



מדינת ישראל

רשם האגודות השיתופיות

תיק מספר: 660/671/2014

בפני סגנית רשם האגודות השיתופיות

בעניין: אסף מרקר

ע"י ב"כ עו"ד איריס פינקלשטיין
הקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן
טל': 03-5318373 פקס: 03-6350955

בעניין: קיבוץ רבדים

ע"י ב"כ עו"ד אלעד ברק
דרך מנחם בגין 48, תל-אביב
טל': 03-5371338 פקס: 03-5371339

ובעניין: השגה על דוח חוקר לעדכון פנקס חברים

החלטה

אדם, החולה במחלת הסכיזופרניה, אשר חי ועבד כל חייו בקיבוץ, אך לא שאלת חברותו לא הועלתה על ידי הקיבוץ לאישור האסיפה הכללית – האם יש להכיר בו כחבר מכוח התנהגות או כתלוי בחבר - זו השאלה העומדת בפנינו.

בפנינו השגתו מיום 27.11.2014 של המשיג, אסף מרקר מקיבוץ רבדים על דו"ח החקירה מיום 21.03.2010 בעניין עדכון פנקס חברים. השגה זו מונחת לפנינו בעקבות החלטתו מיום 30.11.2011 של כב' השופט נעם סולברג בעמ"נ 27330-01-11 **אסף מרקר נ' קיבוץ רבדים**, אשר קיבל את עמדת המערער בתיק, וקבע שיש לדון שנית בהשגתו בפני רשם האגודות השיתופיות, כאשר המשיג מיוצג בידי עורך-דין.

רקע עובדתי

1. אסף נולד בשנת 1967 כבן לחברי הקיבוץ אברהם ז"ל ויהודית מרקר.
2. בשנת 1983 לערך, בהיותו בן 16, אובחנה אצל אסף מחלת הסכיזופרניה, שבעטיה לא גויס לצה"ל.
3. בשנת 1989 נקבעה לאסף בידי המוסד לביטוח לאומי נכות זמנית בשיעור של 60% ובשנת 1990 נקבעה לו נכות צמיתה בשיעור של 75%.

4. במהלך השנים התגורר אסף בקיבוץ, מלבד תקופות קצרות בשנים: 1985, 1987, 1994 ו-2004 שבהן אושפז בבתי חולים פסיכיאטריים או התגורר בהוסטל בתל-אביב.
5. בסוף שנת 2002 התקבלה בקיבוץ החלטה על שינוי אורחות חיים (מקיבוץ שיתופי למתחדש) ועל שיוך דירות לחבריו.
6. באפריל 2004 התקבלה החלטה בקיבוץ בדבר בניס בעלי צרכים מיוחדים.
7. ביום 10.12.2006 הקיבוץ העביר לאסף ולאמו טיוטת הסכם לבן בעל צרכים מיוחדים אשר לא נחתמה על ידי הצדדים.
8. במהלך שנת 2007 התנהל דין ודברים בין נציגי הקיבוץ לבין משפחתו של אסף.
9. בשנת 2008 פנה אסף לרשם האגודות השיתופיות דאז, עו"ד אורי זליגמן, בבקשה לקיים חקירה לפי סעיף 43 לפקודת האגודות השיתופיות ולפי הוראות תקנה 6 לתקנות האגודות השיתופיות (חברות), תשל"ג-1973 (להלן: **תקנות החברות**) בעניין חברותו בקיבוץ רבדים.
10. בעקבות זאת, מונה החוקר, עו"ד איתן מימוני, שהגיש ביום 25.3.2010 דו"ח חקירה ובו הוא ממליץ, לדחות את בקשתו של אסף להכיר בו כחבר הקיבוץ.
11. ביום 12.12.2010 רשם האגודות השיתופיות אימץ את מסקנת החוקר, וקבע כי אין להכיר בו כחבר, וכי מעמדו של המבקש הינו מעמד של בעל צרכים מיוחדים התלוי בחבר קיבוץ.
12. בהתאם לכך, הנחה הרשם את הקיבוץ לפעול בהתאם להסכם "אהדה", לרבות רישום הערת אזהרה על ביתו של אסף בקיבוץ, על-מנת להבטיח לו מגורים בביתו עד לאריכות ימיו, וכן הפרשת כספים לקופת הפנסיה, כדי להבטיח למערער קצבה חודשית על פי תקנה 4(ג) לתקנות האגודות השיתופיות (ערבות הדדית בקיבוץ מתחדש), תשס"ו-2005 (להלן: **תקנות הערבות ההדדית**).
13. עוד קבע הרשם בהחלטתו, כי אסף זכאי לבקש מהקיבוץ להתקבל כחבר בהתאם להוראות הדין, וכי הקיבוץ ינהג בבקשה על פי תקנון האגודה בדרך שהיה נוהג בכל מבקש להתקבל לחברות.
14. ביום 30.11.2011 קיבל כב' השופט סולברג בעמ"נ 27330-01-11 **אסף מרקר נ' קיבוץ רבדים**, את ערעורו של אסף על החלטת הרשם. זאת מכיוון שהדיון נערך בפני הרשם ביום 12.12.2010, כאשר אסף אינו נוכח ואינו מיוצג, וזאת מבלי שדן הרשם בבקשת אסף לדחות את הדיון שנקבע עד שישדיר את ייצוגו המשפטי.
15. כב' השופט סולברג ציין בהחלטתו, כי עקב ריבוי פניותיו של אסף באמצעות גורמים שונים, נשמטה ככל הנראה מהרשם בקשתו של אסף לדחיית הדיון, ועל כן סבר בטעות, כי המערער בחר שלא להגיע לדיון והחלטתו ניתנה בהעדרו. עם זאת, מאחר שאדם עם מוגבלות לא היה מיוצג בהליך בפני הרשם חרף בקשתו, הדבר דורש תיקון, גם אם ארע בשל התנהלותו של המערער ובני משפחתו.

16. לפיכך, נקבע כי רשם האגודות השיתופיות ידון שנית בהשגתו של אסף על דו"ח החוקר, כאשר אסף יהיה מיוצג ע"י עורך דין.
17. ביום 27.11.2014 התקבלה בקשתו של אסף באמצעות ב"כ עו"ד פינקלשטיין מהקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלות, באוניברסיטת בר-אילן, לחדש את ההליכים בתיק, ולהורות על תיקון פנקס החברים הקיבוץ.
18. ביום 17.11.2015 התקיים דיון בפניי בנוכחות הצדדים.

תמצית ממצאי דוח החוקר:

19. תחילה דן החוקר בשאלה האם אדם בעל נכות נפשית יכול להיות חבר בקיבוץ. מסקנתו של החוקר הייתה שככל שהמחלה פוגעת בכושר השיפוט, בתפיסת המציאות וברצון החופשי, לא יכול אדם לבקש להתקבל לאגודה שיתופית.
20. עם זאת, קבע החוקר במקרה של אסף, כי "לא מצאתי כל ראיה לכך שאכן נפגם כושר השיפוט של אסף באופן קבוע... מחלתו של אסף מטופלת בהצלחה יחסית, באמצעות טיפול תרופתי קבוע ופגישות עם עובדת סוציאלית וחונך. למעט מקרים בודדים שאותם ניתן להגדיר כ"מצבי פסיכוזה", אסף מתנהג באופן כללי בצורה נורמטיבית... על אף מחלתו של אסף, הוא מצליח לעמוד במשימות שמוטלות עליו, המצומצמות אומנם נוכח מחלתו, ומנהל חיים עצמאיים, למעט מקרי התפרצות בודדים."
21. מאחר שאין חולק, כי אסף מעולם לא עמד להצבעה באסיפה הכללית לקבלה לחברות, הדיון התמקד בשאלה האם ניתן להכיר באסף כחבר מכוח התנהגות לפי תקנה 2א לתקנות החברות.
22. החוקר בחן את התקיימותם של שני תנאים מצטברים אלו לצורך בחינת שאלת החברות מכוח התנהגות:

- א. מבחן אובייקטיבי הבוחן את התנהגות הצדדים (נהג ונהגו בו כחבר) במשך זמן סביר לפי נסיבות העניין - לעניין תנאי זה קיימים מספר סממנים שנקבעו בפסיקה והמצביעים על קיומם של יחסי חברות: מגורים בקיבוץ, השתתפות באספות ובהצבעות, העברת הכנסות לקיבוץ, קבלת תקציבים, תשלום מיסים, דיווח לרשויות המס, ביצוע תורניות עבודה, רישום כחבר בספרי הקיבוץ ועוד. כפי שנקבע בפסיקה יש לבדוק כל מקרה לגופו, אך לרוב אם מתקיימים מרבית הסממנים לתקופה ממושכת ובהיעדר ראיה לסתור, ניתן להכיר באדם כחבר.
- ומבחן סובייקטיבי הבוחן את גילוי רצון הצדדים - במבחן זה יש להוכיח, כי לשני הצדדים היה רצון לקשור ביניהם יחסי חברות.
- ב. העדרה של הוראה מפורשת בתקנון הקיבוץ המגבילה קבלה לחברות מכוח תקנה 2א לתקנות החברות או ראיה המצביעה על כך שבין הצדדים התקיימה מערכת יחסים אחרת מאשר חברות.

23. לשם בחינת התנאים הנ"ל החוקר הבחין בין שתי תקופות:

א. התקופה הראשונה משנת 1985, מועד תחילת החברות לטענת אסף, ועד שנת 1992 המועד בו תוקן תקנון הקיבוץ והוסף לו סעיף 34א המגביל קבלה לחברות מכוח התנהגות – בתקופה זו "אסף עבד במטבח הקיבוץ כ-8 שעות ביום (כמו כולם)", פרט לתקופות של 10 ימים בגיל 19 ושל חודש-חודשיים בגיל 21 בהן אושפז. אסף מסר בתקופה זו את מלוא הכנסותיו מביטוח לאומי לקיבוץ וקיבל תקציבים שוטפים כמו שאר החברים. הוא התגורר בדירה שהקיבוץ העמיד לרשותו והקיבוץ דיווח עליו כחבר לרשויות לצרכי מס. בכל אלה, לפי המלצת החוקר, אין כדי להעיד על היותו חבר, שכן אף אם היה "תלוי בחבר" כטענת הקיבוץ, היה עליו לעמוד בחובות אלו, והיה זכאי לזכויות אלה. הדיווח לרשויות המס הינו לצרכי מס בלבד. אסף לא השתתף באספות הכלליות של הקיבוץ או בוועדותיו, דבר המחזק את טענת הקיבוץ שהיה תלוי בחבר ולא חבר.

עוד הגיע החוקר למסקנה, כי בתקופה זו אסף לא רצה להיות חבר בקיבוץ. לעניין זה הביא החוקר את דבריו של אסף בעדותו בפניו: "במשך שנים לא עניין אותי להיות חבר קיבוץ. בתקופה השיתופית אמרו שאני מקבל תנאים כמו כולם. אבא שלי דיבר עם ניתאי אולי מזכיר אחר, לא זוכר מתי זה היה, לפני 10 שנים או יותר, אמרו לאבא שלי שאם אסף חבר קיבוץ או איננו חבר קיבוץ זה אותו דבר. חוץ מההצבעה. אני לא פניתי למישהו ובקשתי להיות חבר קיבוץ. שאלו אותי אם אני רוצה להיות חבר בשנת 94 אולי נעמה. ואז יצאתי לתל אביב ואז לא הייתי מעוניין באותו שלב."

מעדותה של יהודית, אמו של אסף, עלה כי הקיבוץ לא פנה אל אסף על-מנת לקבלו כחבר "היו צריכים לפנות אלינו גם כן... היו תקופות יותר קשות שהוא לא הסכים להיות חבר, לא שהוא לא הסכים, חשב שהוא חריג ואם נפנה לא יהיה כלום. זה היה לא מזמן. לא התחיל לפני 20 שנה. לא שאלו אותו אם הוא רוצה להיות חבר." חברת קיבוץ נוספת העידה כי אסף "ראה עצמו כשייך לקיבוץ אך לא כחבר קיבוץ, אך לא הפריע לו כ"כ עד השנים האחרונות".

ב. באשר לתקופה שלאחר 1992 - לדברי החוקר, לא ניתן להכיר בחברות מכוח התנהגות בתקופה זו, בשל שינוי התקנון בעניין זה. רק בשנת 2002, כאשר הוחלט על הפיכת הקיבוץ משיתופי למתחדש, הליך הטומן בחובו משמעויות כלכליות נרחבות, הביע אסף עניין בחברות. בנסיבות אלה, הגיע החוקר למסקנה, כי המשיג ביקש להתקבל כחבר על רקע הליך ההפרטה בקיבוץ ורצונו ליהנות מהיתרונות הכלכליים הגלומים בהליך זה. החוקר ציין, כי אין זו מטרה פסולה לכשעצמה, אך כאשר היא עומדת לבדה, אין היא מבטאת רצון כן ואמיתי להיות חיי שיתוף בהתאם לעקרונות הקואופרציה. "חיים משותפים וחיי קואופרציה בפרט הנם

אורח חיים שמחלחל בכל תחומי החיים, אף ללא קשירת הדבר ביתרונות כלכליים או חומריים".

24. בנוסף, דן החוקר בטענת אפליה, אשר מהווה את אחת העילות החריגות, אשר בהתקיימן רשם האגודות השיתופיות יכול להתערב בנושא קבלה לחברות באגודה. לעניין הטענה כי אסף הופלה לרעה לעומת בני גילו, סבר החוקר שמאחר שאף אחד מבני כיתתו לא היה אף פעם חבר בקיבוץ, הרי שאסף לא הופלה לרעה. מהעדויות עלה שהקבוצה של אסף הייתה בעייתית ולא חזרה לקיבוץ אחרי הצבא, וככל הנראה עניין זה השפיע על כך שלא הועלה לאסיפה כללית יחד עם בני מחזורו. לעניין הטענה שאסף הופלה בשל נכותו, סבר החוקר, כי טוב היה אילולא הטענה הייתה מועלית, מכיוון שהקיבוץ דאג לכל צרכיו של אסף ובכלל זאת לצרכיו המיוחדים, ואף למעלה מכך, ולכן אין לקבל את הטענה, כי הקיבוץ נהג כלפיו בחוסר תום לב.

טענות המשיג

הפליה

25. המשיג טוען, כי לא התקבל לחברות בקיבוץ, בשל מוגבלותו הנפשית וכי הצהרתו המפורשת של הקיבוץ, כי בעלי מוגבלות נפשית אינם יכולים להיות חברים בקיבוץ מנוגדת לחוק שוויון זכויות עם אנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998 (להלן: "**חוק השוויון**"), לאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ולעקרונות חוק שיקום חולי נפש בקהילה, תש"ס-2000. אמירה זו הינה גורפת ופוסלת אדם בשל השתייכותו ל"קבוצה" של אנשים עם מוגבלות נפשית, במקום לבחון לגופו של עניין את התאמתו לחברות.

26. בשל מוגבלותו לא הועמדה להצבעה שאלת חברותו של אסף בקיבוץ, זאת לעומת חברים אחרים אשר בהגיעם לגיל 18 התקבלו באופן אוטומטי לחברות לקיבוץ. לעניין זה צורף להשגה העתק של תקנון צעירים של קיבוץ רבדים מחודש יוני 2014, אשר בו נאמר כי "בעבר, בני חברי הקיבוץ היו מתקבלים באופן אוטומטי ומצטרפים למערכת הכלכלית המוכרת כיום כ"שותפות'..."

27. בנוסף, במהלך השנים כאשר פנו אסף ומשפחתו וביקשו להכיר באסף כחבר בדרך המלך, בקשתם לא נענתה. מר ניתאי קרן, אשר טיפל מטעם הקיבוץ בעניינו של אסף אמר לו שהיה ויעלה שמו להצבעה – תידחה בקשתו והוא יאלץ לעזוב את הקיבוץ, תוך שהוא מאבד את כל שנות הוותק שצבר וכן את הזכויות אשר היו לו אותה עת.

28. קביעתו של החוקר, כי הקיבוץ דאג לכל צרכיו של אסף ולכן מוטב היה שהוא לא היה טוען כי הופלה בשל מוגבלותו, ממחישה את היחס הפטרוני של החברה כלפי אנשים עם מוגבלות. ההתייחסות היא אל המשיג כאל חסר ישע ומושא לחסד, ואל הקיבוץ כדואג

לצרכיו ומושיע, תוך התעלמות מהוראות חוק השוויון והאמנה לפיהם יש להכיר בתרומתם של אנשים עם מוגבלות לחברה ובחשיבות שילובם המלא בקהילה.

29. כמו כן, ציין המשיג כי לצורך שילוב אנשים עם מוגבלות נקבעה בדין חובה לערוך התאמות הנדרשות לצורך כך. כלומר, אף אם היה מתברר כי המשיג אינו עומד באופן דווקני בדרישות להכרה בו כחבר, מוטלת על הקיבוץ ועל הרשם החובה לבצע את ההתאמות הנדרשות כדי שהוא יוכל לעמוד בדרישות אלה.

יש להכיר במשיג כחבר הקיבוץ מכוח התנהגות לפי סעיף 2א לתקנות החברות

30. לטענת המשיג, מתקיימים המבחנים להכרה בו כחבר מכוח התנהגות. אין חולק, כי המשיג נולד בקיבוץ, כבן של חברי קיבוץ, וחי בקיבוץ במשך כל חייו בדירה שהקיבוץ הקצה לו. הוא שובץ לתורניות בשבתות ובחגים בקיבוץ, שובץ לעבודה בענפי המשק השונים, והתנדב לסייע בעניינים דחופים כשהתעורר הצורך. כיום הוא עובד במכבסה. לעבודתו ערך כלכלי ויצרני, והוא התמיד בעבודתו ואף זכה לשבחים. הקיבוץ מספק לו את צרכיו בדומה לשאר חבריו, ובנוסף, מוקצה לו גמול ותק בדומה לחברי הקיבוץ האחרים. שמו של המשיג מופיע בספר הטלפונים ברשימת חברי הקיבוץ. הוא מעביר את התגמולים בעבור נכותו מביטוח לאומי לקיבוץ, ובתמורה לכך מקבל תקציב חודשי בדומה לשאר חברי הקיבוץ. הקיבוץ דיווח על המשיג לביטוח לאומי ולמס ההכנסה כעל חבר הקיבוץ. כמו כן, ובדומה לשאר החברים קיבל אסף מכשירי חשמל, שכר לימוד, טיפולי שיניים וכדומה.

31. לעניין הסירוב של אסף בשנת 94 להצעה להיות חבר בקיבוץ, נטען כי עיתוי ההצעה היה בעייתי – כאשר אסף עמד לצאת בהסכמת הקיבוץ לשנת חופש מהקיבוץ בהוסטל בתל-אביב. את השאלה, ככל שהועלתה בתום לב, צריך היה להעלות כשחזר. אסף אמר בדיון שהוא תמיד ראה עצמו כחלק מהקיבוץ, וכך גם התייחסו אליו. שאלת החברות לא עלתה בהתנהלות השוטפת, שכן נתנו לו את מלוא הזכויות של חבר (עד שהתעוררה סוגיית השיוך). הכרה באסף כחבר ושיוך דירה, תקנה לו ביטחון כלכלי, במקרה בו מצבו הכלכלי של הקיבוץ יתדרדר והקיבוץ לא יוכל לעמוד בהתחייבויות כלפיו.

בין המשיג לקיבוץ לא התקיימה מערכת יחסים של "תלוי בחבר קיבוץ"

32. בפועל המשיג אינו "תלוי", אלא חי בקיבוץ כשווה בין שווים ומקיים את החובות וההתחייבויות הכרוכות בצורת החיים הנוהגת בקיבוץ (עובד ותורם לקיבוץ ומעביר לו את קצבת הנכות שלו). מבחינה זו האמירה שהוא תלוי אינה בעלת תוכן ממשי, והיא משרתת רק את מטרתו של הקיבוץ להימנע מלהכיר בו כחבר.

33. רק בשנת 2006 התבקשו אסף ואמו לחתום על הסכם המכיר בו כתלוי בעל צרכים מיוחדים, אך הם סרבו לחתום על ההסכם.

34. רק בשנת 1999, תוקן סעיף 76 לתקנון הקיבוץ באופן הקובע ומסדיר את מעמדם של "תלויים בחברי קיבוץ", כאשר לפני כן התקנון התייחס רק להורים וקרובי משפחה אחרים. לכן, סטטוס זה לא היה קיים כלל בשנים בהן נהגו באסף כחבר קיבוץ, והוא התקבל כחבר מכוח התנהגות.

35. בחירת הקיבוץ לתייג את אסף כ"תלוי בחבר קיבוץ" ולהימנע מהעלאת שאלת חברותו לאספה כללית, בשל הנחתם המפלה שאדם עם מוגבלות נפשית אינו כשיר להיות חבר, אינה יכולה לשמש לחובתו, בבחינת שאלת חברותו בקיבוץ מכוח התנהגות.

36. קיימת סתירה פנימית בהמלצות החוקר. מצד אחד, הוא קבע שמוגבלותו של אסף אינה מונעת את קבלתו כחבר, ולכן יש להתייחס אליו כאל אדם רגיל, ומצד שני, קיבל ללא סייג את טענת הקיבוץ, כי ההתייחסות אליו היא כאל תלוי בחבר. אם יש להתייחס אליו כאל אדם רגיל, ללא מוגבלות, כיצד ניתן להכיר בו כתלוי בחבר?

37. הקביעה שאדם עם מוגבלות הוא במעמד של תלוי בחבר, ולכן אין משמעות לכלל המאפיינים של מערכת היחסים שלו עם הקיבוץ (כי היא מתקיימת אף לגבי תלויים בחבר), מונעת את האפשרות להחיל את תקנה 2 לתקנות החברות לגבי אנשים עם מוגבלות, ובכך מפלה אותם לרעה.

תשובה לטענות השיהוי וההתיישנות

38. לטענת השיהוי, השיב המשיג, כי לא הייתה לו אפשרות לשכור שירותים משפטיים מטעמים כלכליים. עניין ייצוגו המשפטי באמצעות הקליניקה ללא תשלום הוסדר רק סמוך להגשת הערעור. במהלך השנים פנו המשיג ומשפחתו לקיבוץ ועמדו על זכויותיהם, ולא הסכימו לחתום על הסכם אהדה. לפי החלטת בית המשפט המחוזי, על הרשם היה ליזום את המשך ההליכים בתיק ומשהדבר לא נעשה, אין לזקוף זאת לרעת המשיג. טענת ההתיישנות עלתה לראשונה בדיון, וזוהי טענה שיש להעלות בהזדמנות הראשונה.

טענות המשיב

39. המשיב תומך במסקנות החוקר בדוח ומוסיף מספר טענות שיפורטו להלן.

שיהוי וההתיישנות

40. הקיבוץ ביקש לדחות על הסף את בקשתו של המשיג, בשל שיהוי חריג וניכר, שכן חלפו למעלה משלוש שנים בין החלטת בית המשפט המחוזי, כי יש לאפשר דיון חוזר בהשגה של אסף על דוח החוקר, לבין הגשת ההשגה החדשה. אף אם בית המשפט המחוזי לא נקב במועד, הרי ברור שהיה על אסף להסדיר את ייצוגו תוך זמן סביר (סעיפים 41 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). התנהגותו של אסף יצרה כלפי הקיבוץ מצג, כאילו זנח הליך זה והקיבוץ הסתמך על כך. לא נעשו פניות בעניין לקיבוץ, ואף אם היו נעשות, אין די בכך והיה צורך בפניה לרשם. אם היו פניות, של אסף ומשפחתו,

מבחינת הקיבוץ זה היה בסוגיית החתימה על הסכם "אהדה", כי נושא החברות הסתיים מזמן.

41. בתחילת הדיון העלה ב"כ המשיב טענה, כי חלה התיישנות על טענותיו של המשיג, שכן הן מתייחסות לאירועים שקרו לפני 30 שנה.

סמכות רשם האגודות השיתופיות לתיקון פנקס החברים

42. הרשם אינו מוסמך להורות על קבלה לקיבוץ מכוח התנהגות כאשר התנהגותם של הצדדים מגלה, כי הם מודעים לכך שהמשיג אינו חבר, כאשר הן הקיבוץ והן המשיג הביעו חוסר עניין בקבלתו של המשיג לחברות. סמכותו של הרשם היא דקלרטיבית – הצהרה על סטטוס ולא שינוי של הסטטוס, גם אם ראוי לשנותו, למעט במקרה של הפליה, אשר לא הוכחה כאן.

מוגבלותו של אסף אינו מאפשרת לו להיות חבר קיבוץ והוא במעמד של בעל צרכים מיוחדים התלוי בחבר

43. אסף מוכר על-ידי המוסד לביטוח לאומי למעלה מ-20 שנה כמי שאינו מסוגל להתפרנס באופן מלא ולצמיחות, ולכן משולמת לו קצבת נכות מלאה. אסף אושפז 4 פעמים במחלקות פסיכיאטריות. במהלך השנים אירעו מספר אירועים חריגים בקיבוץ בהם היה מעורב אסף, כגון - הטרדות, התנהגות לא נאותה שבעקבותיה פוטר מהמפעל, התפרצויות אלימות (שבירת רהיטים בחדר האוכל ובמקרה אחר שבירת דלת) וניסיון התאבדות. בחלק מהזמן עבד אסף באופן חלקי במסגרת "מפעל מוגן" בקיבוץ, אך לאורך תקופות רבות וממושכות לא עבד כלל, והתאפיין בחוסר תפקוד והשתלבות כמעט בכל מסגרת.

44. לכן, התייחסות הקיבוץ אליו לאורך השנים הייתה כאל בעל צרכים מיוחדים התלוי בחבר ולא כאל חבר.

45. מתוך תפיסה של עקרונות של חברה שוויונית וקהילה תומכת, הזכויות והחובות המוקנות לבנים בעלי צרכים מיוחדים התלויים בחבר הקיבוץ דומות או קרובות לאלו של חברים. עם זאת, עדיין אין המדובר במערך זהה של זכויות וחובות. כך למשל חובת העבודה פחותה, ונעשית במסגרת של "מפעל מוגן" בקיבוץ ללא קשר לערכה הכלכלי ולעיתים בנוסף למצבת העובדים הקיימת וללא כל צורך אמיתי. התקציבים והזכויות וגם התשלומים והמיסים הפנימיים דומים, אך אינם זהים. בנוסף, לתלויים אין זכות להשתתף בהצבעות ולבחור ולהיבחר.

46. דרך המלך שהותוותה על-ידי ועדת דולב, התנועה וארגון "אהדה" לטיפול בבנים עם צרכים מיוחדים היא מעמד של תלוי בעל צרכים מיוחדים (אשר הוא והוריו חותמים על הסכם "אהדה") ולא קבלה לחברות. כלומר, ההגנה על בעלי הצרכים המיוחדים היא באמצעות חבילה של זכויות סוציאליות ולא באמצעות מתן סטטוס המקנה זכויות

קנייניות. יש בכך יתרונות, כי לא מוטלת חובת עבודה, והזכויות אינן תלויות בקיום ההתחייבויות. אסף לא יקבל יותר כחבר, אלא רק יוטלו עליו חובות נוספות. בקשתו אינה מיועדת להגנה על זכויותיו של אסף, אשר מקבל את כל צרכיו, אלא להגן על היורשים האחרים של אמו.

47. הסיבות לכך שסעיף 73 בעבר דן בהורים של חבר ובקרובי משפחה אחרים, הן היסטוריות (החברים היו צעירים ולא חשבו על הסיטואציה של בנים בגירים עם צרכים מיוחדים). בפועל היה שימוש בסעיף הזה גם לגבי בנים בעלי צרכים מיוחדים.

48. אסף לא הועמד להצבעה לא בשל הפליה, אלא מכיוון שהוא לא היה מעוניין בכך, ואף סירב להצעה שהופנתה אליו בעניין בשנת 1994 (שנעשתה בהקשר של הסדר הקיבוצים שהתחיל בשנה זו). אין החלטה של הקיבוץ לא לקבל נכים לחברות, ואף כשאסף פנה בשנים האחרונות נאמר לו, כי אפשר להעלות אותו להצבעה לחברות.

49. בהתחשב בסוג הנכות של המשיג ומצבו, יתכן ונכותו מהווה שונות רלוונטית וסבירה, ועל כן, אין המדובר באפליה פסולה.

לעניין טענת הקבלה האוטומטית לחברות

50. לא הייתה בקיבוץ קבלה אוטומטית לחברות של בנים בגיל 18, אלא תהליך של פנייה רשמית של הבן/ת, קבלה למועמדות והצבעה באסיפה כללית, ובכל מקרה בגיל מאוחר יותר. מדובר באירוע רב-משמעות ולא אוטומטי. המשיב הגיש במהלך הדיון את קובץ החלטות ותקנונים של הקיבוץ, הכולל את נוהלי הקיבוץ בעניין קליטה של חברים, על-מנת לתמוך בטענה זו.

51. הדרישה לבצע עבור המשיג התאמות מיוחדות, על מנת לקבלו לחברות ללא הצבעה באסיפה הכללית, בעוד שיתר החברים עברו הצבעה, יש בה משום הפליה פסולה ולא הוגנת.

דיון והכרעה

52. תחילה נדון בטענות המקדמיות שהעלה המשיב ולאחר מכן נבחן את מסקנותיו והמלצותיו של החוקר לגופן.

טענת ההתיישנות

53. במהלך הדיון טען ב"כ המשיב לראשונה, כי מדובר בטענות לגבי אירועים שאירעו לפני כ-30 שנה וחלה לגביהם התיישנות. לפי סעיף 3 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, אין נזקקים לטענת התיישנות אם לא הועלתה בהזדמנות הראשונה. לפיכך, משהתקיימו התדייניות קודמות רבות בין הצדדים והטענה הועלתה לראשונה בפניי, מן הראוי לדחותה. טענות בדבר חברות מכוח התנהגות מוגשות מטבע הדברים פעמים רבות לאחר

שנים רבות של מגורים ביישוב, ולכן נכון עשה המשיב שלא העלה את הטענה בהזדמנויות קודמות.

טענת השיהוי

54. המשיב טוען כי בעקבות פסק הדין של כב' השופט סולברג היה על המשיג לפעול להסדרת ייצוגו תוך זמן סביר, ולפנות לחדש את הדיון בפני הרשם. בפועל חלפו למעלה משלוש שנים עד לפנייה המחודשת, ומשכך, יש לראות את המשיג כמי שזנח את טענותיו כלפי הקיבוץ.

55. המשיג הסביר שבשל קשיים כלכליים, ולאחר ששילם שכר טרחה נכבד לעורך דינו הקודם, הוא התקשה למצוא ייצוג משפטי מתאים, ולכן חלף זמן עד שמצא ייצוג כזה. הסדרת ייצוגו ללא תשלום באמצעות הקליניקה המשפטית באוניברסיטת בר-אילן, אפשרה לו לפנות בבקשה המחודשת. במגעיו מול הקיבוץ היה ברור שאינו זונח את טענותיו, ולכן הוא ואמו לא חתמו על המסמכים, שהתבקשו לחתום עליהם על-מנת להסדיר את מעמדו כבעל צרכים מיוחדים התלוי בחבר.

56. מאחר שבית המשפט המחוזי בהחלטתו הורה לרשם לקיים דיון בערעור, כאשר המשיג מיוצג, הרי שלא ניתן לקבל את טענת המשיב בעניין זה. ההליך עליו הורה בית המשפט המחוזי לא הושלם עד לקיום הדיון בערעור בפניי. ייתכן שנכון היה שהרשם יגביל מיוזמתו או לבקשת המשיב את הזמן המוקצב למשיג להסדיר את עניין ייצוגו המשפטי, אך כל עוד הדבר לא נעשה, עניין זה אינו יכול להיזקף לחובתו של המשיג.

57. מעבר לכך, נקבע בפסיקה כי "התקנה מקנה לרשם סמכות לתקן את פנקס החברים בכל עת. לפיכך, אם מתברר לרשם כי נפלה טעות בפנקס החברים של אגודה, אין הוא יכול להתעלם ממנה ולהימנע מלתקן את פנקס החברים" עמ"נ (ירושלים) 130/03 ארגס נ' עו"ד אורי זליגמן – רשם האגודות השיתופיות (ניתן ביום 10.10.2004).

האם הקיבוץ הפלה לרעה את אסף בכך שלא העלה את שאלת חברותו להצבעה?

58. כאמור, החוקר דחה את טענת אסף כי הופלה לרעה בידי הקיבוץ משני טעמים:

- א. אסף לא הוכיח כי אחרים בני גילו התקבלו לחברות בקיבוץ.
 - ב. לעניין טענת ההפליה בשל הנכות - הקיבוץ דאג לכל צרכיו של אסף ובכלל זה לצרכיו המיוחדים, ואף למעלה מכך ומוטב היה לו טענה זו לא הייתה מועלית כלל.
59. איני יכולה לקבל את טעמו של החוקר לדחיית הטענה לפיה אסף הופלה לרעה בשל מוגבלותו – הקיבוץ, כתאגיד המבוסס על עקרונות הערבות ההדדית, הן בתקופה השיתופית והן לאחר השינוי, מחויב לדאוג לצרכיהם של בעלי מוגבלויות החיים בו. במובן זה הקיבוץ לא עשה עם אסף חסד, אלא נתן לו את הזכויות המגיעות לו – וגם קיבל מאסף את הכנסתו עקב נכותו מהמוסד לביטוח לאומי ואת כוח עבודתו.

60. לעניין זה ראוי להביא מדוח הוועדה לבחינת מעמדם של חברי קיבוץ ובני קיבוץ עם מוגבלות (2006, להלן: **"ועדת דולב"**), בעמ' 7: "מספר הנחות יסוד ליוו את עבודת הוועדה. הוועדה ראתה בחבר קיבוץ ובבן קיבוץ עם מוגבלות כמי שזכאים להשתתפות הקיבוץ בסיפוק צרכי מחייתם וצרכיהם המיוחדים - בזכות ולא בחסד. חבר הקיבוץ - מעצם חברותו, ובן הקיבוץ - בשל היותו בנם של הוריו, חברי הקיבוץ. סיוע הקיבוץ להורי הבן בכל הקשור לתמיכה בבנם הוא חלק בלתי נפרד מהערבות ההדדית שבקיבוץ" [ההדגשות הוספו]. חשוב לציין שהזכויות הניתנות לבעלי צרכים מיוחדים בקיבוצים, אינן מובנות מאליהן, במיוחד בימים אלו בהם נאבקים בעלי המוגבלויות על הזכות לקבל קצבה בגובה שכר מינימום (זכות הקיימת בקיבוצים זה מכבר ומעוגנת בתקנות, וניתנת בנוסף לסיפוק הצרכים המיוחדים). החברה הקיבוצית מהווה בשל כך אות ומופת לערבות הדדית, לשילוב בקהילה של בעלי מוגבלויות ולדאגה לצרכיהם ולאפשרותם לחיות בכבוד.

61. ואולם, **השאלה העומדת בפנינו אינה האם סופקו מלוא צרכיו של אסף, אלא האם אסף הופלה לרעה בכך ששאלת חברותו לא הועלתה להחלטת האסיפה הכללית**. לצורך בחינת שאלה זו אין רלוונטיות לסיפוק צרכיו בידי הקיבוץ, כפי שהיה עליו לעשות וטוב שעשה.

62. "שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם... ההגדרה מתירה, ואף מחייבת, נקיטת יחס שונה כאשר "השונות" היא רלוואנטית, אך אין היא כוללת אמות מידה לקביעתה של רלוואנטיות זו. בהיעדר אמות מידה כאלה, קיימת סכנה – שהתממשה לא אחת – כי אמות המידה שיוחלו בכל עניין ועניין ישקפו את הסטריאוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור ההפליה מיסודו." (בגץ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט (4) 94, 133 (1995)). לפיכך, עלינו לבחון האם אי-הבאת שאלת חברותו של אסף לאסיפה הכללית נעשתה מטעמים רלוונטיים או שהיא נגועה בהפליה פסולה.

63. הפלייתו של אסף בשל מוגבלותו, הינה ברורה וצפה על פני השטח לאורך כל הדרך, הן בטענות שעלו בפני החוקר, הן בעדויות שנשמעו בפניו, הן בכתבי הטענות והן בדיון שנערך בפניי, כפי שנפרט להלן.

64. הקיבוץ טען בפני החוקר שאסף כלל אינו יכול להיות חבר בקיבוץ בשל מחלת הנפש שלו. כך בסעיף 24 לדוח החוקר:

"במקרה של אסף, טוען הקיבוץ, מחלתו ומאפייניה הבולטים – פגיעה בכושר הרצון החופשי – אינם עולים בקנה אחד עם עקרונות הקואופרציה וכן, על אף שאסף לא הוכרז כפסול דין, העובדה שהוא מוכר מזה שנים כחולה נפש מלמדת כי אינו כשיר לפעולה משפטית המחייבת "גמירות דעת", תכונה שאינה קיימת, כך טוען הקיבוץ, אצל חולי נפש."

65. החוקר דחה את טענות הקיבוץ לעניין זה וקבע כי אין כל ראיה לכך שכושר השיפוט של אסף נפגם באופן קבוע. מחלתו מטופלת בהצלחה יחסית. למעט מקרים בודדים שאותם ניתן להגדיר כ"מצבי פסיכוזה", אסף מתנהג באופן כללי בצורה נורמטיבית.

66. המסקנה העולה מדברים אלה, היא שלתפיסתו של הקיבוץ לא ניתן לקבל אדם עם מחלת נפש לחברות בקיבוץ. כלומר, שאלת העלאת חברותו של אסף להצבעה באספה כללית, כפי שנעשה לגבי בנים אחרים בקיבוץ, כלל לא עמדה על הפרק בשל מחלתו. לעניין זה לא ברור עד כמה בחן הקיבוץ באופן פרטני את טיב המחלה של אסף ואת השפעתה על יכולתו להיות חבר בקיבוץ, ועד כמה יצא מנקודת מוצא שאדם עם מחלת נפש אינו יכול להיות חבר בקיבוץ. נקודת מוצא שהחוקר קבע שאינה רלוונטית בעניינו של אסף. כך או כך, ממסקנות החוקר עולה שהתפיסה של הקיבוץ לגבי העדר יכולתו של אסף להיות חבר בקיבוץ, אינה תואמת את מאפייני מחלתו, אלא מבוססת על דעות קדומות.

67. התייחסות מפלה המבוססת על סטיגמה כלפי בעלי מוגבלות נפשית היא תופעה חברתית מוכרת, אשר חשוב להיות מודעים לה. פעמים רבות האפליה כלפי החולים היא סמויה, בכך שהיא מבוססת על הצדקות התנהגותיות, בשל מאפיינים שליליים המיוחסים לחולה על בסיס תפיסות ועמדות ולא על בסיס התנהגותו בפועל, ומתוך חוסר מודעות לאפשרויות הטיפול האפקטיביות במחלה באמצעות תרופות. לעניין זה ראו מחקר מקיף שנעשה על ידי מכון ברוקדייל ומשרד הבריאות: נעמי שטרוד, יחיאל שרשבסקי, אלונה בידני-אורבך, מקס לכמן, טלי זהבי ונגה שגיב **סטיגמה, אפליה ובריאות הנפש בישראל: סטיגמה כלפי אנשים שחלו במחלה פסיכיאטרית וכלפי טיפול נפשי (2007)**.

68. בית המשפט העליון הזהיר בפסיקתו מפני קביעת הבחנות המבוססות על סטריאוטיפים: "המוסכמה החברתית היא הקרקע שעליה צומחת ההפליה החברתית... הסטראוטיפ הוא אויב השוויון. הוא יוצר מעגל קסמים הפועל להנצחת הפליה... בקביעת מבחנים אובייקטיביים יש להימנע מסטראוטיפים, שהרי אלה לעולם אינם אובייקטיביים, אלא נובעים מדעות שהשתרשו בחברה, מבלי שיהיה להן בסיס עובדתי מוצק... אין לך קרקע פורייה יותר להפליה מאשר סטראוטיפים שפותחו במשך השנים." (דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד (5) 330, 351 (2000)). באותו עניין עמד הנשיא ברק על החשיבות של בדיקה אינדיבידואלית של יכולותיו הפרטניות של אדם, הרלוונטיות לביצוע התפקיד, להבדיל מהכרעת גורלו בשל ההשתייכות לקבוצה מסוימת (בעמ' 355). ולעניין זה ראו גם בג"ץ 10076/02 **רוזנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר**, סא (3) 857 (2006) ובג"ץ 6778/97 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, נח (2) 358 (2004).

69. מהעדויות ששמע החוקר עלה כי במהלך השנים פנה אביו המנוח של אסף לקיבוץ בעניין חברותו, והתשובה שניתנה לו הייתה שאין בכך צורך, כי הקיבוץ דואג לכל מחסורו, כפי שהוא דואג לכלל חברי הקיבוץ. בהמשך, נאמר לו שלא כדאי לאסף לעמוד להצבעה

לחברות, מכיוון שזה יפגע בזכויותיו מהקיבוץ ובוותק שלו. כשאסף פנה, נאמר לו שלא כדאי לו לעמוד להצבעה באסיפה הכללית, כי האסיפה תצביע נגד קבלתו, וכי אם יתקבל יצטרך לעבוד ולפרנס את עצמו. עמדת הקיבוץ בהליך מגלה שתשובות אלה נועדו למעשה להסוות את העמדה האמתית של הקיבוץ, לפיה בהיותו של אסף חולה במחלת נפש, הוא אינו יכול להיות חבר בקיבוץ: "בתחילת שנות ה-80 עלתה המודעות שלא נכון לקבל לחברות בעלי צרכים מיוחדים עם נכות נפשית. הם לא יכולים להשתתף בקבלת החלטות." (מעדותו בחקירה של ניתאי קרן, מזכיר הקיבוץ, מיום 8.6.09, בעמ' 5, ש' 14-15).

70. למרות כל אלה טען הקיבוץ בתגובה להשגה שאי העלאת שאלת חברותו של אסף להצבעה באסיפה כללית לא נבעה מהפלייתו, אלא מכך שהוא לא היה מעוניין בכך, ואף סירב להצעה שהוצעה לו בעניין בשנת 1994 (בסמוך לפני יציאתו לחופשה מהקיבוץ בהוסטל בתל-אביב). זאת, כאשר ברור שהקיבוץ לא חושב שאסף יכול להיות חבר, לנוכח מוגבלותו, ועושה כל אשר לעיל ידו כדי לשכנע את אסף ומשפחתו שאין צורך ואין טעם בהעלאת שאלת חברותו לאסיפה כללית. הטלת האחריות לכך על אסף בטענה שלא ביקש להצטרף כחבר אינה במקומה. זאת במיוחד כאשר הקיבוץ מסכים לכך, שהנורמה בתקופה זו הייתה שבנים שנשארים בקיבוץ עולים לאסיפה כללית, המאשרת ככלל את קבלתם לחברות באופן אוטומטי. גם סירובו של אסף להצעה שהוצעה לו סמוך לפני שעמד לעזוב את הקיבוץ בהסכמה לצורך מגורים בהוסטל בתל-אביב, אינו מעיד על חוסר עניין של אסף בחברות בקיבוץ ואינו מסייע לטענות הקיבוץ בהקשר זה.

71. מהעדויות עולה שאסף תמיד ראה עצמו חלק מהקיבוץ, ואי-העלאת שאלת חברותו לאסיפה כללית היא החלטה של הקיבוץ, לנוכח תפיסתו לגבי מוגבלותו הנפשית של אסף. הקיבוץ דאג להעביר לאסף ולמשפחתו מסרים מרגיעים ובהמשך מסרים מרתיעים, אשר בעיקרם אינם מבוססים (שכן גם חבר היו מגיעות לאסף זכויות כחבר בעל צרכים מיוחדים, ואף אם לא היה מתקבל זכויותיו כבן בעל צרכים מיוחדים היו נשמרות), אשר הפחיתו את המוטיבציה של אסף ומשפחתו לפעול בעניין עד שהיה ברור שזכויותיו של אסף נפגעות בשל כך, ואז הגיש את הבקשה למינוי חוקר. בהקשר זה יש לזכור את פערי הכוחות בין הקיבוץ לבין החבר (ובמיוחד חבר בעל צרכים מיוחדים), כאשר פעולה המנוגדת למסרים שמעביר הקיבוץ אינה פשוטה כלל ועיקר לחבר.

72. אם בכך לא די, בדיון שהתקיים בפניי טען ב"כ המשיב שדרך המלך שמתווים דוח ועדת דולב, התנועה הקיבוצית וארגון "אהדה" היא שבעלי צרכים מיוחדים יוגדרו כתלויים בחבר ולא כחברים. ההגנה על בעלי צרכים מיוחדים היא באמצעות חבילה של זכויות סוציאליות, אך לא באמצעות סטטוס המקנה זכויות קנייניות. מובן שגם באמירה זו שזורה אותה התייחסות מפלה המתייחסת אל כל בעלי המוגבלות כאל מקשה אחת, אשר דרך אחת הולמת את ההתייחסות אליהם – חתימה על הסכם אהדה. זאת במקום

להתייחס לכל אדם קודם כל כאל אדם, על כל ההיבטים המשפיעים על אישיותו ועל יכולותיו, וביניהם המוגבלות הייחודית שלו.

73. מובן שדברים אלה אינם מביאים לידי ביטוי את עמדת ועדת דולב, התנועה וארגון אהדה, אלא את עמדתו של המשיב בלבד. ועדת דולב (בעמ' 16 לדוח הוועדה), העבירה ביקורת על קיבוצים שמשמע מתקנונם שבן בעל צרכים מיוחדים שנדחתה מועמדותו, ייאלץ לצאת מהקיבוץ, מכיוון שזה עלול להרתיע בנים מהגשת מועמדות. רק לגבי בנים שלא התקבלו לחברות ממליץ הדוח על חתימת הסכם המעגן את זכויותיהם. חברת הוועדה עו"ד בלהה ברג מנציבות שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלות אף הוסיפה, כי "אין לדחות מועמדות של בן קיבוץ עם מוגבלות לחברות בשל מוגבלותו". מעבר לכך, בהיבט הזכויות הקנייניות, מומלץ בדוח (בעמ' 13), כי הקיבוץ ישייך דירה אף לתלוי בעל צרכים מיוחדים, על-מנת להבטיח את זכויותיו.

74. יצוין שהגישה אותה הציג הקיבוץ אינה עולה בקנה אחד גם עם התפיסה אותה מקדם חוק השוויון. לפי סעיף 2 לחוק: "חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים...". כלומר, דרך המלך היא דווקא הזכות לקחת חלק כחבר בקיבוץ, הזכאי להשתתף בקבלת ההחלטות בקיבוץ. ראו בבג"ץ 6069/10 **מחמלי נ' שירות בתי הסוהר** (2014), בפסקה 26: "החוק מבקש, לפיכך, ליצוק למושג השוויון משמעות המחייבת פעולות אקטיביות של: שילוב, הכללה והשתתפות, על מנת להביא לשוויון מהותי וממשי – ולא רק משמעות של מניעת הדרה". וכן בג"צ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות"**, פ"ד נ (1) 19, 26 (1996): "הנכה הוא אדם שווה זכויות. אין הוא מצוי מחוץ לחברה או בשוליה. הוא חבר רגיל בחברה שבה הוא חי". וראו גם נטע זיו "אנשים עם מוגבלויות – בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים", **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (יורם רבין ויובל שני עורכים) 813, 820 ואילך (2004).

75. המקרה שבפנינו דומה מאד לתיק 456/48/04 **קיבוץ החותרים נ' הדס גל**. באותו עניין נולדה המשיבה בקיבוץ עם 100% נכות, קצבתה הועברה לקיבוץ והיא עבדה בו בהתאם ליכולותיה. בנוסף, הוקצתה לה יחידת מגורים המותאמת לצרכיה. חברותה לא הועלתה להצבעה באסיפה כללית בניגוד לשאר בני גילה, על אף שבועד הוחלט על כך. לאורך כל השנים הקיבוץ דאג לכל זכויותיה כאילו הייתה חברת קיבוץ, וכך נענו הוריה, כאשר פנו בעניין לרשויות הקיבוץ. באותו מקרה נקבע שהקיבוץ הפלה את המשיבה לרעה ביחס לשאר בני מחזורה, כאשר לא העמיד את שאלת חברותה להצבעה, בעוד שמרבית הסממנים מעידים שהיחס אליה היה כמו אל חברה. לפיכך, המשיבה הוכרה כחברה מאותו מועד בו התקבלו בני מחזורה כחברים בקיבוץ.

76. על אף שההחלטה אינה מתייחסת לכך באופן מפורש, עולה ממנה שהמשיבה הופלתה לרעה בשל היותה בעלת מוגבלות. השאלה האם היו בני מחזור שלה שהתקבלו לחברות או כמו בענייננו, בו לא היו בני מחזור של אסף שהתקבלו לחברות, היא שאלה מקרית,

ואינה לב העניין. ברור שאילולא מחלתו של אסף, הוא היה עולה להצבעה, בלי קשר לבני מחזורו שעזבו את הקיבוץ. מכיוון שמדיניות הקיבוץ הייתה להעלות בנים הנשארים בקיבוץ להחלטת אסיפה כללית על קבלתם לחברות, אין רלוונטיות לעובדה שדווקא במחזורו של אסף לא היו בנים שנשארו בקיבוץ והתקבלו לחברות.

האם אסף הוא חבר קיבוץ רבדים מכוח התנהגות?

77. אמנם החברות באגודה שיתופית מבוססת על הקשר האישי בין החברים, ולכן ההתערבות של רשם האגודות השיתופיות ושל בתי המשפט היא מצומצמת בהחלטות של אגודה לגבי קבלה לחברות (ראו הפ (ת"א) 362/03 **רזון מיקי נ' בני דרור - מושב שיתופי להתיישבות בע"מ** (ניתן ביום 19.1.2004, להלן עניין **דרור**) והפ (חי) 524/93 **גולדברג נ' בצת, מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ** (ניתן ביום 10.2.2000)). "אלא שדברים אלו מוכפפים, באופן ברור, לעקרונות הצדק הטבעי, סבירות ותום-לב, שוויון, תקנת הציבור וערכים חוקתיים" (עניין **דרור**). ככל שהאגודה פועלת משיקולים הנגועים באפליה פסולה, נפסק כי יש מקום להתערבות בהחלטותיה. בענייננו יש לזכור, כי אין אנו בוחנים החלטה של האסיפה הכללית שלא לקבל את אסף לחברות, אלא החלטה של בעלי תפקיד בקיבוץ שלא להעלות את שאלת חברותו של אסף להצבעה. בנוסף, מכיוון שבפועל קיימים בין אסף לקיבוץ וליתר חברי הקיבוץ קשרים אישיים וכלכליים הדומים במהותם וכמעט זהים לקשרים בין חבר לקיבוץ, קטן משקלו של טיעון הקשר האישי המוביל למדיניות שיפוטית של אי-התערבות ביחסים מעין אלו.

78. בעת בחינת ההתנהגות של אסף ושל הקיבוץ בשנים 1985-1992 הגיע החוקר, כאמור למסקנה שהיחס של הקיבוץ לאסף היה כמו אל כל חבר. זכויותיו וחובותיו היו כשל כל חבר קיבוץ (למעט תקופות קצרות ביותר בהן יצא לאשפוז או להוסטל בשל מחלתו). עם זאת, קבע החוקר שזכויות וחובות אלה רלוונטיות גם לתלויים בחברים.

79. **האם אסף הוא תלוי בחבר?** סעיף 73 לתקנון הקיבוץ כנוסחו בשנת 1985 דורש החלטה של הקיבוץ לקבל את התלוי: "במקרים מסוימים יקבל הקיבוץ ליישוב הקיבוצי הורים של חבר, ובמקרים מיוחדים גם קרובי משפחה אחרים...". מלשונו של הסעיף, ספק אם הוא נועד לסיטואציה של בן קיבוץ שנולד בקיבוץ ויש לו צרכים מיוחדים. מכל מקום, לא הובאה כל החלטה של הרשויות המוסמכות בקיבוץ (ועד או אסיפה כללית) לעניין קבלתו של אסף כתלוי או הסכם שנערך בעניין זכויותיו כתלוי (עמ"נ (י-ם) 534/08 **תלמה עתיר איילון נ' קיבוץ עינת** (2010, להלן: עניין **איילון**), בפסקה 15).

80. ההחלטה שלא להעלות את שאלת חברותו של אסף לאסיפה כללית ולהתייחס אליו דה-פקטו כאל תלוי, אשר התקבלה על-ידי בעלי תפקידים מסוימים בקיבוץ, היא כאמור החלטה מפלה, אשר נבעה מההתייחסות אליו כאל חולה נפש שלא יכול להיות חבר בקיבוץ, על אף שהחוקר קבע שההתייחסות זו אינה תואמת את יכולותיו של אסף להיות חבר.

81. הקיבוץ אינו יכול להיבנות מהחלטה מפלה, אשר התקבלה על-ידי גורמים שאינם מוסמכים לקבלה. לכן הטענה שהזכויות והחובות של אסף הוענקו לו כתלוי אינה יכולה לעמוד.

82. החוקר שם את הדגש על אי-השתתפותו של אסף באספות הקיבוץ ובקבלת החלטות. שיקול זה אינו יכול להיות שיקול מרכזי, כאשר גם כך שיעור ההשתתפות באספות כלליות בקיבוצים אינו גבוה במיוחד בקרב החברים (עניין איילון, בפסקה 15).

83. לעניין גילויי הרצון ההדדיים – מהעדויות עלה שאסף ראה עצמו במשך כל השנים כחלק מהקיבוץ, והיה שמח להיות חבר. כאשר אביו פנה בעניין זה למזכיר הקיבוץ, הוא נענה שאסף מקבל זכויות כמו כל חבר ואין לו סיבה לדאגה. עד לשנת 2004 (כאשר התבקשו לחתום על הסכם אהדה) לא נטען בפני אסף ומשפחתו שהוא תלוי.

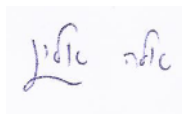
84. בנסיבות אלה ומאחר שאי-העלאת שאלת חברותו של אסף להצבעה באסיפה כללית מהווה התנהלות בלתי תקינה של הקיבוץ, אשר נבעה מהפליה שלו בשל מוגבלותו, יש להכיר באסף כחבר מכוח התנהגות לפי תקנה 2א לתקנות החברות.

85. לפי נוהל קבלה לחברות של בני קיבוץ (מתוך קובץ החלטות ותקנונים של הקיבוץ שהוגש על-ידי המשיב במהלך הדיון, בעמ' 14) קבלה למועמדות לחברות נעשית לפי רצון החבר לאחר גמר המוסד באישור שיחת קיבוץ. אסף סיים את לימודיו לפני גיל 18, ולכן ניתן היה להעלות את שאלת חברותו לאסיפה כללית בגיל 18.

סוף דבר

86. מתוקף סמכותי לפי תקנה 6 לתקנות החברות, אני מכירה בחברותו המלאה של אסף בקיבוץ רבדים החל מגיל 18. על הקיבוץ לשנות את פנקס החברים בהתאם להחלטה זו.

87. בנסיבות העניין אין צו להוצאות.



אלה אלון, עו"ד

סגנית רשם האגודות השיתופיות

ניתן היום י"ב תמוז תשע"ז, 6 יולי 2017
המזכירות תעביר העתק החלטתי זו לצדדים