- (2) **מרכז שיקום מקצועי - שירות הנותן אבחון, הכשרה לעבודה והשמה במקום תעסוקה מתאים;**
- (3) **שילוב בעבודה:**
 - (א) **שירות המסייע להשתלב בשוק העבודה החופשי כשכיר או כעצמאי;**
 - (ב) **בתעסוקה נתמכת - שירות המסייע להשתלב בתעסוקה שיקומית מוגנת בשוק החופשי;**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

(ג) במפעל מוגן - שירות תעסוקה שיקומית מוגנת למי שאינו מסוגל להשתלב בשוק החופשי;

(4) מועדון תעסוקתי - שירות טרום תעסוקתי המשלב פעילות חברתית, הקניית מיומנויות חיים ותעסוקה".

40. לאמור אוסיף כי הגדרת "שיקום" בסעיף 2 לחוק היא כ"תהליך המכוון במסגרת הקהילה לפיתוח היכולות והמיומנויות של נכה הנפש, כדי להבטיח לו דרגה מרבית אפשרית של עצמאות תפקודית ואיכות חיים, והמלווה במעקב רפואי, לרבות כל אחד מאלה: (1) מימוש זכויותיו של נכה הנפש בתחום הדיור, התעסוקה, הלימודים וההכשרה המקצועית; (2) הכשרה לפיתוח מיומנויות חברתיות וניצול שעות הפנאי של נכה הנפש". עוד ראוי לאזכר את סעיף 24 לחוק, המבהיר כי "חוק זה בא להוסיף על הוראות כל דין ולא לגרוע מהן", ואת סעיף 22 הקובע סמכות ייחודית לבית הדין לעבודה לדון בכל תובענה שעילתה בחוק זה (ויצוין כבר כעת, במענה לטענות המערער בקשר לכך, כי הקניית הסמכות הייחודית לבית הדין לעבודה נובעת מהיותו הערכאה החברתית העוסקת בענייני ביטחון סוציאלי, ואין לכך לטעמי השלכה ממשית על הסוגיה שבמחלוקת בתיק שלפנינו).

הוראות חוק השיקום מלמדות שמטרה עיקרית שלו היא שילובם של אנשים עם מוגבלות נפשית בקהילה תוך הליך שיקום אינדיבידואלי המותאם לצרכיו של כל אדם (מובן במגבלות "סל השיקום" המוגדר בחוק), כאשר מטרת השיקום כפולה - עצמאות תפקודית מרבית לצד איכות חיים, וכל זאת תוך הדגשת החשיבות שבשמירה על כבודם של נכי הנפש. עוד עולה כי השיקום כולל סיוע בהפניה ובמימון של "שילוב בעבודה", שילוב שיכול להתבצע בשלוש דרגות - תעסוקה בשוק החופשי; תעסוקה נתמכת (שמשמעה תעסוקה בשוק החופשי תוך ליווי של גורמי שיקום); וכאופציה שלישית - שאמורה להתקיים רק לגבי מי שאינו מסוגל להשתלב בשוק החופשי - מפעל מוגן. לשלוש הרמות ניתן וצריך לצרף, כך לפחות לכאורה, התאמות מכוח חוק השוויון. דבר נוסף שניתן ללמוד מהחוק הוא כי שילוב ב"מפעל מוגן" מהווה מבחינת המחוקק שילוב "בעבודה" (כחלק ממדרג שלוש הרמות שפורטו לעיל), וזאת להבדיל מ"מרכז שיקום מקצועי" הנותן



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

"הכשרה לעבודה", ולהבדיל מ"מועדון תעסוקתי" שהוגדר במפורש כשלב טרום-תעסוקתי לצורך הקניית מיומנויות חיים ותעסוקה.

41. הוראת חוק נוספת שיש לה רלוונטיות ישירה לענייננו היא סעיף 17 לחוק שכר מינימום, הקובע כדלקמן:

"(א) הוראות חוק זה יחולו לגבי עובדים שיש להם מגבלות גופניות, נפשיות או שכליות המועסקים במפעלים מוגנים שאוצר המדינה משתתף בתקציבם, בין אם מלאו להם 18 שנה ובין אם לאו, אם קבע כך שר העבודה והרווחה בתקנות, באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, דרך כלל או לסוגים; בתקנות כאמור יכול שייקבע שכר מינימום הנמוך מהאמור בחוק זה.

(ב) השר, באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, רשאי לקבוע בתקנות הוראות בדבר תחולתו של חוק זה על עובדים שיש להם מגבלות גופניות, נפשיות או שכליות אף שאינם מועסקים במפעלים מוגנים כאמור בסעיף קטן (א), ויכול שיקבע שכר מינימום לעובדים כאמור או לסוגים מהם, בשיעורים נמוכים מהאמורים בחוק זה."

סעיף 17 יוצא מנקודת הנחה כי במקרים מסוימים יכולתם ותפוקתם של אנשים עם מגבלות עשויה להיות נמוכה יותר, ומשכך ראוי לעודד את העסקתם באמצעות מתן האפשרות לקבוע שכר מינימום מופחת ומותאם (עניין **רוט**; נטע זיו, אנשים עם מגבלות - בין זכויות חברתיות לערכים קיומיים, **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 813, 849 (2004); להלן: **זיו**). אפשרות זו "נועדה לא רק לעשות צדק עם המעבידים, אלא גם להיטיב עם העובדים, שהרי אחרת סביר כי מעביד יעדיף להעסיק עובד מבוגר שאין לו מגבלות גופניות, נפשיות או שכליות, ולא עובד קטין או עובד שיש לו מגבלות כאלה" (בג"צ 1163/98 **שדות נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נה(4) 817 (2001); להלן: עניין **שדות**).

עוד מבהיר הסעיף (כך לפי הפרשנות שניתנה לו בפסיקה) כי למעט אם ייקבע אחרת בתקנות - חוק שכר מינימום אינו חל על עובדים עם מגבלות המועסקים **"במפעלים מוגנים שאוצר המדינה משתתף בתקציבם"** (סעיף-קטן (א); עניין **רוט**; עניין **שדות**). נקודת המוצא של הוראה זו (ככל הנראה, שכן אין לכך הסבר מפורט בדברי ההסבר להצעת החוק) היא כי מפעלים מוגנים נועדו להעסקת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

עובדים עם מוגבלויות שאינם יכולים להשתלב בעבודה בשוק החופשי (ומכאן שיכולתם התעסוקתית או תפוקתם עשויה להיות מופחתת), ובהתאם נתמכים מפעלים אלה מתקציב המדינה. משכך, שכר המינימום שנקבע לצורך העסקה בשוק החופשי אינו בהכרח מתאים להעסקה הנעשית במסגרתם, אלא אם ייקבע בתקנות אחרת (תוך מתן אפשרות לקבוע בתקנות גם שכר מינימום מופחת). במאמר מוסגר אוסיף כי היבט נוסף שיש לו קורלציה מסוימת לענייננו וייתכן שנלקח בחשבון על ידי המחוקק הוא כי קצבת הנכות המשולמת מהמוסד לביטוח לאומי ושיעורה (כמו גם עצם הזכאות לה) תלויים בין היתר בהכנסתו של הנכה. עם זאת איש מהצדדים לא העלה נקודה זו בטיעוניו, ובשנים האחרונות חל שינוי משמעותי בהקשר זה בחוק הביטוח הלאומי, במסגרת תיקון מס' 109 לחוק זה הידוע כ"חוק לרון" ונועד לעודד נכים להשתלב בשוק העבודה.

42. תקנות שכר מינימום, שהותקנו מכוח סמכות השר בסעיף 17 הנ"ל, מחילות את חוק שכר מינימום על "עובד עם מוגבלות" שמועסק או מיועד להיות מועסק "במקום עבודה שאינו מפעל מוגן שהאוצר משתתף בתקציבו" (כך לפי ההגדרה בתקנה 1), בכפוף לשינויים המפורטים בתקנות. תקנה 3 קובעת כי **"עובד עם מוגבלות או מי שמוסמך או מורשה לפעול בשמו לעניין זה, רשאי לפנות אל המנהל [מנכ"ל משרד הרווחה או מי שהוסמך על ידו - ס.ד.מ.] בבקשה למתן החלטה על שכר מינימום מותאם לאותו עובד"**, ותקנה 4 מקנה ל"מנהל" סמכות לקבוע שכר מינימום מופחת לעובד עם מוגבלות, בהתאם ליכולת העבודה שנקבעה לו (ככל ששוכנע כי היא פחותה מיכולת העבודה הרגילה באותו תפקיד), על פי מדרג הקבוע בתקנה (ונוע בין 30% ל-80% משכר המינימום בגין יכולת עבודה העולה על 19% ואינה עולה על 80% מיכולת העבודה הרגילה באותו תפקיד).

אין חולק כי נוכח ההגדרות בתקנה 1, התקנות אינן חלות על עבודה ב"מפעל מוגן". מכאן שהשר הממונה החליט במודע שלא לקבוע את תחולתו של חוק שכר מינימום - בין באופן מלא ובין מותאם - על מי שמועסק במפעל מוגן. לצד זאת פתח אפשרות לקביעת שכר מינימום מופחת במקרים המצדיקים זאת לעובדים עם מוגבלות שמועסקים בשוק החופשי, תוך הבהרה כי לא די בהסכמת הצדדים בקשר לכך אלא נדרשת הפעלה של המנגנון המפורט בתקנות וכולל אישור של



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

מנכ"ל משרד הרווחה או מי שהוסמך על ידו, לאחר בדיקה פרטנית של יכולת העבודה של אותו אדם (על התכלית של קביעת שכר מינימום מופחת במקומות עבודה "רגילים" כדי לעודד העסקת עובדים עם מוגבלות במסגרתם, ולא רק במפעלים מוגנים שהם "מקומות עבודה סגרגטיביים", ראו אצל זיו, בעמ' 849). עוד ניתן ללמוד מהתקנות כי "קו הגבול" מבחינת מחוקק המשנה, המצדיק תשלום שכר מינימום גם אם מופחת, הוא יכולת עבודה של 19% מיכולת העבודה הרגילה, שכן גם בשיעור כזה קיימת תרומה של האדם העובד למקום העבודה בו הוא מוצב ולתפקיד אותו הוא מבצע. במקביל עולה שיכולת עבודה של 80% ומעלה אינה מצדיקה קביעת שכר מינימום מופחת, היינו מזכה בשכר מינימום רגיל (לכל הפחות).

43. חוק רלוונטי נוסף הוא חוק המשתקמים, שחוקק כהוראת שעה לחמש שנים שהוארכו לחמש שנים נוספות ומשכך פקע בשנת 2017 (לאחר סיום העסקתו של המערער במת"ש, אך כפי שיפורט להלן ממילא לא הייתה לו השלכה ישירה עליו). חוק המשתקמים, בניגוד לדרך בה התייחס אליו בית הדין האזורי, מתייחס כולו אך ורק לעובדים עם מוגבלות שנקבע כי יכולת התעסוקה שלהם פחותה מיכולת העבודה הרגילה באותו תפקיד ובאותו מקום עבודה בשיעור של 81% לפחות (כך לפי הגדרת "משתקם" בסעיף 1 כ"מועסק עם מוגבלות שהמנהל קבע כי הוא משתקם לפי הוראות סעיף 3(ב)", והוראת סעיף 3(ב) בה נקבע כי "מצא המנהל [מנכ"ל משרד התעשייה המסחר והתעסוקה או מי שהוסמך על ידו - ס.ד.מ.] כי יכולת התעסוקה של מועסק עם מוגבלות פחותה, עקב מוגבלותו, מיכולת העבודה הרגילה באותו תפקיד ובאותו מקום תעסוקה בשיעור של 81% לפחות, יקבע המנהל כי הוא משתקם לעניין חוק זה...").

ביחס לעובדים כאמור (ורק בקשר אליהם) נקבע כי "בין משתקם במקום תעסוקה רגיל [המוגדר כ"מקום תעסוקה שאינו מפעל מוגן, מרכז לשיקום מקצועי תעסוקתי, מועדון תעסוקתי וכיוצא באלה, ואשר עובדים בו או עשויים לעבוד בו מי שמתקיימים לגביהם יחסי עובד ומעביד" - ס.ד.מ.] ובין מעסיקו או הגורם השיקומי המלווה - אם ישנו, לא יחולו יחסי עובד ומעביד" (סעיף 2(א)). בד בבד הסדיר החוק את כל הכרוך בהעסקתם של עובדים אלה (שכאמור יכולת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

תעסוקתם הוערכה על ידי גורם מקצועי ככזו שאינה עולה על 19% מיכולת עבודה רגילה באותו תפקיד), לרבות גמול התעסוקה שישולם להם (בסכומים השווים ל-10% ו-19% משכר מינימום) וכן הוראות בדבר איסור אפליה; בטיחות בעבודה; מניעת הטרדה מינית; זכאות לחופשה, מחלה וימי חגים בתשלום; היקף מירבי של שעות עבודה וזכאות למנוחה שבועית והפסקות; החזר הוצאות נסיעה; זכאות להודעה המפרטת את תנאי התעסוקה; ועוד.

44. בדברי ההסבר להצעת חוק המשתקמים (ה"ח התשס"ז 143, עמ' 140) נקבע כי החוק נחקק **"מתוך הכרה בחשיבות התעסוקה של אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה הפתוח..."**, אך הודגש כי **"הצעת החוק אינה גורעת מכל זכות של עובד עם מוגבלות עם יכולת עבודה מופחתת שהמנהל לא קבע לגביו כי הוא משתקם, דהיינו מי שלא בוצעה לגביו הערכת יכולת תעסוקה או מי שלאחר הערכת יכולת תעסוקה נמצא כי יכולת התעסוקה שלו עולה על שיעור של 25% מיכולת העבודה הרגילה באותו תפקיד"** (בחוק עצמו נקבעה בסופו של דבר אף יכולת תעסוקה נמוכה יותר). החוק נועד אם כך לקבוצה מוגדרת של אנשים עם מוגבלות שיכולת עבודתם מופחתת משמעותית כתוצאה ממוגבלותם, וזאת לא לפי הערכה סתמית אלא לאחר קביעת יכולת תעסוקתם בפרוצדורה מקצועית-אובייקטיבית סדורה הקבועה בחוק ובאישור הגורם המוסמך מטעם המדינה. החוק נתן תמריצים לעידוד העסקתם בשוק העבודה הפתוח לרבות תוך הבהרה כי בנסיבות מיוחדות אלה, ולאור יכולת העבודה המופחתת המלמדת כי תכלית ההתקשרות היא שיקומית בעיקרה, לא ייווצרו יחסי עובד-מעסיק בין המשתקם לבין מי שהעסיקו.

חוק המשתקמים משלים למעשה את תקנות שכר מינימום, בהתייחסו להעסקה בשוק העבודה הפתוח של אנשים עם מוגבלות שיכולתם התעסוקתית נמוכה מזו שניתן לה מענה בתקנות שכר מינימום (שכן התקנות מתייחסות לשכר מותאם מינימאלי של 30% משכר המינימום, בגין יכולת עבודה בשיעור העולה על 19% מיכולת העבודה הרגילה). כאמור, החוק פקע בשנת 2017 וטרם חודש, על אף שקיימת טיוטת חוק ממשלתית שמטרתה להמשיכו ואף להפכו לחוק קבוע (לדוגמא לדיונים בכנסת בקשר לכך, המשקפים את המורכבות הרבה הכרוכה בנושא ואת הדרכים השונות להשגת המטרה של שילוב אנשים עם מוגבלויות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

בתעסוקה, ראו את פרוטוקול מס' 731 משיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת מיום 25.6.12).

ראוי לציין בשלב זה כי במסגרת חוות דעתי ייעשה מעת לעת (מטעמי נוחות) שימוש במונח "משתקם" גם שלא בהתאם להגדרה המצמצמת הקבועה בחוק המשתקמים, וכי יש לאבחן היטב בין "משתקם" כהגדרתו בחוק זה לבין משתקם בהיבט הרחב יותר, של אדם עם מוגבלות המקבל שירותי שיקום מכוח חוק השיקום. גם לא נעלם מעיני כי עצם השימוש במונח "שיקום" עלול להתפרש כ"נטוע בתפיסה פטרונית, שיקומית וסגרגטיבית, שאינה הולמת עידן של זכויות" (שגית מור, עשרים שנה לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות - קווים לדמותה של מהפכה משפטית בהתהוות, **משפט וממשל** כ' 267 (2019); להלן: **מור**), אך זהו עדיין מונח משמעותי במסגרת חוק השיקום, מכוחו הופנה המערער למת"ש, ומשכך ייעשה בו שימוש (כאשר ממילא ניתן להניח כי קיימים מובנים שונים ל"שיקום", לרבות כאלה התואמים את עקרונות היסוד של חוק השוויון).

45. בית הדין האזורי למד מסעיף 2(א) לחוק המשתקמים, מכוח קל וחומר, כי אדם עם מוגבלות המועסק במפעל מוגן אינו יכול להיחשב כ"עובד". דעתי שונה. לטעמי נובע מפירוט הוראותיו של חוק המשתקמים ומההיסטוריה החקיקתית שלו כי נועד להסדיר סיטואציה ייחודית, ולעודד מעסיקים בשוק העבודה החופשי להעסיק גם עובדים בעלי יכולת עבודה מופחתת במיוחד שהוערכה על ידי גורם מקצועי מטעם המדינה כ-19% ומטה. רק ביחס ל"משתקמים" כאמור נקבע כי לא ייחשבו כ"עובדים", כאשר במקביל לקביעה זו וידא המחוקק כי יקבלו את זכויות המגן הבסיסיות (שפורטו על ידו במפורש במסגרת החוק). לפחות לכאורה, ניתן ללמוד מכך כי ביחס לכל "משתקם" המועסק במתכונת אחרת - הניח המחוקק כי זכויות המגן מוענקות לו ממילא מעצם היותו "עובד" לכל דבר, שאם לא כן - ניתן להניח כי דואג היה להבטיח את זכויות הבסיס האמורות גם למשתקמים אחרים. חוק המשתקמים תומך אם כך, לטעמי (הגם שאינו בתוקף אך ניתן להיעזר בו לצורך פרשנות) דווקא בעמדת המערער.

למעשה הדברים עולים גם מעמדת המדינה עצמה, שכן זו אישרה בסיכומיה כי חוק המשתקמים מלמד כי **"יכולת תעסוקה בשיעור 19%, מזו של אדם ללא**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

מוגבלות, היא 'קו הגבול' שהציב המחוקק אשר מעליו יש הצדקה לראות באדם עם המוגבלות כתורם תרומה כלשהי למעסיק, באופן המצדיק כינון יחסי עבודה. במקרים שבהם נקבע על ידי גורם מקצועי לגבי עובד עם מוגבלות כי יכולת התעסוקה שלו מופחתת במיוחד, ביחס לאדם ללא מוגבלות (מתחת ל-19%), לא מתקיימת מערכת יחסי עבודה שכן מהות מערכת היחסים בין הצדדים הינה שיקומית" (סעיף 47 לעמדת המדינה בתגובה לעמדת העמותה). המדינה אמנם המשיכה והסיקה מכך כי "מכוח קל וחומר" ברי שאין יחסי עובד-מעסיק במסגרת מפעל מוגן "שהוא במהותו מסגרת שיקומית מובהקת", אך לא הסבירה כיצד מסקנתה זו עולה בקנה אחד עם העובדה שהפניה למפעל מוגן אינה מחייבת כל הערכה של יכולת התעסוקה, וגם עם העובדה כי לפחות ביחס למערער - הן מת"ש והן המדינה לא ניסו לטעון כי יכולת תעסוקתו מופחתת בכלל, ומופחתת בשיעור של 81% בפרט. בנוסף לא הסבירה המדינה כיצד מסקנתה מתיישבת עם העובדה שלא קיימת הוראת חוק מפורשת הקובעת העדר יחסי עובד-מעסיק ביחס למפעל מוגן (להבדיל מסעיף 2(א) לחוק המשתקמים).

46. כסיכום ביניים ביחס להוראות החקיקה :

- א. חוק השוויון יצר שיח חדש בכל הנוגע לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות - של שילוב מכבד והשתתפות שוויונית בכל תחומי החיים, לרבות בתעסוקה. מהוראות החוק נובעת חובה פוזיטיבית על המדינה להגן על זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ולדאוג באופן אקטיבי למימושן. עוד מטיל החוק חובות שונות על מעסיקים ציבוריים ופרטיים, לרבות בביצוע התאמות שיאפשרו את העסקתם של אנשים עם מוגבלויות, כל זאת כזכות ולא כחיסד. לאורם של עקרונות יסוד אלה יש לבחון את השאלה שהובאה לפתחנו (וראו בקשר לכך גם אצל מור, לעיל).
- ב. חוק השיקום - שחל על אנשים עם מוגבלות נפשית - נועד להשגת עצמאות תפקודית מרבית לצד איכות חיים, תוך שמירה על כבודם ושילובם בקהילה. במסגרתו ניתנים בין היתר הפניה ומימון של "שילוב בעבודה", לרבות - כאופציה שאמורה להיות אחרונה ביחס למי שאינו מסוגל להשתלב בשוק החופשי - באמצעות הפניה למפעל מוגן (אשר מוגדר במפורש בחוק כ"שילוב בעבודה").



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

ג. סעיף 17 לחוק שכר מינימום החריג את תחולתו של חוק שכר מינימום ביחס לאנשים עם מוגבלות המועסקים במפעל מוגן, ולכן העסקתם אינה כפופה לחוק זה. דרך אחת להתייחס לכך היא כי נקודת המוצא של המחוקק הייתה שאין מדובר ב"עובדים", ולכן רק אם יסבור מחוקק המשנה שיש להחיל עליהם את החוק - יעשה כן. אפשרות נוספת היא ללמוד מעצם הצורך בחקיקתו של סייג - כי לשיטת המחוקק מדובר ב"עובדים" שחוק שכר מינימום אמור היה לחול עליהם, אלמלא נקבע סייג מפורש (שלא נקבע על ידי המחוקק בכל חוק מגן נוסף).

ד. הוראות דין רלוונטיות נוספות הן חוק המשתקמים (שהיה בתוקף בתקופת עבודתו של המערער במת"ש, וגם לאחר פקיעתו ניתן להיעזר בו לצורך פרשנות), וכן תקנות שכר מינימום. שילוב הוראותיהם של חוק המשתקמים ותקנות שכר מינימום מלמד כי המחוקק קבע "קו גבול" של יכולת תעסוקה בשיעור 19%, שרק מתחתיה אין להכיר במבצע עבודה כ"עובד" (אך במקביל יש לדאוג לו לזכויות מגן בסיסיות בחקיקה נפרדת). מאידך מי שיש לו יכולת תעסוקה של 19% ומעלה - או מי שלא נערכה לגביו הערכה של יכולת תעסוקה - מוכר כ"עובד" אם כי ניתן לשלם לו, בכפוף לביצוע הפרוצדורה החוקית שנקבעה לצורך כך, שכר מינימום מופחת.

ה. מסקנה נוספת העולה מחוק המשתקמים היא כי ביחס לכל אדם עם מוגבלות שאינו עומד בהגדרת "משתקם" לפי אותו חוק (וכאמור מדובר בהגדרה מצמצמת הכוללת רק את מי שיכולת התעסוקה שלו נמוכה ב-81% לפחות מיכולת תעסוקה רגילה באותו תפקיד) - הניח המחוקק כי זכויות המגן מוענקות לו ממילא מעצם היותו "עובד", שאם לא כן - ניתן להניח כי דואג היה להבטיחן גם לו, כפי שעשה במסגרת חוק המשתקמים. בנוסף, העדרה של הוראת חוק מפורשת הקובעת העדר יחסי עובד-מעסיק ביחס להעסקה במפעל מוגן - הגם שהמחוקק מצא לנכון לקבוע הוראה מפורשת כאמור ביחס לסיטואציה אחרת המתייחסת להעסקתם של אנשים עם מוגבלות, במסגרת סעיף 2(א) לחוק המשתקמים - עשויה אף היא (אם כי לא בהכרח) לתמוך במסקנה כי לשיטת המחוקק מדובר ב"עובדים" לכל דבר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

התשתית הנורמטיבית הנוגעת ל"מפעלים מוגנים"

47. כפי שעולה מפירוטה לעיל של התשתית הנורמטיבית, כמעט ואין התייחסות בחקיקה ל"מפעל מוגן" (כאשר הצדדים לא חלקו כי המרכזים התעסוקתיים שמפעילה מת"ש אכן נופלים להגדרה זו). למעשה אין הגדרה כוללת או מקיפה ל"מפעל מוגן" בדבר חקיקה כלשהו, מלבד ההגדרה בסעיף 17(א) לחוק שכר מינימום שצוטטה לעיל ומבהירה כי מפעל מוגן - לפחות לצורך אותו סעיף - הוא מפעל שהמדינה משתתפת בתקציבו. אזכורים נוספים, המפנים לאותה הגדרה בחוק שכר מינימום, ניתן למצוא בחוק למניעת הטרדה מינית שיפורט להלן, ובתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות), התשס"ו-2006 (להלן: **תקנות ההתאמות**) הקובעות כי "מעביד" - לצורך מתן האפשרות להגיש בקשה למדינה למימון התאמות לעובד עם מוגבלות - אינו כולל "גוף ציבורי או מפעל מוגן שאוצר המדינה משתתף בתקציבו כמשמעותו בסעיף 17(א) לחוק שכר מינימום..." (סעיף 1).

אזכור של המונח "מפעל מוגן" ניתן למצוא גם בסל השיקום המפורט בתוספת לחוק השיקום (ראו הציטוט בסעיף 39 לעיל), ובפקודת מסי העיריה ומסי הממשלה (פיטורין), 1938 הקובעת פטור מארנונה ל"מפעל מוגן, לרבות מרכז עבודה שיקומית, המספק תעסוקה לאנשים עם מוגבלות, שמשדך העבודה הרווחה והשירותים החברתיים הכיר בו, ובלבד שלפחות 85 אחוזים מהאנשים עם מוגבלות כאמור משתתפים בתעסוקה בו לפי הפניה של משרד הרווחה והשירותים החברתיים, משרד הבריאות, משרד הביטחון או המוסד לביטוח לאומי..." (סעיף 5ג'(ה)(9)).

48. בהעדר חקיקה, מוסדרת פעילותם של המפעלים המוגנים - המופעלים על ידי ארגונים שונים, פרטיים וציבוריים - בנהלים שונים שהוצאו על ידי משרד הרווחה, משרד הבריאות ומשרד הביטחון (שהם שלושת המשרדים שמפנים אנשים עם מוגבלות לתעסוקה במפעלים מוגנים). הנוהל הרלוונטי לענייננו הוא נוהל 81.003 של משרד הבריאות (להלן: **הנוהל**), אשר מגדיר "מפעל מוגן שיקומי" כ"מפעל להעסקה ממושכת המאפשר לאלה שאינם מסוגלים לעבוד במסגרת השוק הפתוח לממש את הפוטנציאל שלהם כעובדים. מטרת השירות הינה להביא את



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

האדם למסגרת תעסוקתית שיקומית התואמת את יכולתו וכישוריו. המפעל חייב לאתר אנשים שיכולתם מאפשרת עבודה בשוק החופשי ולסייע להם בכון זה, ולאתר אנשים שיכולתם נמוכה מהנדרש מהמפעל להשמתם במועדון התעסוקתי" (סעיף 5.9 לנוהל).

הנוהל ממשיך ומגדיר "משתקם" כ"אדם בוגר (מגיל 18 ומעלה) פגוע נפשית, בעל יכולת תעסוקתית עכשווית פגומה, אשר מוגבלותו מצמצמת את יכולתו להשתלב במסגרת תעסוקה בשוק החופשי באופן עצמאי והוא זקוק לתמיכה, הכוונה וליווי, במסגרת הפועלת בתנאים מיוחדים, קרי: מפעל מוגן. אוכלוסיית המשתקמים מאופיינת בפוטנציאל חיובי להתמדה, דיוק ויחסי עבודה תקינים" (סעיף 5.12). ההפניה למפעל המוגן מתבצעת לפי הנוהל "ע"י גורמים ממשלתיים, ציבוריים ופרטיים הפועלים מטעם משרד הבריאות או גורמים אחרים המאושרים ע"י שירותי בריאות נפש" (סעיף 7.5.1), אך בלא שקיימים לצורך כך קריטריונים מסודרים או מוגדרים.

49. בהמשך הנוהל מפורטים הסטנדרטים להפעלתו של מפעל מוגן, וביניהם החובה בחתימת חוזה מול המשתקם (לצורך הסדרת חובות וזכויות שני הצדדים, תוך שמצוין שמטרתו שיקומית ולא משפטית); הכנת תכנית שיקומית בתיאום עם המשתקם; וכן פירוט כוח האדם שאמור להפעיל את המפעל (לרבות "מדריכי סדנה" שהם מדריכים מקצועיים; עובד סוציאלי/פסיכולוג/מרפא בעיסוק שהתקן בעניינו הוא בעל מקצוע אחד למאה משתקמים; ומנהל מפעל שאינו חייב להיות בעל רקע שיקומי או טיפולי). בנוגע לתנאי העסקתו של המשתקם קובע הנוהל את הדברים הבאים:

7.8.6" תגמולים:

- א. העסקת המשתקם במסגרת השירות תהיה בתנאים מיוחדים.
- ב. המשתקם יקבל הסבר כיצד מחושב התשלום הניתן לו.
- ג. המשתקם יקבל הסבר לגבי תגמולים אחרים שינתנו לו.
- ד. לפחות 90% מההכנסות מעבודת המשתקמים ישמשו לתגמול למשתקמים לאחר ניכוי ההוצאות על קניית חמרי גלם בלבד. הוצאות שוטפות כגון שכ"ד, ארנונה, תיקון מכונות, חשמל, מים, רו"ח מזכירות וכו' יכוסו מתשלומי משרד הבריאות.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

ה. התשלום יבנה מתוך קשר ישיר לתפוקת המשתקם הן במימד הכמותי והן במימד האיכותי".

עוד מפרט הנוהל את דרך "סיום ההתקשרות", לגביה נקבע כי "כל החלטה על סיום התקשרות עם המשתקם תהיה בהתאם לקריטריונים מקצועיים"; "כל החלטה על סיום התקשרות תתואם לפחות שבועיים מראש עם המשתקם עצמו, מתאם הטיפול ו/או המטפל האישי"; ואפשרות נוספת היא "העברת המשתקם למסגרת תעסוקה, בשוק החופשי" או "למסגרת תעסוקה שיקומית אחרת, שאינה מפעל מוגן" (סעיף 7.9).

מסקנות שניתן להסיק מהנוהל לענייננו הן ראשית שאין בו אמירה מפורשת בדבר אי קיום יחסי עובד-מעסיק בין ה"משתקמים" לבין המפעל, ואף נובע מהוראותיו כי מפעל מוגן הוא בראש ובראשונה "מפעל" - היינו מקום עבודה - שנועד לסייע לאנשים עם מוגבלות שאינם מסוגלים לעבוד בשוק הפתוח "לממש את הפוטנציאל שלהם כעובדים". בהמשך מתוארת המסגרת כ"מסגרת תעסוקתית שיקומית", היינו אין מדובר במרכז שיקומי-טיפולי אלא בראש ובראשונה ב"מסגרת תעסוקתית", אם כי בעלת מאפיינים ייחודיים.

50. עוד ראוי להזכיר להשלמת התמונה את תקנון העבודה הסוציאלית, שהוא "קובץ תקנות מפורט, הבא להסביר ולהסדיר את החוקים הקיימים בענייני רווחה במדינת ישראל" (כך מצוין לגביו באתר משרד הרווחה); אשר ניתן למצוא תוקף חוקי להוראותיו בתקנות שירותי הסעד (טיפול בנזקקים), התשמ"ו-1986; ואשר מתפרסם מעת לעת על ידי משרד הרווחה. פרק 5.18 לתקנון כולל את נוהל משרד הרווחה למפעלים מוגנים, וכותרתו "שירותי תעסוקה מקדמת לאנשים עם מוגבלות". נוהל זה, שאינו חל בענייננו, קובע כי מפעלים מקדמי תעסוקה הוקמו "במטרה לאפשר שיקום באמצעות תעסוקה עבור אנשים עם מוגבלות אשר נמצאים בשלב בו אינם מסוגלים להשתלב בעולם התעסוקה בשוק הפתוח", וקובע כללים לפעילותם של המפעלים המוגנים. בין היתר, נדרשים המפעלים לתת שירות של "אספקת תעסוקה - עבודה במגוון מסלולי ייצור, התאמת עמדות עבודה, קידום תעסוקתי", וכן הזנה (ארוחת צהרים חמה) ו"תכנית טיפול וקידום אישית" (לרבות הדרכה בסביבת העבודה ושיחות פרטניות וקבוצתיות).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

לעניין שכרם של המשתקמים, נקבע כי "השאיפה היא לשלם במפעל על פי חוק, ככל שזה לא מתאפשר ישולם למקבל השירות גב"ע - גמול ביצוע עבודה, אשר יינתן על סמך חלוקת הכנסות המפעל [בסעיף אחר נקבע כי הגמול ייקבע בהתאם להספק העבודה והנוכחות של מקבל השירות באותו חודש], וכן תשלום סובסידיה - השלמת תשלום כספי למקבלי גמול ביצוע עבודה [בסעיף אחר נקבע כי הכוונה לתוספת מהמשרד לאותם מקבלי שירות שאינם מקבלים שכר כחוק, כפוף לנוכחות רצופה של 16 ימים בחודש, ועד סך מירבי של 250 ₪ לחודש]". בסעיף נוסף נקבע כי "מנהל המפעל יחתים את מקבל השירות על אמנת שירות/חוזה טיפולי המצוי ברשותו בו מפורטים נהלי המקום, החובות והזכויות של שני הצדדים לרבות העובדה כי מקבל השירות שוהה במפעל לצורך קבלת שירותי שיקום תעסוקתיים ללא יחסי עבודה" (סעיף 8.4).

נוהל משרד הרווחה יוצא אם כך מנקודת מוצא מובלעת לפיה לא מתקיימים יחסי עובד-מעסיק בין "משתקם" לבין מפעל מוגן, אך לא קובע זאת במפורש; לא מפנה לתשתית הנורמטיבית עליה מתבססת הנחתו; ובמקביל לכל זאת שואף כי ה"משתקם" יקבל את זכויותיו "על פי חוק", כאשר ניתן להניח כי הכוונה היא לחוקי המגן המתייחסים ל"עובדים".

51. מהוראות הנהלים, כמו גם האזכורים המועטים בחקיקה, נראה כי ניתן לקבוע שמפעל מוגן הוא מפעל שניתנת לו תמיכה ממשלתית מסוימת, ומטרתו - ככלל - לספק תעסוקה לאנשים עם מוגבלויות שאינם מסוגלים להשתלב בשוק העבודה החופשי. המפעל מעניק אפשרות לתעסוקה "מוגנת" הלוקחת בחשבון את צרכיהם הייחודיים של אנשים עם מוגבלות, תוך שאיפה - שאינה יכולה להיות מוגשמת בכל המקרים - שתהא זו נקודה ברצף תעסוקתי שיוביל בהמשך לשוק העבודה החופשי (אם כי בפועל, לפי הנתונים הסטטיסטיים שהובאו על ידי העמותה, מוגשמת מטרה זו לגבי אחוזים בודדים בלבד מה"משתקמים"; וראו בקשר לכך גם את הנתונים המפורטים בדו"ח מבקר המדינה 64'א' משנת 2014). כפי שניתן להבין, המפעל המוגן מתאפיין בסוג העבודות המבוצעות בו (שהן פשוטות יחסית); בסביבת עבודה מכילה ותומכת שאמורה להתחשב בצרכיהם של אנשים עם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

מוגבלות (בענייננו - מוגבלות נפשית); בקיומו של עובד סוציאלי (או איש מקצוע מקביל) שאמור לסייע בהיבטים השיקומיים (אך זאת בתקן של עובד מקצועי אחד למאה משתקמים בנוהל משרד הבריאות, דבר שעשוי ללמד כי ההיבט השיקומי אינו אינטנסיבי); וכן בביצוע פעילות "שיקומית" שאינה מוגדרת באופן מפורש, וכוללת בעיקר (כך לפי הנוהל) "הקניית מיומנויות והרגלי עבודה" דוגמת שימוש בשעון נוכחות, שיפור איכות והספק העבודה, יחסי סמכות, שיתוף פעולה ועבודת צוות, לקיחת אחריות ויוזמה (סעיף 7.8.5 לנוהל משרד הבריאות; בנוהל משרד הרווחה אזכור גם להדרכות ושיחות).

עולה אם כך מהנהלים שהפעילות המרכזית המתבצעת במפעלים המוגנים היא עבודה/תעסוקה (שכן לכאורה לא מתקיימת פעילות טיפולית נפרדת במקביל לכך, לפחות לא באופן מרכזי), כאשר נקודת המוצא היא שעבודה זו המתבצעת על ידי המשתקם - הגם שיש לה (או יכול להיות לה) ערך יצרני וכלכלי - היא גם חלק מהפעילות השיקומית ומשולבת בה, שכן המשתקם לומד ונתרם מעצם האפשרות לעבוד תוך הכוונה ותמיכה (לגישות השונות בארץ ובעולם ביחס ליעדיו של המפעל המוגן - הנעות בין יעד יצרני ליעד של טיפול, כמו גם לפירוט ההסדרים החוקיים השונים הקיימים במדינות שונות בעולם ביחס למפעלים מוגנים - ראו אצל רימרמן וכץ, לעיל).

52. אוסיף כי מעבר להעדר הגדרה מפורשת בחקיקה לשאלה מהו "מפעל מוגן", גם אין הגדרה ברורה לזהות האנשים שיופנו אליו, כמו גם למאפייני העסקתם במסגרתו. העדר ההסדר החקיקתי בולט במיוחד על רקע ההגדרה המדויקת (והמצומצמת) שניתנה ל"משתקם" בחוק המשתקמים, יחד עם ההסדר החקיקתי המפורט שחוקק במסגרת אותו חוק ביחס לתנאי ה"העסקה" של ה"משתקם" במקום העבודה בו יועסק. לפחות בהיבט של נכי נפש המופנים מכוח חוק השיקום (שכן לא נדונו בפנינו הפניות הנעשות על ידי משרד הרווחה ומשרד הביטחון), ההפניה למפעל מוגן - כמו גם ההחלטה על שאר שירותי השיקום שיינתנו לאותו אדם - אינה מתבססת בהכרח על הערכת יכולת העבודה של האדם עם המוגבלות אלא היא חלק מתכנית שיקום כללית אשר נקבעת על ידי ועדה של אנשי מקצוע על סמך אבחון פסיכיאטרי תפקודי, עיון בתיק הרפואי, קבלת חוות דעת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

ממומחים בתחומים שונים וכן שמיעת נכה הנפש, בני משפחתו ואנשים אחרים בעלי עניין (סעיף 15 לחוק השיקום). גם בנוהל משרד הבריאות העוסק במפעלים מוגנים וצוטט לעיל, כל שצוין הוא כי משתקם הוא "אדם בוגר... בעל יכולת תעסוקתית עכשווית פגומה, אשר מוגבלותו מצמצמת את יכולתו להשתלב במסגרת תעסוקה בשוק החופשי באופן עצמאי..." - הא ותו לא, ללא קריטריונים אובייקטיביים ברורים.

העדרה של הסדרה חקיקתית ביחס לדרך ההפניה למפעלים המוגנים וזכויותיהם של האנשים עם המוגבלות המועסקים במסגרתם עשויה ללמד - אם כי לא בהכרח - כי מדובר ב"עובדים" לכל דבר, ומשכך לא נדרשה הסדרה קונקרטית בחקיקה ביחס לזכויותיהם.

53. בית הדין האזורי הסתמך על סעיף חוק נוסף בו קיימת אבחנה בין "עובד" לבין "עובד במפעל מוגן", והוא סעיף 3(א)6 לחוק למניעת הטרדה מינית. באותו סעיף נקבע כי הצעות בעלות אופי מיני, כמו גם התייחסויות המופנות לאדם ומתמקדות במיניותו, תיחשבנה כהטרדה מינית גם אם המוטרד לא הראה למטריד כי אינו מעוניין בהן, במגוון נסיבות הנקובות בחוק וביניהן "תוך ניצול מרות ביחסי עבודה" לגבי "עובד במסגרת יחסי עבודה", ובסעיף נפרד - "תוך ניצול יחסי מרות או תלות" לגבי "אדם עם מוגבלות המועסק במפעל מוגן" (כאשר מפעל מוגן מוגדר כ"משמעותו בסעיף 17 לחוק שכר מינימום..."; סעיפים קטנים ג' ו-ט'). בית הדין האזורי הסיק מכך כי המחוקק אבחן בין "עובד" ל"משתקם", אך קביעה זו אינה הכרחית. ההבחנה שנערכה מתייחסת לכך שלגבי אדם עם מוגבלות המועסק במפעל מוגן בחר המחוקק לקבוע כי ייתכן גם ניצול של "תלות" ולא דווקא של יחסי מרות. לא נובע מכך בהכרח כי מי שמועסק במפעל מוגן כלל אינו "עובד".

אזכור נוסף של העסקת אדם עם מוגבלות במפעל מוגן מופיע בסעיף 7 לחוק למניעת הטרדה מינית, המטיל חובה על מעסיק לנקוט אמצעים סבירים כדי למנוע הטרדה מינית או התנכלות "במסגרת יחסי עבודה". סעיף 7(ו) מבהיר כי בגדר "מעסיק" לצורך הסעיף כלול גם "בעלים ומפעיל במפעל מוגן" (וכן מעסיק לפי חוק המשתקמים); כי בגדר "עובד" כלול גם "אדם עם מוגבלות המועסק לפי חוק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים או במפעל מוגן"; וכי הגדרת "יחסי עבודה" כוללת גם "העסקה של אדם עם מוגבלות במפעל מוגן" (וכן העסקה לפי חוק המשתקמים). בעוד שההדגשה הנוגעת לחוק המשתקמים ברורה (שכן נקבע בו במפורש כי מי שמועסק מכוחו אינו "עובד"), עולה שאלה מדוע נזקק המחוקק להבהיר במפורש כי גם מי שמועסק במפעל מוגן הוא "עובד" לכל דבר לצורך תחולתו של סעיף 7.

54. בדברי ההסבר שקדמו לתיקון סעיפים אלה בחוק צוין כי "מפעל מוגן הוא מסגרת תעסוקתית שיקומית לאנשים עם מוגבלות... למפעל המוגן שתי מטרות - שיקומית ותעסוקתית... פעילותם של מפעלים מוגנים מוסדרת בנהלים של משרד הרווחה והשירותים החברתיים, שנקבע בהם בין השאר כי לא תתקיים במפעל מוגן מערכת של יחסי עובד-מעביד... נתונים סטטיסטיים מצביעים על שיעור גבוה של הטרדות מיניות של אנשים עם מוגבלות בהשוואה לאוכלוסייה הכללית. נוסף על כך, מערכת היחסים בין אנשים עם מוגבלות המועסקים במפעלים מוגנים ובין הסובבים אותם במפעל מתאפיינת לעתים בפערי כוחות. לנוכח האמור, ובמטרה למנוע ככל האפשר מקרי הטרדה מינית כלפי אנשים עם מוגבלות במפעלים מוגנים, מוצע להרחיב את תחולת סעיף 3 לחוק... גם להרחיב את תחולת החובות החלות על מעסיק לפי סעיף 7..." (דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מס' 11) (תחולה במפעלים מוגנים ועל משתקמים), התשע"ד-2014, ה"ח 554 תשע"ד בעמ' 111). גם בדיוני הכנסת בקשר להצעת החוק (דברי הכנסת, ישיבה מס' 137 מיום 21.5.14) נקודת המוצא הייתה כי אנשים עם מוגבלות המועסקים במפעל מוגן אינם "עובדים" לפי הוראות החוק הקיימות (כאשר דובר על המצב הקיים, ולא דווקא על זה הרצוי).

לטעמי, גם אם עולה מההיסטוריה החקיקתית כי בעת חקיקתו של סעיף 3(א)(6)(ט) לחוק למניעת הטרדה מינית סברו חברי הכנסת - על בסיס נהלי משרד הרווחה שפורטו לעיל ולא עמדו לביקורת שיפוטית - כי לא מתקיימים יחסי עובד-מעסיק במפעל מוגן, וגם אם הייתה זו נקודת המוצא האוטומטית של העוסקים בתחום, אין בכך כדי להשליך על הסוגיה באופן משמעותי שכן עדיין נדרשים אנו לבחון את השאלה בחינה מהותית על סמך אמות המידה שנקבעו לצורך כך



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

בפסיקה. בנסיבות אלה, ההדגשה הנוספת בדבר הכללתם של עובדים במפעלים מוגנים כחלק מהאוכלוסייה המוגנת מפני הטרדה מינית - אינה פוגעת בהיותם "עובדים" ככל שייקבע כי הם כאלה על סמך בחינה מהותית של מאפייני העסקתם. לאמור אוסיף כי מדברי ההסבר שצוטטו לעיל עולה עוד בבירור שלמפעלים המוגנים מטרה "תעסוקתית" ולא רק "שיקומית".

55. אזכור אחרון ל"מפעל מוגן" מצוי בצו ההרחבה בדבר השתתפות בהוצאות הבראה, שגם עליו הסתמך בית הדין האזורי. עם זאת כל שנקבע בצו זה הוא כי תחולתו היא על כל העובדים והמעסיקים בישראל, פרט ל"עובדים במפעלים מוגנים כאמור בסעיף 17(א) לחוק שכר מינימום...". לטעמי הצורך להוציא במפורש עובדים במפעלים מוגנים מתחולת הצו מלמד - ולו לכאורה - כי גם הם "עובדים" לכל דבר, גם אם הוחלט שלא ישולמו להם דמי הבראה. העובדה שנדרשה הוראה מפורשת כדי להוציאם מתחולת הצו - עשויה ללמד כי לשיטת השר הממונה שחתם על הצו (שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים), הם בגדר "עובדים". גם בצווי הרחבה נוספים הוחרגו במפורש אנשים עם מוגבלות המועסקים במפעל מוגן מגדרו של הצו (צו ההרחבה בענף הקרמיקה משנת 1986, צו ההרחבה בענף המוסכים משנת 1995 ועוד).

במאמר מוסגר אוסיף כי גם מבחינה מילולית, צווי ההרחבה שהחריגו אנשים עם מוגבלות המועסקים במפעל מוגן - ולמעשה גם כל שאר דברי החקיקה והנהלים המאזכרים את המפעלים המוגנים - לא נקטו במונחים "הצבה" במפעל מוגן או "שיבוץ" בו, אלא במונחים הלקוחים ישירות מעולם העבודה, דוגמת "עובדים" או "מועסקים".

56. עוד ראוי לאזכר כי לטענת העמותה, שלא הוכחה, בחברת "המשקם" - שהיא חברה מעורבת בבעלות משותפת של המדינה וההסתדרות הציונית המתפעלת מפעלים מוגנים - נחתם מול הסתדרות העובדים הכללית החדשה הסכם קיבוצי, המעניק לעובדי החברה שכר מינימום בשיעור 73% משכר המינימום לפי חוק (בהתבסס על סעיף 17(א) לחוק שכר מינימום הקובע שהחוק אינו חל, עם אפשרות להפחתה ל-40% משכר המינימום ככל שמדובר בעובד שדרגת נכותו גבוהה;



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

הסכם קיבוצי מס' 222/1988 שניתן לאיתור ברשם ההסכמים הקיבוציים). עצם חתימתו של הסכם קיבוצי ביחס לזכויותיהם של עובדים עם מוגבלויות במפעלים מוגנים תומכת אף היא בכך שאין כל מניעה עקרונית להכיר בעובדי מפעל מוגן כמי שמתקיים יחס של עובד-מעסיק בינם לבין המפעל המוגן במסגרתו הם מועסקים.

כן ניתן להפנות לנספח שהוכן על ידי משרד המשפטים וצורף לדו"ח אודות יישום האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות (צורף לעמדת העמותה), במסגרתו צוינו המפעלים המוגנים תחת הכותרת "**מקדמים עבודה אמתית עבור שכר אמת - תעסוקה מוגנת**" במסגרת הפרק "**תכניות ופרויקטים לעידוד תעסוקה**". מכאן שההתייחסות למפעלים המוגנים - לפחות במסגרת זו - היא אכן כאל עבודה כנגד שכר, ולא כאל שיקום שאינו עבודה.

57. לסיום פרק זה ראוי לציין כי מפעלים מוגנים לא הוצאו מגדרו של חוק השוויון, על אף שהוצאו במפורש (כמפורט לעיל) מגדר התקנות המאפשרות הגשת בקשה מצד מעסיק למימון התאמות. הדבר עשוי ללמד כי גם מועסקים במפעלים מוגנים הם "עובדים" הכפופים לפרק התעסוקה בחוק השוויון, והוצאו מגדר התקנות האמורות בהתחשב בכך שמעסיק במסגרת מפעל מוגן מתקצב ממילא על ידי המדינה ולכן, בדומה לגוף ציבורי, אינו יכול לבקש מימון נוסף לביצוע התאמות הגם שהוא מחויב לבצען. גם בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (לעיל ולהלן: **חוק הביטוח הלאומי**) לא נמצאה התייחסות קונקרטית למועסקים במפעל מוגן, הגם שביחס למשתקמים מכוח חוק המשתקמים - הבהיר המחוקק במפורש (בתקופה בה היה חוק המשתקמים בתוקף) כי משתקם כאמור נחשב כמצוי "בשיקום מקצועי" (סעיף 75(א)(3) לחוק זה) לצורך הכללתו בביטוח נפגעי עבודה, וכן קבע כי "גמול תעסוקה" המשולם למשתקם מכוח חוק המשתקמים פטור מתשלום דמי ביטוח (סעיף 350(א)(9) לחוק זה). מאידך לא נקבעו הוראות דומות ביחס למועסקים במפעל מוגן (מלבד בהנחיות פנימיות), דבר שעשוי ללמד כי מבחינת המחוקק - מדובר ב"עובדים" לכל דבר. להשלמת התמונה יוער כי בעבר הייתה התייחסות מפורשת בתקנות הביטוח הלאומי לעבודה במפעל מוגן לצורך בדיקת צמצום הכנסתו של נכה בעת קביעת הזכאות לקצבת נכות, אך



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

מחוקק המשנה בחר לבטלה (לאזכור התקנה הרלוונטית וביטולה ראו בדב"ע (ארצי) מז/0-63 **אברהם לזר - המוסד לביטוח לאומי**, פד"ע י"ט 80 (1987); להלן: עניין לזר). בפסיקה הובהר כי גם אם קיים "מרכיב שיקומי ניכר" בעבודת הנכה, אך זו עדיין "מביאה תועלת כלכלית למפעל" - יילקח בחשבון מלוא השכר המשולם לו לצורך בדיקת צמצום השתכרותו, ולא יבוצע "נטרול" של החלק השיקומי (שם), אם כי אותו פסק-דין לא ניתן ביחס למועסק במפעל מוגן).

58. **כסיכום ביניים של פרק זה**: בחקיקה אין הגדרה ל"מפעל מוגן", וגם לא הבהרה מי אמור להיות מופנה אליו ומה יהיה מעמדו (ולחלופין מה תהיינה זכויותיו, פרט להתייחסות בודדת בסעיף 17(א) לחוק שכר מינימום וכן בחוק למניעת הטרדה מינית). משכך, פעילותם של המפעלים המוגנים מוסדרת בנהלים פנימיים של משרדי הממשלה הרלוונטיים. נקודת המוצא של נהלים אלה, גם אם הדברים לא נקבעו בהם במפורש, ובהתאם גם של סעיף 3(א)(6)(ט) לחוק למניעת הטרדה מינית, היא ככל הנראה של העדר יחסי עובד-מעסיק בין "משתקם" לבין המפעל המוגן בו הוא מועסק, וייתכן כי הדבר נובע מנקודת הנחה של העוסקים בתחום (שהעמותה הדגישה שאינה נכונה בכל המקרים) לפיה מי שהופנה למפעל מוגן הוא בעל יכולת תעסוקתית מופחתת במיוחד. מאידך ניתן (אם כי לא בהכרח) להבין אחרת מסעיף 17 לחוק שכר מינימום; מתקנות ההתאמות; מצו ההרחבה בעניין השתתפות בהוצאות הבראה; מכריתתו של הסכם קיבוצי ביחס לעובדי חברת "המשקם"; וגם מעצם העדרה של חקיקה להסדרת זכויותיהם הסוציאליות והביטוחיות של עובדים המועסקים במפעל מוגן, ככל שתקבל ההנחה כי אינם "עובדים".

נתון נוסף העולה מהנהלים של משרדי הבריאות והרווחה הוא כי מפעל מוגן אינו מרכז שיקומי-טיפול אלא בראש ובראשונה "מסגרת תעסוקתית", אם כי בעלת מאפיינים ייחודיים שנועדו לאפשר שילובם של אנשים עם מוגבלות. משכך, נותרת על כנה השאלה אם מתקיימים אם לאו יחסי עובד-מעסיק בין המפעל המוגן לבין המשתקמים המועסקים במסגרתו, על סמך המבחנים שנקבעו לעניין זה בפסיקה. לבחינה זו ניגש כעת.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

המבחנים להתקיימות יחסי עובד-מעסיק: בכלל ובנוגע להעסקת "משתקמים" בפרט

59. כידוע, מעמדו של אדם כ"עובד" אינו נקבע על פי הגדרות הצדדים או מי מהם, אלא על פי נסיבות העניין כהווייתן והמבחן המעורב הכולל במרכזו את מבחן ההשתלבות (להרחבה על המבחנים ראו לאחרונה: ע"ע (ארצי) 15868-04-18 **גבריאל כותה - עיריית רעננה** (7.4.21)). למבחן ההשתלבות שני פנים - הפן החיובי, הבודק האם מבצע העבודה מהווה חלק מהמערך הארגוני הרגיל של ה"מפעל", והפן השלילי - הבוחן האם יש למבצע העבודה עסק עצמאי משלו. לכך מצטרפים מבחני עזר נוספים - דוגמת כפיפות (ישירה או ארגונית), ביצוע העבודה באופן אישי, סדירות הקשר ורציפותו, מידת התלות והבלעדיות, ועוד - וכל זאת על מנת להשיב על השאלה האם מדובר במועסק שראוי להכלילו תחת מטריית דיני העבודה לאור תכליתם (עניין **סרוסי**; עניין **צדקא**; גיא דוידוב, פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד, **ספר סטיב אדלר** 261 (2016)).

עם זאת עוד טרם הכניסה למבחנים אלה יש לעבור מבחן מקדמי, ועיקרו כי **"ביסודם של יחסי עובד-מעביד מונחת התקשרות חוזית, עת המטרה העיקרית של ההתקשרות היא ביצוע עבודה. ביצוע העבודה צריך שיהא מטרה בפני עצמה, ולא תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת"** (דב"ע (ארצי) לד/60-3 **עזבון בלה ורי - לאורווי בע"מ**, פד"ע ו' 10 (1974)). יש לבחון לפיכך אם מדובר במערכת יחסים שעניינה ביצוע "עבודה" (גם אם לא בהכרח במסגרת קשר חוזי: עניין **שדות**), שתוארה - בלשונו של בית דין זה בתחילת דרכו - כ"עשייה שהיא בבחינת פעילות כלכלית, או המיועדת לסיפוק צרכים של הזולת - בין הפרט ובין הציבור" (דב"ע (ארצי) לב/43-3 **יגאל הלפרין - הסתדרות מדיצינית הדסה**, פד"ע ד' 281 (1973); להלן: עניין **הלפרין**).

בד בבד הודגש כי גם כאשר קיימות להתקשרות מטרות נוספות - לא ישלול הדבר הכרה במועסק כ"עובד", שכן **"כאשר יש יותר ממטרה אחת והן משלימות זו את זו מבלי שהאחת תהיה טפלה לאחרת, גם אז יראו בהתקשרות 'חוזה עבודה' אם אחת מהמטרות תהיה לשם ביצוע עבודה"** (מנחם גולדברג, 'עובד' ו'מעביד' - תמונת מצב, **עיוני משפט** י"ז 19 (1992); ההדגשה אינה במקור). בהתאם, ולמשל, הוכרו כעובדים מתמחים ברפואה (עניין **הלפרין**), במשפטים (ע"ע (ארצי) 1182/02



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

חיים קאזיס - תאופיק ארייט, פד"ע לח 394 (2002); בייעוץ מס (ע"ע (ארצי) 1054/01 **אשר טוילי - יצחק דהרי**, פד"ע לו 746 (2002)) ועוד - שכן גם אם ביצעו את ההתמחות לצורך לימוד, הכשרה והשגת רישיון העבודה הרלוונטי (ובמילים אחרות גם אם הפיקו תועלת עבור עצמם מעבודתם), עדיין תרמו גם למקום העבודה ולתועלתו של המעסיק.

60. המבחן המקדמי של ביצוע עבודה הוא שעמד בבסיס הפסיקה שניתנה עד כה ועסקה במעמדם של "משתקמים", ולכן ארחיב מעט על מה שנקבע בה. עניין **רוט** עסק במפעל פרטי, שאינו מפעל מוגן ולא קיבל תקציב או תמורה מגורם כלשהו, אשר נעתר לבקשה שהופנתה אליו מהקרן למפעלי שיקום למוגבלים והעסיק את מר רוט - אדם עם מוגבלות קוגניטיבית ונפשית - משך שנים ארוכות לשם שיקומו (כך לפי קביעותיו העובדתיות של בית הדין האזורי באותו מקרה, שאושרו על ידי בית הדין הארצי). כאשר הגיש מר רוט תביעה כספית לאחר סיום ההתקשרות עמו, ועתר לקבלת הפרשי שכר מינימום וכן זכויות סוציאליות, נחלקו דעות השופטים. הנשיא אדלר קבע כי גם אם מר רוט לא ביצע עבודה מקצועית במפעל, לא נובע מכך שעבודתו לא הייתה נחוצה כלל וגם אין להסיק מכך שלא השתלב במערך הארגוני של המפעל. משכך, מתקיימים לגביו הפן החיובי והשלילי של מבחן ההשתלבות, ואין הצדקה לקבוע שהוא בעל מעמד מיוחד של "משתקם שאינו עובד". הנשיא אדלר נימק זאת בין היתר בחוק המשתקמים, השולל יחסי עובד-מעסיק רק במקרים חריגים בהם נקבע על ידי גורם מקצועי ואובייקטיבי כי יכולת התעסוקה של המועסק פחותה מיכולת עבודה רגילה בשיעור של 81% לפחות. קביעות אלה של המחוקק נועדו **"לשרת את האינטרסים והזכויות של האדם עם המוגבלות, על מנת למנוע מצבים בהם העסקתו לא זוכה למעמד, לזכויות, לכבוד וליחס הראוי לה (במסגרת יחסי עובד-מעביד), משום ניצול מצוקתו ולא מהטעמים הראויים"**. משכך במקרה של מר רוט - בו לא נעשה שימוש בפרוצדורה האמורה; לא נמצא שיעור כה נמוך של יכולת תעסוקה; ואף לא הוגדר בהסכם מול מר רוט כי הוא שווה במפעל כמשתקם ולא כעובד - אין אלא לקבוע כי מתקיימים יחסי עובד-מעסיק (ולאור זאת יש לזכותו בהפרש שבין השכר ששולם לו בצירוף הגמלה שקיבל מהמוסד לביטוח לאומי, לבין שכר המינימום).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

61. השופט עמירם רבינוביץ' הצטרף לעמדת הנשיא אדלר בכל הנוגע להתקיימות יחסי עובד-מעסיק בין הצדדים, מהטעמים שפורטו לעיל, ואף הדגיש כי גם אם תכלית העסקתו של מר רוט במפעל הייתה שיקומית - **"אין בכך כדי לשלול את קיומם, הלכה למעשה, של יחסי עובד ומעביד בין השניים"**. עם זאת סבר כי יש לזכותו בשכר מינימום מופחת נוכח יכולת עבודתו המופחתת, על אף שתקנות שכר מינימום טרם נכנסו לתוקף בתקופת עבודתו, מכוח פרשנותו לסעיף 17 לחוק שכר מינימום וכיוון שהמפעל **"היה מפעל משקם לעובד בעל יכולת מופחתת ומוגבלת ביותר"** ומבחינה זו **"דמה מפעל החברה למפעל מוגן"**.

השופט (כתוארו אז) יגאל פליטמן לעומתם סבר שלא מתקיימים יחסי עובד-מעסיק בנסיבות המקרה, וכי כלל אין ליישם בעניינו של מר רוט את מבחן ההשתלבות שכן טיבו של הקשר בינו לבין המפעל אינו קשר של עבודה ותמורה. לשיטתו, עובדות המקרה מלמדות **"כי ההתקשרות בין הצדדים הייתה שיקומית על פי טיבה"**; כי לא היה צורך תעסוקתי בהעסקתו של מר רוט במפעל כעובד; כי נדרשה השגחה עליו יותר משהיה לעזר; כי נוכח מוגבלותו יכול היה רק לסייע לעובדים האחרים בעבודתם וגם זאת תוך פיקוח צמוד; כי לא רק שעלותו למפעל עלתה על התפוקה השולית מעבודתו, אלא נגרם גם הפסד מעצם הפגיעה בתפוקת העובדים האחרים; וכי למעשה המפעל **"ביקש לעשות מעשה צדקה וחסד עם המעורר"** בספקו לו מסגרת שיקומית במפעלו. משכך, אין לראותו כ"עובד" של המפעל. לחלופין הבהיר כי גם אם היה יוצא מנקודת הנחה כי מדובר ב"עובד" ראוי היה לדחות את תביעתו, שכן בהתבסס על קביעת המוסד לביטוח לאומי כי איבד 65% מכושר עבודתו יש לקבוע כי עבד למעשה 3 שעות ביום (הגם ששהה במפעל 8 שעות), כאשר השכר ששולם לו בפועל עלה על שכר 3 שעות עבודה ליום לפי חוק שכר מינימום. משכך, קיבל את ערעור המפעל וקבע שמר רוט אינו זכאי לזכויות הסוציאליות שנפסקו לו על ידי בית הדין האזורי. נציגי הציבור הצטרפו לעמדתו של השופט פליטמן, ומשכך זו הייתה תוצאת פסק הדין.

62. הצדדים ניסו להסתמך על פסק הדין בעניין רוט, כל אחד לכיוונו. לטעמי, דעת הרוב התבססה באופן מובהק על הנסיבות העובדתיות של המקרה בהן שוכנעה כי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

לא הייתה כל תרומה למפעל מעבודתו של מר רוט, ולכן קבעה כי בנסיבות המקרה המיוחדות לא נכרת בין הצדדים חוזה עבודה ולמעשה המפעל אפשר למר רוט לשהות בתחומו על מנת לסייע בשיקומו ותו לא. אין לכך השלכה לענייננו (שכן מת"ש לא ניסתה לטעון, ובוודאי שלא הוכיחה, העדר כל תרומה מעבודתו של המערער), וודאי שאין ללמוד מכך קביעה גורפת כלשהי ביחס להעדר יחסי עובד-מעסיק במפעלים מוגנים.

מאידך ניתן לטעמי להתבסס על עמדתם המשפטית של הנשיא אדלר והשופט רבינוביץ', שלא נשללה בדעת הרוב בעניין רוט ובכל מקרה מקובלת עלי במלואה, לפיה ההוראה המפורשת בחוק המשתקמים - השוללת יחסי עובד-מעסיק מול משתקם במקרים חריגים בלבד ובהתקיים תנאים מוגדרים (קביעת יכולת תעסוקה מופחתת במיוחד של 19% ומטה על ידי גורם מקצועי אובייקטיבי) - מלמדת כי במקרים אחרים, על מנת לשמור על עקרונות חוק השוויון וזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות, ולמנוע את ניצולם לרעה תוך פגיעה בכבודם - אין להזדרז ולהגדיר משתקם כמי שאינו "עובד" (ולטעמי הדבר מצדיק לשקול גם את העברת הנטל למעסיק במקרים המתאימים, כפי שיפורט להלן). עוד נובע מעמדתם שאין לפרש באופן מחמיר מדי את הדרישה לביצוע "עבודה" במסגרת התנאי המקדמי, כך שאין צורך בביצוע עבודה מקצועית דווקא, וגם לא בעבודה שמופקת ממנה בהכרח תועלת כספית ישירה העולה על שכר המועסק, אלא די - בתלות בנסיבות כל מקרה, ואדגיש כי אין מדובר בהגדרה ממצה - בעשייה שהיא חלק מפעילות כלכלית או יצרנית, או כזו המיועדת לסיפוק צרכים של הזולת.

63. עניין נוסף שהגיע לבית הדין הארצי הוא עניין נגר, שעסק במערערת שלא הועסקה במפעל מוגן אלא בסוג מסוים של תעסוקה נתמכת. בית הדין האזורי שוכנע כי מלבד בשנה הראשונה להצבת המערערת במקום העבודה, במהלכה היה הקשר בין הצדדים שיקומי בלבד - במהלך יתרת תקופת העסקתה היה צורך תעסוקתי בשילובה במקום העבודה והיא תרמה לתפוקה, כך שהמניעים לשילובה היו מעורבים: שיקומיים וכלכליים. בהתחשב בכך, ולאחר שקילת קשייה הפיזיים והנפשיים, הועמדה יכולת עבודתה של המערערת על 80% ובהתאם נקבע עבורה שכר מינימום מותאם. בית הדין הארצי אישר תוצאה זו, בהתבסס על קביעותיו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

העובדתיות של בית הדין האזורי. כן אושרה קביעתו של שכר מינימום מותאם, על אף שלא הוגשה בקשה לכך בזמן אמת בהתאם לתקנות שכר מינימום, בהתחשב בנסיבות הייחודיות בהן המעסיק הניח בתום לב כי מדובר במשתקמת שאינה "עובדת".

מבלי להיכנס לכל היבטיו של פסק הדין, פסיקה זו מלמדת לענייננו כי כל מקרה נדון לגופו לפי נסיבותיו העובדתיות הקונקרטיות, וכי כאשר ברי שלא דובר בשיקום בלבד אלא הייתה גם תכלית תעסוקתית לקשר, היינו מערכת יחסים שעניינה ביצוע "עבודה" ממנה נתרם גם המעסיק - אזי יש לראותו כקשר של יחסי עובד-מעסיק (ליישום ראו בעניין **ארזי ובעב'** (אזורי ת"א) 10973/04 **גליה סמו גולשטיין - נעמ"ת** (19.11.06); כן ראו את עניין **לזר** - שאמנם עסק בזכויות מול המוסד לביטוח לאומי אך בית הדין יצא במסגרתו מנקודת מוצא לפיה כל עוד עבודתו של אדם עם מוגבלות "מביאה תועלת כלכלית למפעל ואין המדובר בתעסוקה פיקטיבית לגמרי" - יש לראותה כעבודה המזכה בשכר, גם אם קיים "מרכיב שיקומי ניכר").

64. הפסיקה שפורטה לעיל לא עסקה במפעלים מוגנים. ביחס למפעל מוגן קיימת רק פסיקה אזורית אחת - עניין **עזריאל** - כאשר במסגרת הערעור עליה הסכימו הצדדים לפסיקה כספית לפשרה, ומשכך אין לראותה כתקדים או אף הבעת עמדה. המדינה ומת"ש טענו כי ייחודיות המפעלים המוגנים מצדיקה לקבוע כי לעולם אין אפשרות להתקיימות יחסי עובד-מעסיק במסגרתם, אך לא מצאתי כל הצדקה לבקשתם הגורפת. אכן, מפעלים מוגנים הם מסגרת בעלת מאפיינים ייחודיים. ניתן להניח כי לפחות בחלקם, מדובר במאפיינים שניתן לראותם כהתאמות הכרחיות לצורך שילובם של אנשים עם מוגבלות בתעסוקה, וזאת - מכוח עקרונות היסוד של חוק השוויון - כזכות ולא כחסד. לא שוכנעתי כי ייחודיותו של המפעל המוגן שוללת את אופיו הבסיסי כמסגרת תעסוקתית, שמבוצעת בה פעילות יצרנית (ומוצריה או שירותיה אף נמכרים), ובהתאם ניתן להכיר במי שמבצע במסגרתה עבודה כ"עובד". במילים אחרות: **גם אם המפעל המוגן הוא מפעל ייחודי ומסגרת שיש לה מספר מטרות, כחלק ממחויבות המדינה לנקוט צעדים אקטיביים לצורך שילובם של אנשים עם מוגבלות בשוק**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

התעסוקה, הוא עדיין "מפעל", שמאפייניו דומים מספיק לאלה של מקום עבודה בשוק החופשי מכדי שניתן יהיה לקבוע באופן פסיקתי - הגם שאין הוראה חוקית שקובעת זאת - שלעולם אינו יכול להיות מקום עבודה.

הטענה שאדם שהעמיד את כוח עבודתו לטובת המפעל המוגן, הגיע מדי יום לעבודה וביצע "עבודה" אינו זכאי לזכויות המגן הבסיסיות המוענקות בחוקים הקוגנטיים רק כיוון שנוכח מוגבלותו לא התאים לשוק העבודה הפתוח, ומטעם זה יש לראות בכל עבודתו לאורך שנים כ"שיקום" שרק "דימה" מקום עבודה ונועד כל כולו ללמד אותו הרגלי עבודה ולהכיר סביבת עבודה נורמטיבית - אינה עומדת לטעמי בקנה אחד עם עקרונות היסוד שבחוק השוויון, שכן היא מבוססת בדיוק על נקודות המוצא ששררו בעבר והוחלפו במסגרתו. אזכיר שוב כי המחוקק בחר שלא להסדיר את העסקתם של המשתקמים במפעלים מוגנים, למעט היבט אחד הנוגע לאי תחולתו של חוק שכר מינימום (והיבט נוסף הנוגע למניעת הטרדה מינית במסגרתם). הדברים מלמדים כי מנקודת ראותו של המחוקק, אין מניעה עקרונית כי מפעל מוגן יוכר כ"מקום עבודה" (להבדיל ממרכז שמטרתו שיקומית-טיפולית גרידא או ממועדון טרום-תעסוקתי שנועד להכשרה), ואף אין מגבלה עקרונית מלהכיר במשתקם המועסק במסגרתו כ"עובד" ככל שכך נובע מהמבחנים שנקבעו לכך בפסיקה (כאשר הסייג היחיד שקבע המחוקק נוגע לחוק שכר מינימום, כך שבחר במודע שלא לסייג אף חוק מגן אחר).

לאור כל זאת, שוכנעתי כי גם כאשר ההעסקה מבוצעת במפעל מוגן - יש ליישם את המבחנים שנקבעו בהלכה הפסוקה ולעיל, ולהכיר ביחסי עובד-מעסיק ככל שמתקיימים המבחנים הרגילים שנקבעו לצורך כך בפסיקה לרבות התנאי המקדמי הבוחן אם מטרת ההתקשרות היא ביצוע "עבודה". מובן כי אין בכך כדי לקבוע כי כל המשתקמים במפעל מוגן הם בהכרח "עובדים", אלא כי יש לבדוק זאת באופן פרטני בהתאם למבחני הפסיקה. לבדיקה פרטנית כזו אמנם יש חסרונות, אך לטעמי אין מנוס מהפעלתה כל עוד המצב החוקי נותר על כנו ולא נערך על ידי המחוקק הסדר חקיקתי אחר.

65. לא נעלמה מעיני טענת המדינה ומת"ש לפיה מפעלים מוגנים אינם מסוגלים כלכלית לשאת בעלויות ההעסקה הנובעות מיחסי עובד-מעסיק, ולכן פסיקה ברוח



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

זו עלולה לגרום לסגירתם. ראשית אציין כי המדינה ומת"ש יצאו מנקודת מוצא כי קביעה בדבר קיומם של יחסי עובד-מעסיק תשליך אוטומטית גם על החובה לשלם שכר מינימום, ולא כך הוא בהכרח (כפי שיפורט להלן). שנית וחשוב יותר: עצם כך שה"מודל הכלכלי" הנוכחי של מפעל מוגן זה או אחר מתבסס על האפשרות שלא לשלם לעובדיו זכויות מגן בסיסיות - ודאי אינו מהווה הצדקה להימנע מקביעה כי גם עובד עם מוגבלות המועסק במפעל מוגן הוא "עובד" לכל דבר, מובן במקרים המתאימים ולפי המבחנים שנקבעו לעיל. הדברים נכונים ביתר שאת כאשר לוקחים בחשבון את הוראות חוק השוויון, המטילות עלויות משמעותיות גם על מעסיקים פרטיים לצורך שילובם של אנשים עם מוגבלויות בעבודה, וכאשר כבר נקבע בהקשר זה באופן חד וברור כי **"הבטחת שוויון הזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על ברכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש"** (עניין בוצר, וכן בעניין מחמלי). המדינה אף לא הסבירה מהו הפער לגישה בין חברת המשקם (שהיא אחת מבעליה) - בה הוכרו העובדים המועסקים במפעלים המוגנים כעובדים - לבין המפעל המוגן בענייננו, פרט ל"מודל כלכלי אחר" עליו בנויה השתתפות משרד הבריאות, שוודאי אינה אמורה להכריע בשאלה אם מתקיימים יחסי עובד-מעסיק.

מעבר לנדרש אציין כי מפעלים מוגנים נתמכים על ידי המדינה ובאפשרותה לפיכך לתת את הפתרונות המתאימים לכך - בין בתקצוב מתאים, בין בחקיקה מתאימה (ובמקרה כזה, היה וייקבע כי עובדים במפעל מוגן אינם "עובדים", יש להניח כי הדבר יעשה רק לאחר וידוא כי נכללים בקבוצה זו רק אנשים שמתאימים לכך לאחר בדיקה אינדיבידואלית שתקבל אישור של גורם ממשלתי, ותוך הגנה על זכויותיהם בדרכים אחרות כפי שנעשה בחוק המשתקמים), ובין בכל דרך אחרת. **לא ניתן להשאיר את התחום פרוץ ולקבוע באופן פסיקתי וגורף כי קבוצה שלמה של מועסקים לא תוגדר כ"עובדים" רק בגלל שהם אנשים עם מוגבלויות שנשלחו בשל מוגבלותם למפעל "מוגן"**. קביעה כזו, שהמחוקק בחר במודע שלא לקבעה, מנוגדת לטעמי באופן חזיתי לתכליתו של חוק השוויון ועקרונות היסוד הקבועים בו, ואין לה כל הצדקה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

66. כסיכום ביניים:

א. יש ליישם בעניינם של "משתקמים" את המבחנים הפסיקטיים הרגילים לצורך הכרה במועסק כ"עובד", כאשר התנאי המקדמי - הבוחן האם מדובר במערכת יחסים שמטרתה ביצוע "עבודה" - ייבדק לפי נסיבות כל מקרה, בין היתר על סמך השאלה אם ביצע ה"משתקם" עבודה שתרמה למקום העבודה. עם זאת אין לצפות לתמורה בדמות עבודה מקצועית דווקא, וגם לא בדמות עבודה שמופקת ממנה בהכרח תועלת כספית ישירה העולה על שכר המועסק, אלא די (בתלות בנסיבות כל מקרה, ואין מדובר בהגדרה ממצה) בעשייה שהיא חלק מפעילות כלכלית או יצרנית, או כזו המיועדת לסיפוק צרכים של הזולת.

ב. עצם כך שנלווית להעסקתו של "משתקם" מטרה שיקומית, היינו שהוא מפיק תועלת גם עבור עצמו - אין בה כדי לשלול הכרה בו כ"עובד". לעיתים יש למערכת היחסים יותר ממטרה אחת - לענייננו מטרה כפולה תעסוקתית ושיקומית - כאשר די במטרה התעסוקתית כדי להקים יחסי עובד-מעסיק. רק כאשר עולה מהתשתית הראייתית כי תרומת המועסק במקרה נתון שולית באופן ההופך את רכיב "העבודה" לטפל וזניח לעומת רכיב השיקום - ניתן יהיה לקבוע כי אין מדובר ב"עובד". בעת בחינת השאלה ניתן להיעזר גם ב"קו הגבול" שקבע המחוקק בחוק המשתקמים ובתקנות שכר מינימום (וזאת כאמת מידה בלבד שכן אין לכך תחולה ישירה), לפיו רק מועסק שיש לו 19% ומטה מיכולת התעסוקה הרגילה באותו תפקיד - לא ייחשב כ"עובד".

ג. בהמשך לעמדתם של הנשיא אדלר והשופט רבינוביץ' בעניין רוט, ועל מנת לשמור על עקרונות חוק השוויון וזכויותיהם וכבודם של אנשים עם מוגבלויות בהתחשב בכך שמדובר באוכלוסייה מוחלשת - אין להזדרז ולהגדיר משתקם כמי שאינו "עובד" בהתבסס על התנאי המקדמי של ביצוע "עבודה". כהמשך לכך יש לשקול אם במצבים בהם אדם הועסק לאורך תקופה במקום עבודה אליו נדרש להתייבב באופן שוטף וקבוע, ואין מדובר במי שנקבע לגביו שיכולת התעסוקה שלו פחותה ב-81% מיכולת התעסוקה הרגילה באותו תפקיד (או קביעה דומה שוות ערך) - אין להעביר את הנטל למעסיק על מנת להוכיח כי אותו אדם לא ביצע "עבודה", או כי הייתה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

מטרה שיקומית דומיננטית לשהותו במפעל עד כדי הפיכת המטרה התעסוקתית לשולית, ומשכך אין לראותו כ"עובד". בהתחשב בכך שחוק שכר מינימום אינו חל לפי הדין הקיים על מפעלים מוגנים, וביחס למקומות עבודה אחרים קיימת אפשרות לקבוע שכר מינימום מותאם, אני סבורה לכאורה כי אין בהעברה זו של הנטל למעסיק משום "נטל כבד מדי" (בהשאלה מחוק השוויון).

ד. העקרונות לעיל - מלבד האפשרות לקבוע שכר מינימום מותאם - רלוונטיים גם להעסקה ב"מפעל מוגן", ואין לקבוע באופן גורף כי מפעל כאמור לעולם אינו יכול לשמש כמקום עבודה.

67. להסרת ספק בנוגע ל"קו הגבול" - שהוא כאמור אמת מידה בלבד ואינו מחייב - אדגיש כי הקביעה בדבר יכולת תעסוקה פחותה ב-81% מיכולת התעסוקה הרגילה מתייחסת להיבטים התפקודיים של תפקיד ספציפי במקום עבודה ספציפי (על סמך תיאור תפקיד ומטלות קונקרטיות), ואמורה להיקבע במידת האפשר בהתאם למנגנונים הקבועים בתקנות שכר מינימום וחוק המשתקמים או דומים להם (שכן מנגנונים אלה לא בהכרח ניתנים לשימוש גם למטרות אחרות), היינו בפרוצדורה מסודרת המאושרת על ידי גורם מקצועי מתאים מטעם המדינה. **אין להסיק מכך כלל ועיקר כי כל אדם שנכותו הרפואית 81% ומעלה, או כי נקבעה לגביו דרגת אי כושר בשיעור זה, אינו "עובד"**. לכך אוסיף כי בהתחשב בכך שחוק המשתקמים אינו עוד בתוקף, אין באמור לעיל כדי לקבוע מסמרות גם ביחס למי שנקבע כי יכולת תעסוקתו היא 19% ומטה, וגם עניינו ייבחן בהתאם לנסיבותיו הספציפיות והמבחנים הרגילים שפורטו לעיל.

מן הכלל אל הפרט

68. על אף העדרן של קביעות עובדתיות בפסק דינו של בית הדין האזורי, נראה כי העובדות המרכזיות אינן במחלוקת ועולות מעדויות שני הצדדים. ממכלול הראיות עולה לטעמי בבירור כי התקיימו במערער הפן החיובי והפן השלילי של מבחן ההשתלבות. היינו, למת"ש היה מפעל יצרני שניתן להשתלב בו; המערער ביצע במסגרתו עבודה מקצועית ועצמאית, כחלק ממערך כוח העבודה במקום; המערער נדרש להתייצב למקום העבודה בימים ושעות קבועים ומוגדרים (במשרה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

חלקית), ועשה כן; עבודתו של המערער פוקחה על ידי בעלי התפקידים מטעם מת"ש וכך גם שעות עבודתו; המערער היה כפוף למדריך ולמנהל המפעל ולהנחיותיהם; המערער קיבל שכר במסגרת תלוש שכר, אשר חושב לפי שעות העבודה שעבד (ולמעשה תוך התחשבות גם בתועלת הכלכלית מעבודתו); וברי שלא היה לו עסק עצמאי. המערער אף היה תלוי במת"ש לצורך פרנסתו, וזאת לאורך תקופה ארוכה של קרוב ל-12 שנה. בנסיבות אלה, ובראי תכליתם של דיני העבודה, נראה כי אין חולק שהמערער כלול בקבוצת האנשים שעובדים עבור אחרים וזקוקים להגנות המוענקות במסגרת דיני העבודה. מתקיימים לגביו אי השוויון בכוח המיקוח (ואפילו ביתר שאת) כמו גם כפיפות ותלות; נדרשת הגנה על כבודו כאדם; וגם הוא זקוק, ככל עובד אחר, לביטחון סוציאלי, לזכויות היסוד הבסיסיות שהוענקו על ידי המחוקק במסגרת חוקי המגן ולזכות שישמע קולו.

מת"ש הפנתה לתשובה שנתן המערער בחקירתו הנגדית לפיה **"לא הייתי מחויב להגיע למת"ש"**, אך כל עובד אינו "מחויב" למקום העבודה ורשאי להתפטר; אינני סבורה כי ניתן להסיק מתשובת המערער כי בכל בוקר רשאי היה להחליט אם הוא מעוניין להגיע אותו יום לעבודה אם לאו, ועולה מהראיות שהמערער נדרש להתייצב באופן קבוע ומדי יום, ואף עשה כן. מת"ש לא הציגה דו"חות נוכחות המלמדים על היעדרויות וגם לא טענה להיעדרויות בתצהירו של מר כנעני (פרט להיעדרויות הרצופה בשנת 2014), אלא הסתפקה בהגשת שלושה דו"חות נוכחות משנת 2015, וגם זאת על מנת להעיד כי שילמה על ימי חג. אשר לארבעת החודשים בהם נעדר המערער מעבודתו במהלך שנת 2014 נוכח המחלוקת על שכרו במחלקה החדשה אליה הועבר - דווקא היעדרויות זו, בנסיבות ספציפיות, מלמדת שלאורך כל שנות ההתקשרות הארוכות לא נעדר.

69. לאמור אוסיף כי מת"ש כלל לא הוכיחה שלא בוצעה "עבודה" על ידי המערער, ולא נסתרה עדותו בה הדגיש כי עבד באופן יעיל ופרודוקטיבי תוך מתן ערך, לרבות כלכלי, למת"ש. הטענה שהמערער חייב היה בפיקוח צמוד של מדריכה ועובד סוציאלי - לא הוכחה כלל. המערער העיד, ולא נסתר, שהיה עובד מיומן ומקצועי ובמסגרת זו פיקח גם על עובדים אחרים; מת"ש לא ניסתה להוכיח אחרת (וממילא גם אם נדרש היה פיקוח צמוד עליו - אין בעובדה זו כשלעצמה כדי ללמד



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

כי לא "עבד"). אף אין חולק שלא נערך אבחון כלשהו למערער ביחס ליכולת תעסוקתו, ומת"ש כלל לא ניסתה לטעון כי יש לו יכולת תעסוקה מופחתת (לא הוגשו אבחונים או דו"חות של ועדת שיקום בעניינו הקובעים זאת, ואציין מעבר לצורך כי גם שיעור אחוזי הנכות שנקבעו לו - וממילא אינם חזות הכול - לא בהכרח מעידים על כך). ככל שמת"ש ניסתה לטעון כי מעצם הפנייתו של המערער למפעל מוגן נובע בהכרח כי יש לו יכולת תעסוקה מופחתת, בכלל או בשיעור של 81% בפרט - אני סבורה כי אין כל יסוד לטענתה והיא נדחית. גם טענתה לפיה כל אדם שהופנה למפעל מוגן הוא בהכרח אדם שאינו כשיר לבצע משרה (כלשהי?) ולכן חוק השוויון כלל לא חל עליו - נדחית, ולא מצאתי כל הצדקה להעלאתה באופן המנוגד לתכליתו של חוק השוויון ולפסיקה שפירשה אותו.

70. מת"ש ניסתה עוד לטעון כי לא הייתה לה שליטה על קליטתו של המערער (נוכח הפנייתו על ידי משרד הבריאות) אך אינני סבורה כי הפניה על ידי גורם ממשלתי מנתקת את יחסי העבודה הישירים שנוצרו בין הצדדים (ראו והשוו: עניין **שדות**), וזה מכבר נקבע - באותו עניין ביחס להעסקה של משגיח כשרות על סמך הפניה של הרבנות - כי **"רבים הם המקרים בדיני העבודה, בהם המעביד אינו חופשי בבחירת עובדיו, אך הדבר אינו גורע מהיותו מעביד"** (דב"ע (ארצי) 3-9/70 **מרלן ברני - נסים שנה** (20.7.70)). גם בהיבט העובדתי לא נטען או הוכח על ידי מת"ש שהיא מחויבת לקלוט כל אדם שמופנה אליה; כל שנטען על ידה הוא כי אין לה אפשרות לקלוט משתקמים שלא הופנו על ידי משרדי הבריאות או הרווחה. ממילא, גם אם נניח כי מבחינת מערכת היחסים בין מת"ש למשרד הבריאות היא מחויבת לקלוט כל אדם שהופנה - אין בכך בלבד כדי לשלול את יחסי העבודה. אוסיף כי גם לעבודה בשוק הפתוח במסגרת תעסוקה נתמכת נדרשת הפניה מטעם משרד הבריאות - ומובן שאין בעובדה זו כשלעצמה כדי לשלול התקיימותם של יחסי עובד-מעסיק (כאשר המדינה אף אישרה במפורש כי במצב של תעסוקה נתמכת מתקיימים יחסי עובד-מעסיק: סעיף 24(ג) לעמדתה בעקבות עמדת העמותה).

לאמור אוסיף כי הראיות מלמדות כי מת"ש ולא המדינה היא שהחליטה על שיבוצו של המערער לפי צרכיה; העבירה אותו לפי צרכיה; קבעה את השכר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

שישולם לו; פיקחה על עבודתו; נתנה לו הנחיות שוטפות; ציינה בפניו כי ככל שלא תושג הסכמה על שעות עבודתו והשכר תבוא עבודתו לידי סיום (ראו המסמך מיום 3.7.14 שצוטט בסעיף 8 לעיל); ובסופו של דבר גם החליטה על סיום ההתקשרות - גם אם הדבר נעשה בתיאום עם הגורם המפקח מטעם משרד הבריאות (שכלל לא הובא לעדות, ונעיר כי בהתאם לנוהל משרד הבריאות די ביידוע ואין צורך באישור). גם אם מדובר בסוג מיוחד של העסקה - מעצם ההפניה על ידי משרד הבריאות מכוח חוק השיקום, על כל המשתמע מכך לרבות הצורך בדיווחים שוטפים לרבות בסיום ההתקשרות - שוכנעתי שאין בכך כדי לשלול את יחסי העבודה הישירים שנוצרו בין הצדדים.

71. מת"ש אף לא הוכיחה כי מטרתה העיקרית של ההתקשרות הייתה שיקומית, באופן שהיה בו כדי להפוך את המטרה התעסוקתית לזניחה ושולית. מר כנעני בתצהירו לא פירט על פעילות שיקומית כלשהי פרט לעבודה עצמה והכרוך בה דוגמת "שיחות הכוונה ותיאום ציפיות" ביחס ל"מיומנויות" דוגמת נסיעה בתחבורה ציבורית, הגעה בזמן למקום עבודה, קשר עם אנשים אחרים, שיתוף פעולה ועבודת צוות (סעיפים 31-32 לתצהירו) - כאשר הדרכה והכוונה ברמה כזו מצופה לכאורה מכל מקום עבודה, בין בכלל ובין מכוח החובה בביצוע התאמות לאדם עם מוגבלות בפרט.

בנסיבות שפורטו לעיל וראוי להדגישן שוב בהן המערער נשלח ל"תעסוקה", נמסר לו "הסכם עבודה", לא צוין בפניו דבר על כך שאינו "עובד" או שאין מדובר ביחסי עבודה (וממילא גם אם היה נאמר - הדבר היה מוקשה נוכח פערי הכוחות הממשיים), הוא נדרש לבצע עבודה יצרנית, לא הייתה מחלוקת שעבודתו הניבה תפוקה ממשית (ומת"ש במתכוון בחרה שלא להתייחס לכך), היו לו ממונים (גם אם כונו מדריכים), הוא החתים שעון נוכחות, נדרש להתייצב בשעות מוגדרות ולא יכול היה להיעדר בלא להודיע, קיבל תלוש שכר ובו צוינה "משכורת", נדרש למשמעת כבכל מקום עבודה ואף הושעה כאשר הפר את כללי ההתנהגות שצופו ממנו, וכל זאת לאורך קרוב ל-12 שנים - אינני רואה כיצד ניתן לקבוע שאין מדובר ביחסי עובד-מעסיק אלא ב"סימולציה" של יחסי עובד-מעסיק לצרכי שיקום, וכל זאת מטעם יחיד שהמערער הוא אדם בעל מוגבלות (שאינו לא אבחן את יכולת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

תעסוקתו, וממילא אין כל סיבה להניח כי היא נופלת מ-20%). הטענה כי לאורך שנים כה רבות מת"ש סיפקה למערער "אימון חברתי" על מנת לסייע לו להשתלב בחברה ובמעגל התעסוקה, כאשר "אימון" זה בא לידי ביטוי בביצוע עבודה יצרנית על ידו שיש בה ערך כלכלי למת"ש, וכל זאת אף מבלי שהראתה כי ערכה בדיקות כלשהן בדבר הצלחת ה"אימון" והצורך בהמשך שיקום בדרך זו (ואף לא הוגשו על ידה הדו"חות השנתיים שאמורה הייתה לכתוב בעניינו של המערער) - מוקשית מאוד על פניה (ראו והשוו: **רימרמן וכץ**, בעמ' 129).

72. גם אם מת"ש היא מפעל מוגן, וככזו מיועדת להכלה של צרכיהם של אנשים עם מוגבלות ולמעטפת מגנה יותר בהיבטים שונים - אין להסיק מכך באופן אוטומטי כי אינה "מעסיק" אלא רק "דמוית מעסיק", ובעצם העלאת הטענה יש משום הקטנה של המערער ויכולותיו. ייתכן ומסקנתי הייתה שונה ככל שהיינו רואים פער ניכר בין רכיב העבודה לבין פעילויות שיקום (ככל שמבוצעות היו באופן שיטתי, קבוע ומשמעותי), או ככל שמדובר היה בהצבה לתקופה קצרה, קצובה ומוגדרת לצורך "סימולציה" והתנסות שעיקרה לימוד, אך לא כך כאשר הסיטואציה היא של העסקה ממושכת שעיקרה המובהק הוא עבודה, להבדיל מ"אימון" או "לימוד" (וניתן להקיש זאת גם מפסקי הדין שקבעו כי התקיימו יחסי עובד-מעסיק מול מי שהוגדרו כ"מתנדבים", דוגמת ע"ע (ארצי) 1403/01 **סוהיר סרוגי - המוסד לביטוח לאומי**, פד"ע לט 686 (2004); ע"ע (ארצי) 1270/00 **אהובה (אגי) פרידמן - אליעזר הוז**, פד"ע לח 39 (2002); ומנגד ראו את דב"ע (ארצי) מה/0-51 **המוסד לביטוח לאומי - איילה שרון**, פד"ע טז 409 (1985) - אם כי פסיקה זו התבססה על היעדרו של קשר חוזי ומאז כאמור דרישה זו בוטלה).

בנסיבות המקרה שוכנעתי לפיכך שתכלית ההתקשרות הייתה ביצוע עבודה על ידי המערער, כחלק מפעילות כלכלית יצרנית, וזאת במקביל לתכלית השיקומית. העובדה כי התכלית התממשה במסגרתו של מפעל מוגן מהטעם שהמערער לא יכול היה אותה עת (ככל הנראה) להשתבץ בשוק הפתוח - אין בה כדי לשלול את אופייה התעסוקתי של התכלית.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

73. היבט נוסף של טענות מת"ש נגע לכך שהמערער לא מחויב היה להמשיך ולהישאר במפעלה ככל שחש מנוצל. עם זאת טענה זו מתעלמת הן מכך שהמערער הסתמך על מת"ש לפרנסתו; הן מפערי הכוחות בינו לבין המפעל (וגם בינו לבין הגורמים המטפלים בו במשרד הבריאות); וגם מחששו - עליו העיד במפורש - כי ככל שיאבד את מקום עבודתו במת"ש ייאלץ לוותר על הדיור המוגן שקיבל מכוח חוק השיקום. הטענה מתעלמת גם מכך שהמסמכים שהוגשו לתיק בית הדין מלמדים כי המערער הציף פעם אחר פעם לאורך השנים את אי שביעות רצונו מהשכר הזעום שקיבל, אך ללא הועיל.

74. נוכח כל האמור לעיל, שוכנעתי - על בסיס חומר הראיות שעמד בפני בית הדין האזורי ואף בלא צורך בהעברת נטל השכנוע לכתפי מת"ש - כי התקיימו יחסי עובד-מעסיק בין המערער למת"ש לאורך כל תקופת העסקתו במסגרתה, החל מיום 1.3.04 ועד ליום 22.11.15. להסרת ספק אבהיר כי אין בקביעה זו כדי לפגוע בכוונות הטובות שהדריכו את הגורמים השונים שטיפלו במערער מטעם משרד הבריאות ומת"ש, או כדי להמעיט מערכה של המטרה השיקומית שנלוותה להעסקתו כמטרה נוספת.

רכיבי התביעה לגופה

75. המערער העיד ולא נסתר כי שכרו החודשי עמד על 1,490 ₪. להלן אבחן את רכיבי תביעתו השונים, אחד לאחד:

א. פיצוי בגין אי ביצוע הפקדות לפנסיה (רכיב הגמל) - מת"ש לא העלתה טענת הגנה כלשהי ביחס לרכיב זה, מלבד טענתה כי המערער לא היה "עובד". משכך, ועל בסיס חישוביו שלא נסתרו, ולקחו בחשבון את שבע שנות עבודתו האחרונות לפי אחוזי ההפקדות שנקבעו בצו ההרחבה לפנסיה חובה - אנו פוסקים לזכותו סך של 5,123 ₪, בצירוף ריבית כדין והפרשי הצמדה מיום 30.6.12 (מחצית התקופה מטעמי נוחות) ועד למועד התשלום בפועל.

ב. פדיון חופשה - לפי תחשיב המערער, זכאותו עומדת על 74 ימי עבודה. לפי תחשיב מת"ש, זכאותו עומדת על 65.4 ימים בהתחשב בכך שבשנת 2014 לא עבד לאורך כל השנה (סעיף 55 לסיכומיה). תחשיב מת"ש תואם את הוראות חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951 ולכן מקובל עלי. מת"ש הפחיתה ממכסה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

זו את כל ימי החג וחול המועד בהם שילמה למערער (60 יום), אך לא פירטה כיצד ביצעה את התחשיב האמור וממילא הזכאות לתשלום בגין ימי חג היא נפרדת ולא אמורה להילקח בחשבון במכסת החופשה השנתית. בהעדר נתונים מלאים על ימי חול המועד בגינם שולם לפי הנטען, וכאשר הנטל להוכיח ניצול חופשה מוטל על המעסיק, אין באפשרותנו לקחת זאת בחשבון. לכן המערער זכאי לפדיון 65.4 ימים בסך כולל של 3,597 ₪ (המערער לא ביקש להכליל בשכר לצורך חישוב החופשה גם את תוספת המאמץ). לסכום זה יתווספו ריבית כדין והפרשי הצמדה מיום 1.12.15 ועד למועד התשלום בפועל.

ג. דמי הבראה - אין זכאות למועסקים במפעל מוגן לפי הוראות צו ההרחבה שכן הוחרגו במפורש מהוראותיו, ומשכך רכיב זה נדחה.

ד. חלף הודעה מוקדמת - שוכנעתי כי לא די בשיחות שהתקיימו עם המערער בהן עודכן שנבחנת שאלת המשך עבודתו, ולאחר קרוב ל-12 שנות עבודה אמור היה לקבל הודעה מוקדמת מסודרת. לפיכך המערער זכאי ברכיב זה לסך של 1,490 ₪, בצירוף ריבית כדין והפרשי הצמדה מיום 1.12.15 ועד למועד התשלום בפועל.

ה. הפרשי שכר מינימום - כפי שפורט בחוות דעתי לעיל, סעיף 17(א) לחוק שכר מינימום קובע כי החוק אינו חל על עובדים המועסקים במפעל מוגן שהמדינה משתתפת בתקציבו (ולא היה חולק כי מפעלה של מת"ש נופל בהגדרה זו). החוק אמנם מאפשר לקבוע אחרת בתקנות, אך תקנות שכר מינימום אינן נוגעות כלל למפעל מוגן ומכאן שמחוקק המשנה בחר שלא להחיל את חוק שכר מינימום על עובדים במפעל מוגן. המערער לא נימק מדוע הוא מבקש להשוותו לעובדי חברת המשקם, ומכוח מה להחיל עליו את ההסכם הקיבוצי שחל על העסקתם (וכלל לא הוגש על ידו). לאור כל זאת, אין מנוס מדחיית רכיב זה של התביעה.

ו. פיצויי פיטורים - אין חולק כי המערער פוטר, ביוזמתה של מת"ש ונוכח התנהגותו הנטענת, ולכן זכאי לפיצויי פיטורים (להסרת ספק ניתן להפנות בקשר לכך לסעיף 31 לכתב ההגנה במסגרתו אישרה מת"ש כי צוות מת"ש הוא שהחליט על סיום ההתקשרות עם המערער, לאחר "התייעצות" עם הגורמים הרלוונטיים במשרד הבריאות, מבלי שנטען כי ניתן היה לפטרו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

ללא תשלום פיצויי פיטורים בשל הפרת משמעת). אשר לטענת מת"ש לפיה לאחר פיטוריו "קודם" המערער לתעסוקה נתמכת בשוק החופשי, כך שממילא לא ממשך היה לעבוד במת"ש - אין חולק שעבודתו לא באה לידי סיום בפועל בשל החלטה מקצועית כי אינו נזקק עוד לעבודה במפעל מוגן, אלא בשל טענות להתנהגות לקויה מצדו. בנסיבות אלה, וגם אם נמצאה לו לאחר מכן עבודה בשוק החופשי, הוא זכאי לפיצויי פיטורים. הסכום המגיע לו, לפי חישוביו שלא נסתרו, עומד על סך של 17,508 ₪, בצירוף ריבית כדין והפרשי הצמדה מיום 1.12.15 ועד למועד התשלום בפועל. לא מצאתי הצדקה להוסיף לכך פיצויי הלנה, נוכח המחלוקת הכנה ביחס לעצם הזכאות.

ז. פיצוי בגין אי מתן הודעה לעובד - בנסיבות העניין המיוחדות שוכנעתי שאין לפסקו לזכות המערער. בהקשר זה לקחתי בחשבון כי מדובר בפיצוי בשיקול דעת, וכי בפועל נמסרו למערער הודעות על תנאי עבודתו (כפי שעולה מהתיאור העובדתי בפתח פסק הדין). גם אם הודעות אלה לא היו מפורטות במיוחד, הן כללו את תנאי עבודתו הלכה למעשה.

ח. פיצוי מכוח סעיף 26א' לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 - המערער לא הצביע על פגמים שנפלו בתלושי השכר, שכן שיקפו את הסכומים ששולמו לו באופן מדויק. טענת המערער אינה כנגד התלושים אלא ביחס לאי תשלומן של זכויות מכוח חוקי המגן, ומשכך הוא זכאי לפסיקתן של הזכויות עצמן (כמפורט לעיל) אך לא לפיצוי בגין פגמים בתלושים.

ט. פיצוי בגין העדר שימוע - בית הדין האזורי פסק בגין רכיב זה סך של 3,000 ₪, אך לטעמי ראוי להגדילו. צודק המערער כי לאחר קרוב ל-12 שנות עבודה, זכאי היה להליך שימוע מסודר בו יועלו כלפיו בצורה ברורה ומפורטת הטענות המצדיקות לשיטת מת"ש את פיטוריו, ויתאפשר לו להתגונן מפני ההחלטה. בפועל נערכה שיחה עם המערער אך זאת לאחר שהושעה ולמעשה הוחלט כבר על פיטוריו. חלק גדול מהתכתובות בעניינו מול משרד הבריאות אף נערכו - כך לפחות לכאורה (שכן לא צוין על גביהן שנשלח עותק למערער וגם לא נטען בתצהירו של מר כנעני כי נשלח אליו עותק) - מאחורי גבו. מעבר לצורך אציין כי מהדו"חות שצירפה מת"ש עולה כי מוטיב מרכזי בגינו נטען לאורך השנים כי המערער אינו "מקבל מרות"



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

הוא התלונות שחזר והעלה על גובה שכרו, שכן גם בזמן אמת סבר - ובצדק - כי מדובר בסכום נמוך מדי בגין העבודה המבוצעת על ידו. עוד נוסיף כי גם אם המערער עבר לתעסוקה מקדמת יותר על גבי הרצף ושובץ בסמוך לאחר מכן בעבודה בשוק החופשי, אין בעובדה זו כדי להמעיט מעוגמת הנפש שנגרמה לו בשל הדרך בה הגיעה עבודתו לידי סיום. בהתחשב במכלול הנסיבות, ראוי להעלות את הפיצוי ברכיב זה לסך המירבי שנתבע על ידי המערער בתביעתו - 8,940 ₪ (כאשר סך זה כולל את הסכום שנפסק על ידי בית הדין האזורי), בצירוף ריבית כדין והפרשי הצמדה מהיום ועד התשלום בפועל. קביעה זו מלמדת כי לא מצאתי ממש באותו חלק בערעורה של מת"ש שהתייחס לקביעות בית הדין האזורי ביחס לפגם בהליך השימוע, והוא נדחה לפיכך.

76. על אף שהצעתי לעיל לדחות, נוכח הוראת החוק המפורשת, את רכיב התביעה הנוגע להפרשי שכר מינימום, **לא ניתן להתעלם מאי הנוחות הממשית שעולה מהתוצאה** - לפיה המערער הועסק לאורך שנים בשכר של כ-13.5 ₪ לשעה (תוך לקיחה בחשבון גם של תוספת המאמץ, בלעדיה עמד שכרו על 11 ₪ לשעה בלבד), כאשר שכר המינימום בסיום עבודתו עמד על 25 ₪ לשעה, וכל זאת מבלי שיש כל אינדיקציה כי יכולת תעסוקתו הייתה פחותה מיכולת תעסוקה רגילה. **תוצאה זו מעוררת קושי של ממש בהיבט הפגיעה בכבודו של המערער כמו גם זכותו לקיום בכבוד, ומנוגדת לתכליתו של חוק השוויון הקוראת לשילוב שוויוני של אנשים עם מוגבלויות.**

על פני הדברים, ניתן לשקול אם תקנת הציבור ועקרונות היסוד של חוק השוויון, כמו גם התבססות על זכויותיו החוקתיות של המערער, אינם מצדיקים לחייב את מת"ש בתשלום שכר ראוי והוגן על עבודתו העולה על זה ששולם לו בפועל (ראו והשוו: עניין **שדות**; ע"ע (ארצי) 48803-10-14 **טארק סעדאת מחיסן - המנהל האזרחי ביהודה ושומרון** (22.10.17), בחוות דעתם של השופט (כתוארו אז) אילן איטח והשופט משה טוינה). כיוון שהדבר לא נתבע ולא התאפשר לצדדים להתייחס לכך, ואף אין בידינו את הכלים (בהתחשב בתשתית העובדתית הקיימת בתיק) לאמוד את השכר הראוי, אין באפשרותנו לדון בכך מיוזמתנו. עם זאת, **ראוי**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

כי המחוקק ישקול היבט זה בעת עריכת הרפורמה המתוכננת בכל הנוגע להעסקת אנשים עם מוגבלויות במפעלים מוגנים.

סיכום

77. **סוף דבר** - נוכח כל האמור לעיל, וככל שתישמע דעתי, ערעורו של המערער יתקבל בחלקו. קיבלתי את טענתו העקרונית לפיה התקיימו יחסי עובד-מעסיק בינו לבין מת"ש; כתוצאה מכך הוא זכאי לזכויות שפורטו בסעיפים 75(א), (ב), (ד), (ו) ו-(ט) לעיל. אשר לערעורה של מת"ש - בהתחשב בכך ששוכנעתי כי מתקיימים יחסי עובד-מעסיק, ממילא מתייתרת השאלה אם ניתן היה לפסוק למערער פיצוי בגין העדר שימוע גם בהעדרם. גם רכיב ערעורה של מת"ש הנוגע לחיוב המערער בהוצאות - אינו רלוונטי עוד, וערעורה בנוגע לפגמים שנפלו בהליך השימוע נדחה לגופו כמפורט לעיל. משכך, ערעורה של מת"ש נדחה במלואו. בהתחשב בתוצאה, מת"ש והמדינה יישאו בהוצאות המערער בשתי הערכאות, בסך של 10,000 ₪ כל אחת מהן, לתשלום תוך 30 יום מהיום.

78. לאחר שקראתי את עמדות חבריי, אבקש להצטרף בהסכמה לדבריה החשובים של חברתי הנשיאה וירט-ליבנה. אשר לחוות הדעת של חברי השופט פוליאק, אעיר בתמצית כדלקמן:

א. אין מחלוקת ביני לבין חברי על המבחן שיש להפעיל במקרה זה - תכלית ההתקשרות. השוני הוא ביישום המבחן, כאשר משמעות חוות דעתו היא כי לעולם לא ייתכנו יחסי עובד-מעסיק במפעל מוגן, מתוך הנחה שמטרתו היחידה היא תמיד "שיקום" ולא "עבודה". חברי מפנה לצורך כך להוראות חוק השיקום אך חוק זה כולל במפורש גם סיוע בשילוב ב"עבודה", לרבות עבודה בשוק החופשי, ואינו מבחין בין הזכויות המוענקות למי שהוא "עובד" ומי שאינו "עובד". לא ראיתי בסיס לנקודת המוצא של חברי לפיה כל מה שניתן במסגרת סל השיקום הוא "שיקום" להבדיל מ"עבודה", שהרי קיים במפורש מכוח החוק גם שיקום לצד עבודה. הדברים אינם שוללים זה את זה, ואינם באים זה על חשבון זה. באותו אופן לא מצאתי כי די להתבסס על "נקודת המוצא של העוסקים בתחום", שהרי השינויים המשמעותיים שחלו בהבנת הזכויות של אנשים עם מוגבלות בשנים האחרונות מצדיקים לאתגר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

את "נקודת המוצא" גם אם נניח כי היא קיימת, ודאי כאשר לא ניתן למצוא לה עיגון בהוראות החוק.

ב. ברי כי יחסי עבודה אינם אמורים להיבחן בדיעבד, בכלל ובמפעל מוגן בפרט. נוכח הקביעה בפסק דיננו כי גם מפעל מוגן עשוי במקרים המתאימים להיחשב כ"מקום עבודה", יהא על המפעלים המוגנים שאינם פועלים בדרך זו להתארגן בהתאם ולהסדיר כנדרש את ההעסקה המבוצעת במסגרתם, לרבות מתן הזכויות הסוציאליות (למי שהם "עובדים") מראש ולא בדיעבד. במקרים בהם הדבר לא ייעשה ותוגשנה תביעות - תיערך בלית ברירה בחינה בדיעבד, בדומה לכל מקרה אחר בו מוגשת תביעה לזכויות קוגנטיות לאחר סיום יחסי העבודה. אכן, קיים קושי מסוים בבחינה אינדיבידואלית שעלולה להוביל למסקנות שונות ביחס לשני אנשים המועסקים כתף אל כתף, אך קושי זה הוא הכרח המציאות כל עוד לא ייערך הסדר חקיקתי מלא (שאין מחלוקת ביני ובין חברי שהוא הפתרון הראוי והדרוש, ויפה שעה אחת קודם). אעיר כי גם כיום, אנשים המועסקים כתף אל כתף באותו מפעל מוגן עשויים לקבל שכר שונה לחלוטין, בין היתר מחמת שהופנו על ידי גורם אחר (משרד הבריאות להבדיל ממשרד הרווחה), שכל אחד מהם מתקצב את המפעלים המוגנים באופן שונה.

ג. אשר להצעת חברי להחלה פרוספקטיבית בלבד של פסק דיננו - על פני הדברים אינני רואה לכך הצדקה. עם זאת משלא נשמעו טענות בקשר לכך, תושאר ההכרעה בכך להליכים אחרים, ככל שיהיו, בהן תועלה לדיון השאלה (והשוו לעמדת המיעוט (בהקשר זה) של השופטת (כתוארה אז) מרים נאור והשופטת (כתוארה אז) אסתר חיות בע"א 4243/08 **פקיד שומה גוש דן נ' פרי** (30.4.09)).

79. טרם סיום מצאתי לנכון להדגיש כי הנושא שנדון על ידינו במסגרת פסק דין זה הוא נושא מורכב. הגם שאין מחלוקת על המטרה - שילוב שוויוני של אנשים עם מוגבלויות בשוק העבודה - קיימות דעות שונות ומגוונות בין אנשי המקצוע לגבי הדרך להשגתה. גם סוגיית המפעלים המוגנים מצויה במחלוקת מקצועית, ולאורך השנים שב ונדון הצורך לערוך רפורמה בקשר לכך (לרבות בדו"ח ועדת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

לרון משנת 2005 ודו"ח מבקר המדינה 64א' בעניין "פעולות הממשלה לשילובם של אנשים עם מוגבלות בתעסוקה" (2014)).

בהתחשב בכך שהסוגיות שהוצפו על ידי המערער נוגעות לאלפי אנשים עם מוגבלויות המועסקים במפעלים מוגנים, ראוי לתת עליהן את הדעת בהסדרה כוללת. המדינה אכן הצהירה בפנינו כי עבודת מטה בקשר לכך מתבצעת בימים אלה, ואין לנו אלא לקרוא למחוקק להשלים את עבודת המטה בהקדם הניתן ולתת מענה לסוגיות השונות במסגרת חקיקה מסודרת.

הנשיאה ורדה וירט-ליבנה

1. אני מצטרפת, בהסכמה, לחוות הדעת המקיפה של חברתי השופטת סיגל דוידוב-מוטולה על טעמיה ותוצאותיה, הן במסקנה המשפטית כי בין מר חיים זר לבין מת"ש מתקיימים יחסי עובד ומעסיק והן בהיבט הכספי, גובה התשלומים שעל מת"ש לשלם למר חיים זר.
2. אבקש להדגיש בדבריי את חשיבותה של הזכות "לעבוד" והיותו של אדם "עובד" **כי בעיני, מעבר לתביעה הכספית של מר חיים זר, שאין ספק כי היא חשובה ביותר, מר זר גם רוצה יותר מכל כי יכירו בו ובעבודתו רבת השנים כ-עובד ולא כמשתקם שעושים עמו חסד בעצם העסקתו.**

הזכות לעבוד

3. הזכות לעבוד עוגנה במשפט הבינלאומי במסגרת ה"הכרזה האוניברסלית לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" משנת 1948 (Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/RES/217(III) (Dec.10,1948)). בסעיף 23 להכרזה, נקבע כי "כל אדם זכאי לעבודה, לבחירה חופשית של עבודתו, לתנאי עבודה צודקים והוגנים ולהגנה מפני אבטלה". הכרזה זו היוותה את הבסיס לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (ICESER) משנת 1966, הכוללת זכויות מגוונות מתחום העבודה, ובהן הזכות לעבוד (סעיף 6(1) לאמנה).
4. הזכות לעבוד אמנם לא הוכרה בישראל כזכות חוקתית עצמאית (שכן היא אינה נזכרת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק יסוד: חופש העיסוק), אולם ניתן



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

לראות בה "זכות בת" חוקתית, הנגזרת מזכות עצמאית המוכרת בחוק יסוד, דוגמת כבוד האדם או חופש העיסוק (אהרן ברק, **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה**, כרך ב' 842 (2014)).

5. מעמדה של הזכות לעבוד כזכות-בת חוקתית, נדון בפסיקתו של בית הדין במספר הזדמנויות. כך למשל, בעניין **הסתדרות המעו"ף**, נקבע כי:

"הזכות לעבוד אינה מוטלת בספק. זכות זו היא פועל יוצא מחופש העיסוק המעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק. זכות זו נגזרת גם מזכותו של אדם לכבודו ולחירותו האישיים המעוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

ס"ק (ארצי) 56/09 **הסתדרות המעו"ף** – **ההסתדרות הכללית החדשה נ' חברי המועצות הדתיות** (ניתן ביום 4.4.2012).
בעניין אחר, נקבע כי:

"זכותו של אדם בישראל לעבוד וכחלק מהותי הימנה קמה אף זכותו להתפטר. אלה הן זכויות יסוד חברתיות ובסיסיות הנגזרות מהזכות החוקתית לאוטונומיה אישית של העובד ומן הזכות לעבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק".

ס"ק 722-09-11 **מדינת ישראל משרד הבריאות ומשרד האוצר נ' ההסתדרות הרפואית בישראל** (ניתן ביום 4.9.2011).
ובעניין נוסף נפסק כך:

"הזכות לעבוד היא זכות אדם יסודית. זוהי הזכות להתקיים בכבוד אנושי. [...] זו נובעת מכבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

דב"ע נה/3-264 **קייסי נ' אופיר ש. ארנוזה בע"מ** (ניתן ביום 9.1.1996).
ראו גם ע"ע (ארצי) 44776-05-16 **נאוה סירטו נ' הפניקס קרנות פנסיה מאוזנות וותיקות בע"מ** (ניתן ביום 19.2.2018).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

6. כפי שהיטיב לתאר הפרופ' גיא דוידוב, יש להבין את הזכות לעבוד על רקע ההיבט האישי-חברתי של העבודה לפרט, מבחינה אישית, חברתית ופסיכולוגית:

"ראשית, העבודה היא מקור חשוב למימוש עצמי והגשמה עצמית. לעבודה חלק חשוב במתן משמעות לחיינו. היא יוצרת הזדמנויות להתפתחות אינטלקטואלית, לסיפוק ולקידום אישי. היא מהווה חלק חשוב בזהותנו העצמית ומקור חשוב ליכולתנו לתרום לחברה ולבטא את עצמנו. היא אמצעי לכבוד עצמי ולביטחון עצמי. [...] היבט שני [...] נוגע במסגרת החברתית שהעבודה מספקת לנו. [...] לעבודה יש חלק חשוב ביותר בחיינו החברתיים. [...] היא עוזרת לנו להרגיש חלק מהקהילה. [...] התפקיד השלישי [...] נוגע במיצב (סטטוס) החברתי. הדרך שבה החברה רואה אותנו והדרך שבה אנו תופסים את עצמנו קשורות במידה רבה לעבודתנו".

גיא דוידוב "הזכות לעבוד כזכות קהילתית ואישית והפוטנציאל החוקתי שלה" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 533, 542-545 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005).

7. הנה כי כן, עבודתו של אדם מעניקה לו לא רק פרנסה, אלא גם אמצעי להשתלבות בחברה, ליצירת קשרים בין אישיים, להגשמה עצמית של כישוריו ויכולותיו, לתחושת סיפוק, משמעות, התפתחות אישית והשגת עצמאות כלכלית. כל אלה, נובעים באופן ישיר מכבוד האדם - והדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר באנשים בעלי מוגבלויות ובזכותם לעבוד.

הזכות לעבוד בראי חוק השוויון

8. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, אשר נחקק בשנת 1998, הוא אבן יסוד בחקיקה המיישמת את עיקרון השוויון, העומד ביסודה של החברה ומערכת המשפט בישראל משחר ימיה. תכליתו של החוק, כך לפי סעיף 2, היא –





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

"להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו".

9. הזכות לעבוד מקפלת בתוכה את הזכות להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה, לחיים עצמאיים בכבוד ולמיצוי יכולותיו של האדם העובד. לא בכדי, ניתן מקום מרכזי בחוק השוויון לפרק התעסוקה, הוא פרק ד' לחוק. התפיסה שביסודו של פרק ד' לחוק מבקשת להשריש מסר: לאדם בעל מוגבלות הזכות לעבוד ועל המדינה והחברה לכבד אותה. העסקת עובד עם מוגבלות, מניעת כל ביטוי של אפליה כנגדו וביצוע התאמות עבור העובד או העובדת בעלי המוגבלות הן חובה חוקית של המעסיק. זהו הדין ולא לפני משורת הדין.

10. כפי שחברתי, השופטת דוידוב-מוטולה, תיארה בהרחבה, חוק השוויון היווה תפנית משמעותית ביחס לאנשים בעלי מוגבלות, שהיה, עובר לחוק, יחס מדיר ומפריד. חשיבותו המכרעת של החוק היא בשימת הדגש על גישה אינטגרטיבית המעודדת את שילובם של אנשים בעלי מוגבלות בחברה בכלל ובשוק העבודה בפרט, מתוך ראיית האדם בעל המוגבלות ככזה שנברא בצלם וכשווה לכל אדם אחר. אין ספק, כי ככל ששילובם של אנשים עם מוגבלות במקומות העבודה יהיה רב יותר ומוצלח יותר, יהיה בכך כדי לסייע להפחתת סטיגמות ודעות קדומות ולתרום למאבק נגד אפלייתם של בעלי מוגבלות.

11. על כן, בענייננו, ההכרה במערער כ"עובד" אינה בעלת משמעות כלכלית גרידא. הקביעה כי המערער עבד במפעל בסטטוס "עובד" מהותית גם מהפך ההצהרתי, שכן עצם ההכרה בו כעובד מקיימת את זכותו לכבוד.

הזכות לקיום בכבוד

12. הזכות לקיום בכבוד, כלומר, להשתכרות בכבוד, נוגעת לרמת הקיום שלה זכאי האדם. זכותו של אדם לכבוד, היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

קיום בכבוד מן ההיבט החומרי, שללא כן לא יוכל לממש את זכותו לכבוד. עמד על כך הנשיא לשעבר, אהרן ברק, בפסיקתו בבג"ץ מחויבות:

"בראייה זו זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לנהוג את חייו הרגילים כבן אנוש בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי נסבל. זוהי התפיסה שהזכות לקיום בכבוד היא הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בחברה שבה הוא חי".

בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (פורסם ביום 12.12.2005), פסקאות 14-15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

13. כאמור בפסק דינה של חברתי, העובדה כי המערער השתכר לאורך שנים לפי שכר שעתי של 13.5 ₪ (וזאת כולל תוספת מאמץ, שאם לא כן היה משתכר 11 ₪ לשעה בלבד), שעה שלא הוכח כי יכולת תעסוקתו הייתה פחותה מיכולת תעסוקה רגילה, מעוררת אי נוחות רצינית ומעלה חשש כבד לפגיעה בזכותו של המערער לכבוד ולקיום בכבוד. כמו חברתי, אף אני סבורה שעל המחוקק להתייחס לסוגיה זו בכובד ראש בעת עריכת הרפורמה להעסקת אנשים עם מוגבלויות במפעלים מוגנים.

14. אני מצטרפת לקריאתה של חברתי השופטת סיגל דוידוב-מוטולה למחוקק להשלים את עבודת המטה שנמשכת לאורך שנים רבות מדי ולהסדיר, בהקדם את המענה הנדרש לגבי העסקתם של אוכלוסיה כה רחבה של אנשים עם מוגבלויות. הגיעה העת לדאוג לשילובם, באופן אמיתי, במקומות עבודה. אין ספק, בעיני, שכולנו, כחברה, נצא נשכרים מכך.

השופט רועי פוליאק

רקע

1. מר חיים זר (להלן – המערער) הועסק ב"מפעל מוגן" על ידי מת"ש – מרכזי תעסוקה שיקומיים בע"מ (להלן – מת"ש) החל מיום 1.3.2004 ועד ליום 22.11.2015. המערער שובץ למחלקת חשמל במפעל המוגן העוסקת בהרכבת מכלולים אלקטרומיכניים ובדיקתם, הרכבת גופי תאורה ומוצרי חשמל נוספים. בהמשך הועבר, בשל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

התנהלותו ובשל אי קבלת מרות כנטען למחלקה הכללית. מת"ש היא מוסד ללא כוונת רווח בבעלות משותפת של משרד הרווחה ועיריית תל אביב. המערער הופנה למת"ש על ידי משרד הבריאות בהתאם לחוק שיקום נכי נפש בקהילה, התש"ס-2000 (להלן – **חוק השיקום**).

2. חברתי, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, קבעה בחוות דעתה המקיפה ומאירת העיניים כי בין המערער לבין מת"ש התקיימו יחסי עובד-מעסיק וכי המערער זכאי לפיכך למלוא הזכויות של עובד כלפי מעסיקו למעט הזכות (המהותית) לשכר מינימום. אין בידי להצטרף למסקנת חברתי לפיה יש לקבוע בדיעבד כי שררו יחסי עבודה בין המערער לבין מת"ש. חוות דעתה של חברתי מפרטת את עובדות המקרה ואת המסגרת הנורמטיבית בהרחבה ובאופן ממצה. בנסיבות אלה, ומשעמדתי אינה עמדת הרוב, אציין את נימוקי בתמצית.

דיון

3. לעמדת חברתי בסעיף 72 לחוות דעתה "תכלית ההתקשרות הייתה ביצוע עבודה על ידי המערער, כחלק מפעילות כלכלית יצרנית, וזאת במקביל לתכלית השיקומית. העובדה כי התכלית התממשה במסגרתו של מפעל מוגן מהטעם שהמערער לא יכול היה אותה עת (ככל הנראה) להשתבץ בשוק הפתוח - אין בה כדי לשלול את אופייה התעסוקתי של התכלית". עמדתי שונה.

4. מטרתו של חוק השיקום מכוחו הוצב המערער במפעל המוגן של מת"ש היא "**לשקוד על שיקומם ושילובם בקהילה של נכי הנפש כדי לאפשר להם להשיג דרגה מרבית אפשרית של עצמאות תפקודית ואיכות חיים, תוך שמירה על כבודם ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**". אדם בעל נכות רפואית בשל הפרעה נפשית העולה על 40% זכאי לשיקום. המונח "**שיקום**" מוגדר בדרך הבאה:

"תהליך המכוון במסגרת הקהילה לפיתוח היכולות והמיומנויות של נכה הנפש, כדי להבטיח לו דרגה מרבית אפשרית של עצמאות תפקודית ונכות חיים, והמלווה במעקב רפואי, לרבות כל אחד מאלה:
(1) מימוש זכויותיו של נכה הנפש בתחום הדיור, התעסוקה, הלימודים וההכשרה המקצועית;
(2) הכשרה לפיתוח מיומנויות חברתיות וניצול שעות הפנאי של נכה הנפש".

5. משהוכרה זכאות לשיקום נערכת לנכה תכנית שיקום וניתן לו "**סל שיקום**". בתוספת לחוק השיקום מפורטים שבעה תחומים הנכללים בסל השיקום: תעסוקה; דיור; השלמת השכלה; החברה והפנאי; המשפחות; טיפול השיניים; תיאום



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

הטיפול (מינוי מתאם טיפול). בתחום התעסוקה כולל סל השיקום את ארבעת אלה: אבחון יכולת עכשווית; מרכז שיקום מקצועי; שילוב בעבודה ומועדון תעסוקתי. בכל הקשור לשילוב בעבודה מבחינה התוספת לחוק השיקום בין אלה:

"א. שירות המסייע להשתלב בשוק העבודה החופשי כשכיר או כעצמאי;

ב. בתעסוקה נתמכת – שירות המסייע להשתלב בתעסוקה שיקומית מוגנת בשוק החופשי;

ג. במפעל מוגן – שירות תעסוקה שיקומית מוגנת למי שאינו מסוגל להשתלב בשוק החופשי."

6. לטעמי, תכלית שיבוצו של נכה נפש במפעל מוגן כחלק מ"סל שיקום" רב תחומי הניתן לנכה אינה "ביצוע עבודה... כחלק מפעילות כלכלית יצרנית" כעמדת חברתי, אלא אחד מהאמצעים של תכלית חוק השיקום שהיא שילוב נכה הנפש בקהילה כדי לאפשר לו "עצמאות תפקודית ואיכות חיים, תוך שמירה על כבודו". ביצוע העבודה אינו אפוא מטרה בפני עצמה אלא **"תוצאה נלווית להשגת מטרה אחרת"** (דב"ע (ארצי) לד/60-3 **עזבון בלה ורי - לאורווי בע"מ**, פד"ע ו 10 (1974)).

7. גם אם מבחני המשנה של "המבחן המעורב" (מבחן ההשתלבות על שני חלקיו, מבחן המרות והפיקוח וכיוצא באלה) מצביעים כשלעצמם על קיומם של יחסי עבודה, הגם שמחומר הראיות עולה ספק אם למפעל המוגן מטרה כלכלית, אין בכך סוף פסוק. כפי שנפסק לא אחת, יש לבחון את תכלית ההתקשרות בין הצדדים אפילו אם נתקיים המבחן המעורב.

כך, בית המשפט העליון פסק כי אסיר המוצב לעבודה במפעל של יזם יצרני בכלא אינו זכאי לשכר מינימום מכוח הוראות חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 (בג"ץ 1163/87 **שדות נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נה(4) 817 (864)), הגם שהאסיר מבצע עבודה יצרנית, בפיקוח ובמרות המפעל היצרני, מבלי שיהיה לו מטבע הדברים עסק משלו. באופן דומה נפסק כי בין מתמחים ברפואת הפה אשר ביצעו כחלק מהתמחותם, שארכה מספר שנים, טיפולים עצמאיים במסגרת סידור העבודה של בית החולים האוניברסיטאי בו הועסקו לבין החברה המנהלת את בית החולים לא התקיימו יחסי עבודה, מאחר ש"מטרת ההתקשרות" היתה לימוד והכשרה של המתמחים ולא ביצוע עבודה (ע"ע (ארצי) 28419-11-13 **ד"ר איילון – הסתדרות מדיצינית הדסה (חל"צ)**. פסקה 4 ב. (14.11.2017)). אף בגינם של מי שמבצעים עבודות כמתנדבים נפסק כי הגם ש"מתנדב הוא עובד במובן המילולי של מושג זה,





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

לאמור הוא מבצע עבודה עבור מעסיק. עם זאת, אין מתקיימים במתנדב יחסי עובד-מעביד עם מעסיקו" (ע"ע (ארצי) 1270/00 פרידמן – הוז, פד"ע לח 39, 43 (2002)).

8. אוסיף ואציין כי בניגוד למשתמע מעמדת חברתי לפיה אין להניח בהכרח כי המחוקק סבר כי משתקמים המועסקים במפעל מוגן אינם עובדים, לטעמי מלמדת ההסדרה הסטטוטורית שנסקרה בחוות דעתה של חברתי כי הנחת המוצא של המחוקק היא כי המועסקים במפעל מוגן אינם עובדים. כפי שציינה חברתי בסעיף 54 לחוות דעתה "נקודת המוצא האוטומטית של העוסקים בתחום" היא כי "לא מתקיימים יחסי עובד-מעסיק במפעל מוגן" ואין להניח כי נקודת מוצא זו פסחה דווקא על המחוקק.

9. הנה כי כן, בנסיבות בהן תכלית ההצבה במפעל המוגן מכוחו של חוק השיקום אינה ביצוע עבודה אלא תכלית שיקומית מובהקת, המתבצעת כחלק מ"סל שיקום" המתפרש על פני תחומים רבים ומגוונים לרבות דיור ומתן כלים לחיי משפחה וחברה, באופן שהקניית הרגלי תעסוקה מהווה אמצעי - חשוב ומרכזי ככל שיהיה – לתכלית של שילוב בחיי הקהילה מתוך עצמאות תפקודית ואיכות חיים, אין לגישתי לראות בנכה הנפש המשובץ במפעל המוגן "עובד" של המפעל אלא מי שהמפעל מסייע בשיקומו.

הערות משלימות

10. ספק אם התוצאה העולה מחוות דעתי היא משביעת רצון בעניינו של המערער. המערער הועסק במפעל מוגן במשך למעלה מ- 11 שנים. מתמונת המצב העובדתית עולה כי תרם בעבודתו וכי בהיבט הפיזי והאינטלקטואלי לא התקשה לבצע. הגמול ששולם לו נמוך באופן משמעותי משכר המינימום והוא לא זכה לזכויות נלוות. המחלוקת האחרונה בינו לבין מת"ש התגלעה על רקע ציפייתו לקידום נוכח תרומתו למפעל. לבית הדין האזורי לא הוצגו כל מסמכים המצביעים מדוע הוחלט מלכתחילה להציב את המערער לעבודה במפעל מוגן (למרות שקודם לכן הועסק בשוק החופשי) והאם ההערכה התקופתית שנערכה לפי עדות מנכ"ל מת"ש אחת לשנה - בגינה לא הוצגו ראיות על ידי מת"ש, אך גם לא נעשה ניסיון על ידי המערער לבחון את עצם קיומה והיקפה בחקירתו של המנכ"ל - כללה בחינה של אפשרות העברתו לתעסוקה נתמכת או אף לשוק החופשי. עמותת "בזכות" גורסת כי העסקה במפעלים מוגנים נועדה לשמש כמסגרת מעבר בלבד טרם ההצבה בתעסוקה נתמכת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

או בשוק החופשי וכי שיעור משמעותי של המועסקים במפעלים מוגנים הם בעלי כישורים להשתלבות בשוק העבודה. הטענה מטרידה אך הסוגיה מצויה במישור המדיניות ואין בידינו הכלים או המומחיות המאפשרים לפסוק ממצאים כאלה או אחרים. מכל מקום, אם לא היה מקום לשבץ את המערער מלכתחילה לתעסוקה במפעל מוגן או שהיה מקום בהמשך הדרך להעבירו למתכונת העסקה שונה, אפשר שקמה למערער עילה נזיקית נגד מת"ש או המדינה, אך לטעמי אין מקום לנסות ולרפא את הפגם, ככל שהיה, באמצעות הכרה במערער בדיעבד כעובד.

11. בהקשר זה אציין, כי אני מוצא קושי עיוני ומעשי גם יחד בבחינה בדיעבד של סיווג משתקמים המועסקים במפעל מוגן, כאשר במידה רבה מתבצע הסיווג בהתאם לתרומתם. בחינת הסיווג בדיעבד משמעה כי למשתקם במפעל המוגן לא תוקנינה מלכתחילה זכויות בסיסיות של עובד. על מנת לנסות ולקבלן יהיה עליו להמתין לסיום העסקתו ולתבוע כי יוכר כ"עובד". אמנם ניתן יהיה לתבוע זכויות גם במהלך יחסי העבודה, אך ספק אם למשתקמים הכוח והכלים לעשות כן ומכל מקום איני סבור כי נכון שמאמצי השיקום יתנהלו בצלה של תביעה עתידית אפשרית של כל אחד ואחד מהמשתקמים.

יתר על כן, הכרה בדיעבד בפלוני כעובד וקביעה כי חברו העובד עמו כתף מול כתף אינו עובד משום שתרומתו נמוכה יותר או נכותו קשה יותר נחזית בעיני להיות בעייתית במידה רבה. אכן, ניתן להבחין בין סוגי משתקמים לעניין זכויותיהם, אך מן הראוי כי הסיווג יתבצע טרם תחילת תעסוקתם או בסמוך לה על יסוד תבחינים מקצועיים מוגדרים מראש (השוו: חוק זכויות לאנשים עם מוגבלות המועסקים כמשתקמים (הוראת שעה), התשס"ז-2007. להלן – **חוק המשתקמים**) ולא באמצעות ניתוח בדיעבד הבוחן את תרומתם על סמך התרשמות בהיעדר תיעוד מלא של תפוקות והישגים. יתר על כן, הבחינה בדיעבד יוצרת קושי של ממש במצב של קליטת משתקם שתרומתו דלה, אשר מאמצי שיקומו צלחו ובהדרגה הוא תורם לפעילותו היצרנית של המפעל. האם הוא יוכר כעובד בדיעבד או שמא ייערך דיון לאיתור המועד המדויק בו עבר משלב לשלב?

אעיר, כי הסתייגותי דלעיל נכונה להעסקה במפעל מוגן "למי שאינו מסוגל להשתלב בשוק החופשי". מקובל עלי כי העסקה בשוק החופשי, בגדרה מי שנהנה מפרי עבודתו של העובד הוא צד שלישי כבעניין רוט (ע"ע (ארצי) 670/06 רוט – רם מבנים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

בע"מ (1.10.2009), וייתכן שגם בתעסוקה נתמכת, הדין הוא שונה וניתן לערוך בחינה פרטנית בסוגית קיומם של יחסי עובד – מעסיק.

12. אילו דעתי היתה נשמעת, היו זכויות המשתקמים מעוגנות בחקיקה. בין אם ההתייחסות למשתקמים תהא כשל עובדים ובין אם לאו, יש להעניק להם לצד גמול כספי גם זכויות בסיסיות המוקנות לאדם העובד כגון הזכות לחופשה שנתית, דמי מחלה, הודעה מוקדמת טרם פיטורים וכיוצא באלה זכויות (בהערת אגב יוער, כי ספק אם החלת הזכות לפנסיה בקרנות הפנסיה הפועלות כיום תיטיב עם משתקמים בהיבט הכלכלי בנסיבות בהן קיים קושי לבטחם מפני נכות נוכח מצבם, אין הם נהנים מהטבות מס בהפקדה וכספי החיסכון עלולים לפגוע בזכותם להבטחת הכנסה. ראו בין היתר: **דו"ח מבקר המדינה 2016** "הסדרי הפנסיה במדינה" עמ' 106; ד"ר עדי ברנדר **השנה הראשונה להפעלת הסדר פנסיית החובה** סדרת מאמרים לדיון של מחלקת המחקר בבנק ישראל (מאי 2011)). הענקת הזכויות הבסיסיות נדרשת לא רק על מנת לאפשר למשתקם להשתכר בכבוד, בנסיבות בהן למשתקם גם הכנסה מקצבאות ותמיכה כספית ואחרת מהמדינה או מי מטעמה, אלא גם ובעיקר על מנת לשמור על כבודו ועל ערכו, בעיניו שלו ובעיני אחרים, כאדם התורם לחברה ומהווה חלק ממנה, כמפורט בין היתר בחוות דעתה של חברתי הנשיאה, השופטת ורדה וירט-ליבנה, העומדת על חשיבותן של הזכות לעבוד ושל הזכות לקיום בכבוד.

13. בשולי חוות דעתי אציין, כי אילו הייתי סבור כדעת הרוב כי שררו יחסי עבודה בין המערער לבין מת"ש, הייתי נמנע מ"לפתוח את הדלת" לתביעות עובדים קיימים ועובדי עבר במפעלים המוגנים מלתבוע זכויות כעובדים, תוך ניצול עמימות במצב המשפטי ושינוי מהותי ב"כללי המשחק" ובהנחות היסוד של מת"ש ושל המדינה המממנת את פעילותה, באופן שיטיל נטל כספי משמעותי בגין העבר. חלף זאת, הייתי ממליץ לחברותי ולחברי ליתן לפסק הדין תחולה פרוספקטיבית – למעט המערער עצמו הזכאי ליהנות מפרי יוזמתו - ולקבוע כי על מת"ש להתייחס למועסקים במפעלים המוגנים כאל עובדים לכל דבר ועניין החל משנת המס 2023 אלא אם יגובש עד לאותו מועד הסדר חקיקתי הקובע אחרת (השוו: ע"א 4243/08 **פקיד השומה גוש דן נ' ורד פרי** (30.4.2009); עב"ל (ארצי) 3393-10-14 **המוסד לביטוח לאומי – אורמת מערכות בע"מ**. פסקאות 35 – 40 (12.6.2018)). שקלתי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

שמה נכון לעשות כן, אף ללא סיווגם של משתקמים כעובדים, נוכח הוראות סעיף 22 לחוק השיקום הקובע כי "לבית דין אזורי לעבודה תהא סמכות ייחודית לדון בכל תובענה שעילתה בחוק זה", אך בהיעדר טיעון בסוגיה איני מוצא לנכון להידרש לסוגיה. עם זאת, ככל שלא יגובש הסדר סטטוטורי בסוגיה, אפשר שבעתיד יידרש בית הדין לבחון את האפשרות לדון בתובענות למימוש זכויות אף ללא הכרת המשתקם כ"עובד" ואיני מביע כל עמדה בסוגית הסמכות ובטיעון אפשרי לגוף העניין.

14. מכל האמור לעיל עולה אפוא כי לגישתי לא שררו יחסי עובד – מעסיק בין המערער לבין מת"ש ודין ערעור המערער להידחות ללא צו להוצאות. נוכח הקביעה בדעת הרוב, אף אני כחברתי השופטת דוידוב-מוטולה איני נדרש לשאלה האם מוסמך בית הדין לעבודה לחייב את מת"ש בפיצוי בגין אי עריכת שימוע בנסיבות בהן אין לראות במערער עובד של המשיבה.

נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

ראשית, אני מבקש לצרף את הסכמתי לחוות הדעת המעמיקה והמפורטת של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה ולמסקנות המשפטיות והכספיות הנגזרות ממנה, וכן של כבוד הנשיאה, השופטת ורדה וירט ליבנה. מאחר והנושא שהובא לפנינו עוסק בחוליה החלשה ביותר של החברה הישראלית אני מבקש להוסיף מספר התייחסויות:

1. הקריטריון המשמעותי לדעתי המבדיל בין "משוקם", לבין "עובד" הינו: האם הפעילות אותה מבצע "המשוקם" מייצרת ערך כלכלי לצד ג (כפי שהיה במקרה נשוא ההחלטה שלפנינו) או לא. ככל שהמשוקם מייצר ערך כלכלי לצד ג, יש לראות בו "עובד" כולל כל המשמעויות הנגזרות מכך, **גם אם פעילותו זו היא חלק מתהליך שיקום שהוא עובר**. ככל שהפעילות של המשוקם אינה מייצרת ערך כלכלי לצד ג, אין לראות בו עובד, אלא משוקם בלבד.

2. אני מקבל את המגבלה המשפטית שמציינת השופטת דוידוב ביכולת לפצות את המערער גם בגין אי תשלום שכר מינימום (ואפילו מופחת) בגין תקופת עבודתו. חשוב לציין כי מגבלה משפטית זו נובעת רק מכך שהרשות הממשלתית שהוסמכה לקבוע שכר מינימום חלקי גם לכאלה הפועלים במפעלים מוגנים, טרם הפעילה את סמכותה זו, למרות שההרשאה לכך ניתנה כבר לפני כ-25





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

שנים(!) (תיקון מס 2 תשנ"ז-1997 לסעיף 17 בחוק שכר מינימום). עיכוב בלתי מוסבר זה, בנוסף לוועדות שונות שהוקמו במהלך השנים להסדיר את מצבם המשפטי של המשוקמים (בהקשר של הפעלתם בשוק העבודה, כולל הסדרת החוקים והתקנות הרלבנטיים הנגזרים מכך) ואשר טרם מיצו את הליך עבודתן מחייבת פנייה דחופה לגורמים המוסמכים הרלבנטיים להשלים בהקדם הליכים אלו, על מנת להבטיח מסד משפטי ראוי לעובדים מוחלשים אלו. נציגי המדינה בדיון שלפנינו הציגו בכתב ובע"פ מספר ועדות ומספר תהליכים לקידום הנושאים השונים, אך בפועל סחבת זו נמשכת כבר שנים רבות מדי והתהליכים טרם הושלמו.

אני סבור, כי תהיה זו התנהלות לא תקינה להמשיך בכך, ולמעשה לנצל את עובדת היותם של המשוקמים חסרי יכולת לעורר עניין ציבורי, חסרי יכולת לגייס תמיכה פרלמנטרית לקדם את עניינם, ולא להביא לסיום בהקדם את ההליכים הנדרשים.

3. העובדה שמשוקמים בעלי אופי דומה לזה שמועסקים במת"ש ואשר מועסקים בחברת "המשקם" מוגדרים כ"עובד" מוסיפה נופך נוסף לדרישה להכיר באותם משוקמים הפועלים במסגרת מת"ש ומייצרים ערך כלכלי לצד ג, להיות מוכרים אף הם כעובדים, כולל כל הזכויות הסוציאליות הנגזרות מכך (כמקובל ב"המשקם"). זהו מצב לא סביר ששני מקומות תעסוקה שיקומיים דומים באופן ההתנהלות שלהם ובמטרות שלהם, אשר המדינה מתקצבת אותם באופן ישיר או עקיף, יגדירו באופן שונה מבחינה משפטית את המשוקמים הפועלים במסגרתם. כאמור, אני בדעה שכל מי שעומד בקריטריון שהצגתי בסעיף 1 לטיעוני צריך להיות מוגדר "עובד", על כל המשמעויות המשפטיות והכלכליות הנגזרות ממעמדם כעובדים.

4. גם כבוד השופט פוליאק וגם חברתי נציגת הציבור גב' שרה זילברשטיין-היפס מציינים בהתייחסותם את סך ההטבות הכולל אשר המשוקמים מקבלים מהמדינה, ואשר יתכן שהגדרתם כ"עובד" תפגע בסך ההטבות שהם מקבלים מהמדינה. אני בהחלט מבין את השיקול שהם מעלים המבוסס על הרצון שלא לפגוע בסך ההטבות שמקבל המשוקם מהמדינה. בהקשר לכך, אני מבקש להעיר שלוש הערות:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

א. למרות הפן המוסרי/כלכלי שמעלים חברי, לדעתי, השאלה שנצבת לפנינו להכרעה הנה מתחום משפט העבודה, ולא מתחום העבודה הסוציאלית. כלומר, אנחנו מתבקשים לבדוק, האם על בסיס חוקי העבודה והפסיקה בנושא, נכון להגדיר את המערער כ"עובד" או לא.

ב. הפגיעה האפשרית באותם אלו שיוגדרו כ"עובד" אינה גזירת שמים. המדינה יכולה להחליט האם יש הכרח משפטי או אחר לפגוע בזכויות האחרות הניתנות למשוקמים ככל שיוגדרו כ"עובדים", יכולה להחליט לפגוע יחסית, או לא לפגוע כלל.

כאמור שיקול זה אינו מתחום משפט העבודה, ולכן אני חושב שאין לייחס לו משקל משמעותי בהחלטה שלנו.

ג. באופן דומה אומר, כי ההשפעה הכלכלית של החלטת המותב על המצב הכלכלי של "מת"ש" אינה צריכה להיות השיקול המכריע בהכרעה שלנו. הגורם השלטוני המכריע **המחויב** לדאוג על פי כל קנה מדה משפטי, מוסרי ואחר לטיפול הראוי באוכלוסיית המשוקמים הנה המדינה. אני משוכנע שהמדינה תוכל למצוא את המקורות הכספיים הנדרשים למימוש כל התהליכים הראויים בקבוצת האוכלוסייה של המשוקמים בדרגות השיקום השונות.

דרישה להתחשב במצב הכלכלי של מת"ש אשר תביא להכרעה שיפוטית שגויה, דומה לכך שבית הדין יתחשב במצב הכלכלי של כל חברה עסקית שהיא אשר תטען כי אינה יכולה לשלם את הזכויות הקוגנטיות של העובדים שלה, ותבקש הסכמה לכך מבית הדין לעבודה. בהקשר הזה, חייב להיות דין אחד לכל המעסיקים, כולל המדינה וגופים ציבוריים אחרים כגון עיריית תל אביב במקרה שלפנינו.

5. כאמור לעיל, אני תומך בקבלת הערעור של מר חיים זר ובתשלום כל הסכומים שצוינו, כמפורט בחוות דעתה של השופטת סיגל דוידוב.

יחד עם זאת, ומעבר לתשלום המתחייב למערער עצמו, ישנם נושאים רבים שנשארו לאורך שנים רבות לא מוגדרים בהקשר למצבם המשפטי של המשוקמים: מתן זכויות שונות לעובדים הנמצאים באותו מצב שיקומי ואשר עובדים בשני גופים שונים הנתמכים ע"י המדינה ("המשקם" ו"מת"ש"), אי קביעת תקנות וצווים אשר יסדירו את המצב המשפטי כנדרש וכ"ו.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

בשל מצב מורכב זה, ומאחר ומת"ש פעלה על בסיס המצב המשפטי העמום ששרר טרם מתן פסק דין זה, ולכן סברה כי לא הייתה צריכה לשלם את הזכויות המתחייבות למשוקמים שלה (הנפסקות כעת בהתאם לדעת הרוב למערער), אני סבור כי ראוי היה להחיל את פסיקתנו – מלבד ביחס למערער – באופן פרוספקטיבי, ובהקשר זה בלבד אני מצטרף להערת השופט פוליאק (שמבחינתו ניתנה מעבר לצורך) בסעיף 13 לחוות דעתו, החל מתחילת שנת 2023. לסיכום עמדתי-

- א- אני חוזר ומאשר את תמיכתי בנימוקים ובהחלטה של השופטת דוידוב-מוטולה והנשיאה וירט ליבנה בכל הקשור להגדרתו של המערער כ"עובד", כולל הנגזרות הכספיות הנובעות מכך.
- ב- אני תומך בהערתו של השופט פוליאק בנושא הרטרופקטיביות, כמפורט בסעיף 13 לחוות דעתו.

נציגת ציבור (עובדים) גב' שרה זילברשטיין היפש

לאחר שעיינתי בחוות הדעת השונות, אני מסכימה עם עיקר עמדתו של השופט פוליאק וככל שתישמע דעתי - ראוי היה לדחות את הערעור מטעמיהן של המשיבות. להלן אנמק דעתי בתמצית.

1. אין חולק כי פסק הדין נוגע לזכויות היסוד של אדם עם מוגבלות, וביניהן הזכות לשוויון. על חשיבותן של זכויות אלה אין עוררין. עם זאת אינני סבורה כי זכויות אלה מובילות למסקנה אליה הגיעו חבריי, בדבר קיומם של יחסי עובד-מעסיק בין המערער לבין המפעל המוגן בו הוצב. לטעמי המערער עבד בתקופה הרלוונטית במערכת שיקומית שהוקמה לצורך סיוע לאנשים עם קשיים פיזיים או מנטליים להשתלב בעולם התעסוקה. מערכת השיקום לתעסוקה פועלת בארץ מזה שנים רבות וטוב עשתה המדינה כאשר החליטה על הקמת ועדה בין-מקצועית ובין-משרדית לבדיקת הנושא על היבטיו השונים, כולל הרלוונטיות שלו לשנת 2021. היות והוועדה טרם סיימה תפקידה והגישה המלצותיה, התייחסותי הינה למערכת כפי שהיא כיום.
2. לטעמי המערכת כיום היא מערכת שיקומית-תמיכתית, הבונה עולם תעסוקה דמוי עולם התעסוקה החיצוני. בהתאם מקבלים המשתקמים תלושי שכר ומתבקשים להחתים כרטיס נוכחות, אך מדובר בסממנים חיצוניים המדמים את



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

עולם העבודה ואינם הופכים את המפעל המוגן לחלק ממנו. נוכח ההיבט השיקומי מדובר במערכת גמישה מאוד, המותאמת לצרכי המשוק, ומנסה להביא את המטופלים להסתגלות והפנמה של דרישות עולם העבודה לרבות כללי משמעת, היררכיה, מסגרת של 8 שעות עבודה ועוד. לכך נלווים שירותים שיקומיים שאינם ניתנים בעולם התעסוקה, וביניהם מועדון חברתי, ליווי עובד סוציאלי, השתתפות בשכר דירה וגם קצבת נכות (במקרים המתאימים). בשונה מעולם התעסוקה הרגיל, קבלת מועמד לשיקום מלווה בהחלטה של ועדה שיקומית-מקצועית, וכך גם שחרורו של כל מי שמועסק במסגרת זו.

3. כיוון שמדובר, לפחות במתכונתה הנוכחית, במערכת שהיא שיקומית ולא תעסוקתית - צדק לטעמי בית הדין האזורי בקבעו כי לא התקיימו יחסי עובד-מעסיק בין המערער לבין מת"ש במהלך התקופה בה "עבד" במסגרתה, ולמעשה נכח במערכת השיקומית. אכן, על פני הדברים נוכחות במערכת שיקומית לאורך זמן כה ממושך מעלה תהיות, לרבות לגבי השאלה אם קוימו לגבי המערער הנהלים המחייבים בדיקה שוטפת של מצבו של כל משוקם. עם זאת, תהיות מסוג זה יש לבחון במישור המקצועי. גם אם נגרם עוול למערער מעצם השארתו במערכת השיקומית זמן ממושך ללא הצדקה - ואינני קובעת זאת שכן הצדדים לא התייחסו לכך וממילא קביעה כאמור אינה בסמכותו של בית הדין לעבודה - עדיין אין בכך כדי להוביל לקביעה בדבר התקיימותם של יחסי עובד-מעסיק, אלא יש לבחון זאת בערכאות המתאימות.

4. כיוון שמדובר במסגרת שיקומית, ובסביבה ארגונית שאינה פועלת לפי הנהלים וגם לא לפי הדינים החלים על "מקום עבודה" - אני סבורה כי יש לדחות את תביעות המערער לזכויות סוציאליות כשל "עובד". המערער קיבל זכויות של משתקם, שבחלקן (דוגמת סיוע בדיוור) עשויות להיות גדולות מהזכויות הנתבעות על ידו, והוא אינו יכול לאחוז במקל משני קצותיו. משכך, ראוי היה לטעמי לדחות את הערעור. בהתחשב בעמדותיהם של חבריי, אין צורך כי אביע עמדה ביחס לערעור שכנגד.





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 30279-05-19

ע"ע 41469-05-19

סוף דבר

הערעור מתקבל כאמור בסעיף 77 לחוות דעתה של השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, אליה הצטרפו הנשיאה ורדה וירט ליבנה ונציג הציבור מר עצמון ליפשיץ, כנגד עמדתם החולקת של השופט רועי פוליאק ונציגת הציבור גבי שרה זילברשטיין-היפש.

כל חברי המותב מצטרפים לקריאה למחוקק להשלים בהקדם הניתן את עבודת המטה הנוגעת לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות המועסקים במפעלים מוגנים, על מנת לתת מענה לסוגיות השונות שהתעוררו במסגרת הליך זה במסגרת חקיקה מסודרת. **עותק מפסק דין זה יישלח לשר הרווחה, שר הבריאות וכן לנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, על מנת שיוכלו לעקוב אחר ביצוע המלצתנו.**

ניתן היום, ד' חשוון תשפ"ב (10 אוקטובר 2021), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.



רועי פוליאק,
שופט

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

ורדה וירט-ליבנה,
נשיאה, אב"ד

מר עצמון ליפשיץ,
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת שרה זילברשטיין-היפש,
נציגת ציבור (עובדים)