



**בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים
לפני כב' סגן הנשיא י' נועם**

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

המערער

קיבוץ רבדים

ע"י ב"כ עוה"ד עומר כהן
ממשרד עוה"ד שלמה כהן ושות'

נגד

המשיב

אסף מרקר

ע"י עו"ד רוני רוטלר
מהקליניקה המשפטית לזכויות אנשים עם מוגבלויות
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן
וכן ע"י ב"כ עוה"ד שירן קנפו ואח'
ממשרד עוה"ד אפשטיין, רוזנבלום מעוז ושות'

פסק-דין

הערעור

1. לפניי ערעור מינהלי שהגיש המערער, קיבוץ המאוגד כאגודה שיתופית (להלן – המערער או הקיבוץ) על החלטת רשם האגודות השיתופיות (סגנית הרשם, עו"ד אלה אלון), מיום 6.7.17, שלפיה הוכרה חברותו המלאה של המשיב בקיבוץ החל מגיל 18, וניתנה הוראה לקיבוץ לשנות את פנקס החברים בהתאם להחלטה זו.

הרקע העובדתי

2. להלן הרקע העובדתי כעולה מהחלטת רשם האגודות השיתופיות ומהתשתית הראייתית שעמדה ביסודה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשכתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 17-10-21068 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

המשיב נולד בשנת 1967 כבן לחברי הקיבוץ – אביו ז"ל ואמו. בשנת 1983 לערך, בהיותו כבן 16, אובחנה אצלו מחלת הסכיזופרניה, שבעטיה גם לא גויס לצה"ל. בשנת 1989 נקבעה למשיב על-ידי המוסד לביטוח לאומי נכות זמנית בשיעור של 60%; ומשנת 1990 ואילך – נכות צמיתה בשיעור של 75%. במהלך השנים התגורר המשיב בקיבוץ למעט תקופות קצרות בשנים 1985, 1987, 1994 ו-2004 שבהן אושפז בבתי-חולים פסיכיאטריים או התגורר בהוסטל בתל-אביב.

בשלהי שנת 2002 נתקבלה בקיבוץ החלטה על שינוי אורחות חיים – מקיבוץ שיתופי לקיבוץ מתחדש – ועל שיוך דירות לחבריו. בחודש אפריל 2004 נתקבלה החלטה בקיבוץ בדבר מעמדם של בנים בעלי צרכים מיוחדים. ביום 10.12.06 העביר הקיבוץ למשיב ולאמו טיוטת הסכם בעניין "בן בעל צרכים מיוחדים", אשר לא נחתמה על-ידי הצדדים, ובמהלך שנת 2007 התנהל דין ודברים בין נציגי הקיבוץ לבין בני משפחתו של המשיב, אשר סרבו לחתום על הטיוטה וטענו כי למשיב מגיעות זכויות של חבר.

3. בשנת 2008 פנה המשיב לרשם האגודות השיתופיות (להלן גם – הרשם) בבקשה לקיים חקירה לפי סעיף 43 לפקודת האגודות השיתופיות, ולפי הוראות תקנה 6 לתקנות האגודות השיתופיות (חברות) התשל"ג-1973 (להלן גם – תקנות החברות) בעניין חברותו בקיבוץ. בעקבות פנייתו, מונה חוקר שהגיש ביום 25.3.10 דו"ח חקירה אשר בו המליץ לדחות את הבקשה להכיר במשיב כחבר בקיבוץ. ביום 12.12.10 אימץ הרשם את מסקנות החוקר, וקבע כי אין להכיר במשיב כחבר בקיבוץ, וכי מעמדו של המשיב הנו מעמד של "בעל צרכים מיוחדים התלוי בחבר קיבוץ". בהמשך לכך, הנחה הרשם את הקיבוץ לפעול בהתאם להסכם "אהדה" לרבות רישום הערת אזהרה על ביתו של המשיב בקיבוץ, כדי להבטיח לו מגורים בביתו עד לאריכות ימיו, וכן הפרשת כספים לקופת הפנסיה על-מנת שתובטח לו קצבה חודשית על-פי תקנה 4(ג) לתקנות האגודות השיתופיות (ערבות הדדית בקיבוץ מתחדש), התשס"ו-2005.



**בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים
לפני כב' סגן הנשיא י' נועם**

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

4. המשיב הגיש לבית-משפט זה ביום 30.11.11 ערעור מינהלי על החלטת הרשם (עמ"נ י-ם (11-01-27330)). הערעור התקבל, מן הטעם שהדין לפני הרשם ביום 12.12.10 התקיים ללא נוכחות המשיב ומבלי שהלה היה מיוצג, זאת מבלי שהרשם דן בבקשת המשיב לדחות את הדיון עד להסדרת ייצוגו המשפטי. בפסק-הדין קבע בית-המשפט (כב' השופט נ' סולברג) כי הרשם ידון שנית בהשגתו של המשיב על דו"ח החוקר כאשר המשיב יהיה מיוצג על-ידי עורך-דין.

בקשתו המתוקנת של המשיב נתקבלה אצל הרשם רק ביום 27.11.14 באמצעות עורכי-דין מהקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלות, באוניברסיטת בר-אילן, ובגדרה התבקש הרשם לחדש את ההליכים ולהורות על תיקון פנקס החברים של הקיבוץ. בהמשך, התקיים ביום 17.11.15 דיון לפני הרשם בנוכחות הצדדים.

דו"ח החוקר שעמד ביסוד טיעוני הצדדים לפני הרשם

5. בהליכים לפני הרשם התייחסו שני הצדדים לדו"ח החוקר, עו"ד איתן מימוני, שלהלן יובאו תמצית ממצאיו, כמפורט בהחלטתו של הרשם.

בחוות-דעתו תיאר החוקר את מצבו של המשיב, ובין-השאר ציין כדלקמן: "לא מצאתי כל ראיה לכך שאכן נפגם כושר השיפוט של [המשיב] באופן קבוע... מחלתו של [המשיב] מטופלת בהצלחה יחסית, באמצעות טיפול תרופתי קבוע ופגישות עם עובדת סוציאלית וחונך. למעט מקרים בודדים שאותם ניתן להגדיר כ"מצבי פסיכזה", [המשיב] מתנהג באופן כללי בצורה נורמטיבית... על אף מחלתו של [המשיב], הוא מצליח לעמוד במשימות שמוטלות עליו, המצומצמות אמנם נוכח מחלתו, ומנהל חיים עצמאיים, למעט מקרי התפרצות בודדים". הואיל



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

ולא הייתה מחלוקת, כי עניינו של המשיב לא עמד להצבעה באסיפה הכללית לקבלה לחברות, התמקד הבריור לפני החוקר בשאלה, האם ניתן להכיר במשיב כחבר מכוח התנהגות, לפי תקנה 2א לתקנות החברות. החוקר בחן את התקיימותם של התנאים המצטברים לצורך בחינת שאלת חברות מכוח התנהגות: מבחן אובייקטיבי, הבוחן את התנהגות הצדדים במשך זמן סביר לפי נסיבות העניין, ואת קיומם של סממנים שנקבעו בפסיקה המצביעים של קיומם של יחסי חברות באגודה; מבחן סובייקטיבי, הבוחן את גילוי רצונם של הצדדים לקשור ביניהם יחסי חברות בקיבוץ; וכן היעדרה של הוראה מפורשת בתקנון הקיבוץ המגבילה קבלה לחברות מכוח תקנה 2א לתקנות החברות, או ראייה המצביעה על-כך שבין הצדדים התקיימה מערכת יחסים אחרת מאשר חברות.

6. במסגרת בחינת התנאים הנ"ל, הבחין החוקר בין שתי תקופות. התקופה הראשונה משנת 1985, מועד תחילת החברות לטענת המשיב, ועד לשנת 1992, המועד שבו תוקן תקנון הקיבוץ והוסף לו סעיף 34א המגביל קבלה לחברות מכוח התנהגות. באשר לתקופה זו ציין החוקר, כי המשיב עבד במטבח הקיבוץ כשמונה שעות ביום; כי המשיב מסר את מלוא הכנסותיו מהביטוח הלאומי לקיבוץ וקיבל תקציבים שוטפים כמו יתר החברים; וכי הוא מתגורר בדירה שהמשיב העמיד לרשותו והקיבוץ דיווח עליו לרשויות לצרכי מס. בכל אלה לא מצא החוקר כדי להעיד על היותו של המשיב חבר, שכן אף אם היה "תלוי בחבר", כטענת הקיבוץ, היה עליו לעמוד בחובות אלו, והיה זכאי לזכויות אלו, מה-גם שהמשיב לא השתתף באסיפות כלליות של הקיבוץ או בוועדותיו. עוד הגיע החוקר למסקנה, כי בתקופה זו המשיב לא היה מעוניין להיות חבר קיבוץ, זאת משנאמר לו שהוא מקבל תנאים כמו יתר החברים: "במשך שנים לא עניין אותי להיות חבר קיבוץ. בתקופה השיתופית אמרו שאני מקבל תנאים כמו כולם. אבא שלי דיבר עם [המזכיר], אולי מזכיר אחר, לא זוכר מתי זה היה.. אמרו לאבא שלי שאם [אני] חבר קיבוץ או איננו חבר קיבוץ זה אותו דבר, חוץ מההצבעה. אני לא פניתי למישהו וביקשתי להיות חבר קיבוץ. שאלו אותי אם אני רוצה להיות חבר בשנת 94... ואז יצאתי לתל אביב ואז לא הייתי מעוניין באותו שלב".





בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

כן התייחס החוקר, בין-השאר, לעדותה של אמו של המשיב, אשר ציינה כי הקיבוץ היה צריך לפנות אל המשיב על-מנת לקבלו כחבר, והוסיפה: "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... לא שאלו אותו אם הוא רוצה להיות חבר".

7. בכל הנוגע לתקופה שלאחר שנת 1992, קבע החוקר כי לא ניתן להכיר בחברות מכוח התנהגות בתקופה זו, בשל שינוי התקנות בעניין זה; וכי רק בשנת 2002, כאשר הוחלט על הפיכת הקיבוץ משיתופי למתחדש, הליך הטומן בחובו משמעותיות כלכליות נרחבות, הביע המשיב עניין בחברות. משכך הגיע החוקר למסקנה, כי המשיב ביקש להתקבל כחבר על-רקע הליך ההפרטה בקיבוץ, ורצונו ליהנות מהיתרונות הכלכליים הגלומים בהליך זה, אך אין בקשתו מבטאת רצון כן ואמיתי לחיות חיי שיתוף בהתאם לעקרונות הקואופרציה.

8. בנוסף התייחס החוקר גם לטענת אפליה; ואולם הוא קבע, כי המשיב לא הופלה לרעה לעומת בני גילו, ולו מן הטעם שכל בני כיתתו לא חזרו לקיבוץ לאחר הצבא ולא היו לחברי קיבוץ. החוקר גם דחה את הטענה, שלפיה המשיב הופלה בשל נכותו, וכך את הטענה כי הקיבוץ נהג כלפיו בחוסר תום לב.

9. בהליך שהתקיים לפני הרשם, טען ב"כ המשיב בהשגתו על דו"ח החוקר, בין-השאר, כי המשיב לא התקבל לחברות מחמת אפליה פסולה, על-רקע מוגבלותו הנפשית, זאת לעומת חברים אחרים אשר בהגיעם לגיל 18 התקבלו באופן "אוטומטי" לחברות בקיבוץ; כי הקיבוץ לא עשה כל ניסיון לשלב את המשיב כחבר באגודה; וכי כאשר במהלך השנים הוא ומשפחתו ביקשו להכיר בו כחבר, בקשתם לא נענתה ונאמר לו שאם שמו יעלה להצבעה תדחה בקשתו והוא יאלץ לעזוב את הקיבוץ ולהפסיד את שנות הותק והזכויות שצבר. בנוסף טען ב"כ המשיב, כי יש להכיר במשיב



בית המשפט המחוזי בירושלים בשכתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

כחבר קיבוץ מכוח התנהגות, לפי סעיף 2א לתקנות החברות; ובעניין הסירוב של המשיב בשנת 1994 להצעה להיות חבר קיבוץ נטען, כי ההצעה עלתה בעיתוי בעייתי, כאשר המשיב עמד לצאת בהסכמת הקיבוץ לשנת חופש מהקיבוץ בהוסטל בתל-אביב. עוד נטען, כי בין המשיב לבין הקיבוץ לא התקיימה מערכת יחסים של "תלוי בחבר קיבוץ", שכן המשיב לא היה "תלוי" בקיבוץ, אלא חי בקיבוץ כשווה בן שווים, כאשר עבד ותרם לקיבוץ והעביר לו את קצבת הנכות שלו, ורק בשנת 2006 התבקשו הוא ואמו לחתום על הסכם המכיר בו כתלוי בעל צרכים מיוחדים, אך השניים סרבו לחתום עליו. במענה לטענות של שיהוי והתיישנות שהועלו על-ידי הקיבוץ, טען ב"כ המשיב, כי למשיב לא הייתה אפשרות לשכור שירותים משפטיים מטעמים כלכליים, ובסופו של יום ייצוגו הוסדר באמצעות הקליניקה המשפטית לזכויות אנשים עם מוגבלויות, ללא תשלום, בסמוך להגשת הערעור.

הקיבוץ טען לפני הרשם, בין-השאר, כי יש לדחות את בקשת המשיב בשל שיהוי של למעלה משלוש שנים בין מתן פסק-הדין בבית-המשפט המחוזי לבין הגשת הבקשה המעודכנת לפני הרשם; כי הרשם אינו מוסמך להורות על קבלה לקיבוץ מכוח התנהגות, כאשר התנהגותם של הצדדים מגלה שהם מודעים לכך שהמשיב אינו חבר, בשעה שהן הקיבוץ והן המשיב הביעו חוסר רצון בקבלתו של המשיב לחברות; כי מוגבלותו של המשיב אינה מאפשרת לו להיות חבר קיבוץ, והוא במעמד של "בעל צרכים מיוחדים התלוי בחבר"; וכי אין בסיס לטענת האפליה, מן הטעם שלא הייתה בקיבוץ קבלה אוטומטית לחברות של צעירים בני 18, אלא בהליך של פנייה רשמית של הבן או הבת להתקבל למועמדות.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

החלטת סגנית הרשם

10. בפתח החלטתה דחתה סגנית הרשם את טענות הסף המקדמיות שהעלה המשיב – טענת ההתיישנות וטענת השיהוי. טענת ההתיישנות נדחתה מן הטעם שבהתאם לסעיף 3 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1948, אין נזקים לטענת התיישנות אם לא הועלתה בהזדמנות הראשונה לאחר הגשת התובענה, ובמקרה הנדון הועלתה הטענה לראשונה רק בדיון שהתקיים לפני סגנית הרשם, לאחר התדיינות שבהן לא הועלתה הטענה. טענת השיהוי, בשל העיכוב של כשלוש שנים עד לפנייה המחודשת מאז מתן פסק-הדין בעמ"נ 27330-01-11, נדחתה אף היא, מן הטעם שבית-המשפט המחוזי הורה לרשם לקיים דיון בערעור כאשר המשיב מיוצג, בשעה שהמשיב, בשל קשיים כלכליים, התקשה למצוא ייצוג משפטי עד שבסופו של יום הוסדר ייצוג, ללא תשלום, באמצעות הקליניקה המשפטית של אוניברסיטת בר-אילן.

בפתח ההחלטה אף הוצגה על-ידי סגנית הרשם עיקר המחלוקת, כדלהלן: "אדם, החולה במחלת הסכיזופרניה, אשר חי ועבד כל חייו בקיבוץ, אך שאלת חברותו לא הועלתה על-ידי הקיבוץ לאישור האסיפה הכללית – האם יש להכיר בו כחבר מכוח התנהגות או כתלוי בחבר – זו השאלה העומדת בפנינו".

11. סגנית הרשם קבעה בהחלטתה, כי הקיבוץ הפלה לרעה את המשיב בכך שלא העלה את שאלת חברותו להצבעה באסיפה הכללית, זאת בניגוד לעמדה שהביע החוקר. בהקשר זה ציינה, כי החוקר דחה את טענת המשיב שהופלה לרעה, זאת משני טעמים: האחד – כי לא הוכיח שאחרים בני גילו התקבלו לחברות בקיבוץ; והשני – כי הקיבוץ דאג לכל צרכיו של המשיב ובכלל זה לצרכיו המיוחדים. עוד ציינה בהקשר זה: "איני יכולה לקבל את טעמו של החוקר לדחיית הטענה לפיה המשיב הופלה לרעה בשל מוגבלותו – הקיבוץ, כתאגיד המבוסס על עקרונות הערבות ההדדית, הן בתקופה השיתופית והן לאחר השינוי, מחויב לדאוג לצרכיהם של בעלי מוגבלויות החיים



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

בו. במובן זה הקיבוץ לא עשה עם [המשיב] חסד, אלא נתן לו את הזכויות המגיעות לו – הוא גם קיבל [מהמשיב] את הכנסתו עקב נכותו מהמוסד לביטוח לאומי ואת כוח עבודתו" (פסקה 59 להחלטה). סגנית הרשם הפנתה לדו"ח הוועדה לבחינת מעמדם של חברי קיבוץ ובני קיבוץ עם מוגבלויות (2006, להלן: "ועדת דולב"), שלפיו ראתה הוועדה בחבר קיבוץ, וכן בכך קיבוץ עם מוגבלויות, כמי שזכאים להשתתפות הקיבוץ בסיפוק צרכי מחייתם וצרכיהם המיוחדים – בזכות ולא בחסד; וכי הסיוע של הקיבוץ להורי בן קיבוץ עם מוגבלויות, הוא חלק בלתי נפרד מהערבות ההדדית שבקיבוץ.

12. בהחלטתה הדגישה סגנית הרשם, כי השאלה העומדת להכרעה היא לא – האם סופקו מלוא צרכיו של המשיב, אלא – האם המשיב הופלה לרעה בכך ששאלת חברותו לא הועלתה להחלטת האסיפה הכללית. לשאלה זו השיבה סגנית הרשם בחיוב, בציינה כי "הפלייתו של [המשיב] בשל מוגבלותו הנה ברורה וצפה על-פני השטח לאורך כל הדרך, הן בטענות שעלו בפני החוקר, הן בעדויות שנשמעו בפניו, הן בכתבי הטענות והן בדיון שנערך בפניי" (פסקה 63).

סגנית הרשם אזכרה בהחלטתה את עמדת הקיבוץ שהובאה בסעיף 24 לדו"ח החוקר, אשר לפיה המשיב כלל אינו יכול להיות חבר קיבוץ בשל מחלת הנפש שלו, עמדה שנדחתה על-ידי החוקר; והוסיפה:

"המסקנה העולה מדברים אלה, היא שלתפיסתו של הקיבוץ לא ניתן לקבל אדם עם מחלת נפש לחברות בקיבוץ. כלומר, שאלת העלאת חברותו של [המשיב] להצבעה באסיפה כללית, כפי שנעשה לגבי בנים אחרים בקיבוץ, כלל לא הועמדה על הפרק בשל מחלתו. לעניין זה לא ברור עד כמה בחן הקיבוץ באופן פרטני את טיב המחלה של [המשיב] ואת השפעתה על יכולתו להיות חבר



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

בקיבוץ, ועד כמה יצא מנקודת מוצא שאדם עם מחלת נפש לא יכול להיות חבר קיבוץ; נקודת מוצא שהחוקר קבע שאינה רלבנטית בעניינו של [המשיב]. כך או כך, ממסקנות החוקר עולה שהתפיסה של הקיבוץ לגבי היעדר יכולתו של [המשיב] להיות חבר קיבוץ, אינה תואמת את מאפייני מחלתו אלא מבוססת על דעות קדומות" (פסקה 66; ההדגשות הוספו).

בהקשר זה הפנתה סגנית הרשם לפסיקה, המזהירה מפני קביעת הבחנות המבוססות על סטריאוטיפים, והמדגישה את החשיבות של בדיקה אינדיבידואלית של יכולותיו הפרטניות של אדם; וכן הפנתה למאמרים בדבר התייחסות מפלה המבוססת על סטיגמה כלפי בעלי מוגבלות נפשית.

13. מכאן פנתה סגנית הרשם לדיון בראיות ובעדויות בזיקה לשאלה, האם המשיב הופלה לדעה בכך ששאלת חברותו לא הועלתה להחלטת האסיפה הכללית; ולכך השיבה בחיוב, ומן הראוי להביא את דבריה, בהקשר זה, במלואם:

"מהעדויות ששמע החוקר עלה כי במהלך השנים פנה אביו המנוח של [המשיב] 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 [למשיב] לעמוד להצבעה לחברות מכיוון שזה יפגע בזכויותיו מהקיבוץ ובוותק שלו. [כשהמשיב] 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 אלו נועדו למעשה להסוות את העמדה האמיתית של הקיבוץ, לפיה בהיותו של [המשיב] חולה במחלת נפש הוא אינו יכול להיות חבר בקיבוץ: "בתחילת שנות ה-80 עלתה המודעות שלא נכון



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

לקבל לחברות בעלי צרכים מיוחדים עם נכות נפשית. הם לא יכולים להשתתף בקבלת החלטות (עדויותו בחקירה של מזכיר הקיבוץ מיום 8.6.09 עמ' 5).

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

מהעדויות עולה [שהמשיב] תמיד ראה עצמו חלק מהקיבוץ, ואי-העלאת שאלת חברותו לאסיפה הכללית היא החלטה של הקיבוץ, לנוכח תפיסתו לגבי מוגבלותו הנפשית של [המשיב]. הקיבוץ דאג להעביר [למשיב] ולמשפחתו מסרים מרגיעים ובהמשך מסרים מרתיעים, אשר בעיקרם אינם מבוססים (שכן גם כחבר היו מגיעות [למשיב] זכויות כחבר בעל צרכים מיוחדים, ואף אם לא היה מתקבל, זכויותיו כבן בעל צרכים מיוחדים היו נשמרות), אשר הפחיתו את המוטיבציה של [המשיב] ומשפחתו לפעול בעניין עד שהיה ברור שזכויותיו של [המשיב] נפגעות בשל כך, ואז הגיש את הבקשה למינוי חוקר. בהקשר זה יש לזכור את פערי הכוחות בין הקיבוץ לבין החבר (ובמיוחד חבר בעל צרכים



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

מיוחדים), כאשר פעולה המנוגדת למסרים שמעביר הקיבוץ אינה פשוטה כלל ועיקר לחבר.

אם בכך לא די, בדיון שהתקיים בפניי טען ב"כ המשיב [ב"כ הקיבוץ] שדרך המלך שמתווים דו"ח 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 המוגבלויות כאל מקשה אחת, אשר דרך אחת הולמת את ההתייחסות אליהן – חתימה על הסכם "אהדה". זאת במקום להתייחס לכל אדם קודם כל כאל אדם, על כל ההיבטים המשפיעים על אישיותו ועל יכולותיו, וביניהם המגבלות הייחודיות שלו.

מובן שדברים אלה אינם מביאים לידי ביטוי את עמדת ועדת דולב, התנועה וארגון אהדה, אלא את עמדתו של המשיב בלבד. ועדת דולב (בעמ' 16 לדו"ח הוועדה) העבירה ביקורת על הקיבוצים שמשמע מתקנונם שבן בעל צרכים מיוחדים שנדחתה מועמדותו יאלץ לצאת מהקיבוץ, מכיוון שזה עלול להרתיע בנים מהגשת מועמדות. רק לגבי בנים שלא התקבלו לחברות ממליץ הדו"ח על חתימת הסכם המעגן את זכויותיהם...

יצוין, שהגישה אותה הציג הקיבוץ אינה עולה בקנה אחד 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... (פסקאות 69-75; ההדגשות הוספו).



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

לכך הוסיפה סגנית הרשם, כי המקרה שלפנינו דומה מאוד למקרה שנדון בתיק (רשם האגודות שיתופיות) 456/48/04 קיבוץ החותרים נ' פלונית (9.9.04; לא פורסם), מקרה שבו המשיבה – אשר נולדה בקיבוץ עם נכות בשיעור 100%, קצבתה הועברה לקיבוץ והיא עבדה בהתאם ליכולותיה – הוכרה כחברה בקיבוץ מאותו מועד שהתקבלו בני מחזורת כחברים בקיבוץ, לאחר שנקבע כי הקיבוץ הפלה אותה ביחס לבני מחזורת כאשר לא העמיד את שאלת חברותה להצבעה. לענייננו הוסיפה סגנית הרשם כי "ברור שאילולא מחלתו של [המשיב] הוא היה עולה להצבעה, בלי קשר לבני מחזורו שעזבו את הקיבוץ".

14. לשאלה, האם המשיב הוא חבר קיבוץ מכוח התנהגות, השיבה סגנית הרשם בחיוב, ואת הטעמים לכך אביא במלואם, כלשונם:

"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... "אלא שדברים אלה מוכפפים באופן ברור, לעקרונות הצדק הטבעי, סבירות ותום לב, שוויון, תקנת הציבור וערכים חוקתיים" (ראו ה"פ (ת"א) 362/03 רזון מיקי נ' בני דרור – מושב שיתופי להתיישבות בע"מ 19.1.04). 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 [המשיב] לחברות, אלא החלטה של בעלי תפקיד בקיבוץ שלא להעלות את שאלת חברותו של [המשיב] להצבעה. בנוסף, מכיוון שבפועל קיימים בין [המשיב] לקיבוץ וליתר חברי הקיבוץ קשרים אישיים וכלכליים הדומים במהותם וכמעט זהים לקשרים בין



בית המשפט המחוזי בירושלים בשכתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

חבר לקיבוץ, קטן משקלו של טיעון הקשר האישי המוביל למדיניות שיפוטית של אי-התערבות ביחסים מעין אלו.

בעת בחינת התנהגותו של [המשיב] ושל הקיבוץ בשנים 1985-1992 הגיע החוקר, כאמור, למסקנה שהיחס של הקיבוץ [למשיב] היו 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 אלו רלוונטיות גם לתלויים בחברים.

האם [המשיב] 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 [המשיב] כתלוי, או הסכם שנערך בעניין זכויותיו כתלוי...

ההחלטה שלא להעלות את שאלת חברותו של [המשיב] לאסיפה הכללית ולהתייחס אליו דה-פקטו כאל תלוי, אשר התקבלה על-ידי בעלי תפקידים מסוימים בקיבוץ, היא כאמור החלטה מפלה, אשר נבעה מהתייחסות אליו כאל חולה נפש שלא יכול להיות חבר בקיבוץ, על אף שהחוקר קבע שהתייחסות זו אינה תואמת את יכולותיו של [המשיב] להיות חבר.

הקיבוץ אינו יכול להבנות מהחלטה מפלה, אשר התקבלה על-ידי גורמים שאינם מוסמכים לקבלה. לכן הטענה שהזכויות והחובות של [המשיב] הוענקו לו כתלוי, אינה יכולה לעמוד.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

החוקר שם את הדגש על אי-השתתפותו של [המשיב] באספות הקיבוץ ובקבלת החלטות. שיקול זה אינו יכול להיות שיקול מרכזי, כאשר גם כך שיעור ההשתתפות באספות כלליות בקיבוצים אינו גבוה במיוחד בקרב החברים...

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

בנסיבות אלו ומאחר שאי-העלאת שאלת חברותו של [המשיב] להצבעה באסיפה כללית מהווה התנהלות בלתי תקינה של הקיבוץ, אשר נבעה מהפליה שלו בשל מוגבלותו, יש להכיר [במשיב] כחבר מכוח התנהגות לפי תקנה 2 לתקנות החברות.

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. [המשיב] סיים את לימודיו לפני גיל 18, ולכן ניתן היה להעלות את שאלת חברותו לאסיפה הכללית בגיל 18" (פסקאות 77-85 להחלטה, ההדגשות הוספו).

מהטעמים האמורים, ומתוקף סמכותה לפי תקנה 6 לתקנות החברות, הכירה סגנית הרשם בחברותו המלאה של המשיב בקיבוץ החל מגיל 18, והורתה לקיבוץ לשנות את פנקס החברים בהתאם להחלטה זו.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

טיעוני הצדדים

טענות המערער

15. המערער טוען, כי החלטת הרשם ניתנה בחריגה מסמכות, הואיל והיא מתיימרת ליצור סטטוס של חברות "יש מאין", אשר מנומקת בעיקר בטעמים ערכיים וחברתיים, מתוך הכרה בחשיבות שילובם של בעלי מוגבלויות בחברה, זאת מבלי שיש בסיס משפטי לקביעת סטטוס שכזה. עוד טוען המערער, כי החלטת סגנית הרשם נעדרת גם בסיס עובדתי, באשר היא הפכה החלטה מנומקת ובהירה של חוקר שמונה על-ידי הרשם עצמו.

16. בכל הנוגע לטענה בדבר חריגת הרשם מסמכותו, טוען המערער, כי הרשם אינו מוסמך לדון בעילת תביעה שעניינה אפליית אדם לרעה; ומכל מקום – הוא אינו מוסמך ליתן סעד של "יצירת חברות" בגין אפליה. לטענת המערער, ככל שהמשיב סבר שהופלה לרעה על-ידי הקיבוץ בכך שלא הועלה להצבעה לחברות לפני האסיפה הכללית, היה עליו להגיש תובענה מתאימה לבית-המשפט המחוזי, לסעד כספי שישקף את פגיעתו הנטענת. לכך מוסיף המערער, כי אף אם היה מוסמך הרשם לדון בטענת האפליה, הרי שהסעד שהיה על המשיב לעתור לו הוא, לכל היותר, סעד מסוג אכיפה – דהיינו להורות על כינוסה של האסיפה הכללית אשר תדון ותצביע בשאלת חברותו של המשיב, זאת מכוח סמכותו הטבועה של הרשם בסעיף 14 לפקודת האגודות השיתופיות. מכל מקום, אף אם הייתה אפליה, התוצאה אינה יכולה להיות הפיכת המשיב לחבר קיבוץ, אגב הענקת מעמד "יש מאין", זאת היות שהדין מכיר בשתי אפשרויות בלבד להפוך לחבר באגודה: בהצבעת אסיפה כללית, או בדרך של התנהגות הדדית בהתאם למבחנים הקבועים בתקנה 2א לתקנות החברות.

17. בנוסף ולחלופין טוען המערער, כי החלטת הרשם בעניין האפליה היא שגויה גם מבחינה עובדתית, שכן המשיב מעולם לא הופלה על-ידי הקיבוץ, והקיבוץ מעולם לא סירב – לא על-רקע המוגבלות ולא בכלל – להעמיד את המשיב להצבעה לחברות; כאשר על הצדדים היה מוסכם וברור



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

במשך שנים ארוכות, כי המשיב הנו במעמד של "תלוי בחבר", מעמד שהוגדר והוסדר בתקנון הקיבוץ. עוד טוען המערער, כי החלטת הרשם נשענת על טעות עובדתית נוספת, שלפיה הקבלה לחברות בשנים הרלבנטיות הייתה קבלה "אוטומטית" בגיל 18.

18. המערער מדגיש, כי הליך תיקון פנקס חברים בהתאם לתקנה 6 (ג) לתקנות נפתח במינוי חוקר מטעם הרשם; ועל-רקע זה הוגש לרשם דו"ח החוקר, שבו הומלץ לקבוע כי המשיב אינו חבר בקיבוץ. לטענת המערער, לא הייתה הצדקה לכך שהרשם יימנע מלקבל את דו"ח החוקר במלואו; ובפרט כאשר במסגרת הדו"ח קבע החוקר כי הממצאים העובדתיים מצביעים על-כך שהמשיב לא נהג כחבר הקיבוץ, והקיבוץ לא נהג במשיב כחבר הקיבוץ, וכי במשך השנים המשיב כלל לא רצה להיות חבר קיבוץ, למרות שהקיבוץ הציע לו במספר הזדמנויות להתקבל כחבר קיבוץ.

19. לטענת המערער, סמכות הרשם לתקן את פנקס החברים, בהתאם לתקנה 6(ג) לתקנות, מתייחסת רק לאותם מקרים שבהם הרישום אינו משקף את המצב העובדתי; וכן כאשר מתקיימות נסיבות "מיוחדות" כאמור בתקנה 2א לתקנות, שמהן ניתן ללמוד על חברות בדרך של התנהגות. לגרסת המערער, לא התקיימו בענייננו שני התנאים המצטברים הנדרשים לקביעת חברות בדרך של התנהגות: התנאי הראשון – שעניינו מבחן אובייקטיבי הבוחן את התנהגות הצדדים, ומבחן סובייקטיבי הבוחן את גילוי רצונם; והתנאי השני, המצטבר, של היעדר הוראה מפורשת בתקנון האגודה, המגבילה קבלה לחברות מכוח תקנה 2א לתקנות החברות. בהקשר זה טוען המערער, כי בשנת 1992 תוקן תקנות הקיבוץ, ונוסף סעיף 34א, הקובע הוראה מפורשת המגבילה קבלה לחברות מכוח התנהגות. משכך, ולו בשל אי-קיומו של התנאי השני, לא היה מוסמך הרשם לקבוע שהמשיב יתקבל לחברות על דרך התנהגות. המערער מוסיף וטוען, כי גם התנאי הראשון לא הוכח על-פי המבחנים האובייקטיבי והסובייקטיבי, בפרט כאשר התמונה העובדתית שהוצגה על-ידי החוקר, מובילה על-פי הנטען, למסקנה שהמשיב לא נהג כחבר קיבוץ והקיבוץ לא נהג בו כחבר; ומכל





בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

מקום – הרשם לא התייחס לקביעות עובדתיות אלה, ובחר לגבש עילה, בלתי אפשרית, של "חברות עקב אפליה" בשל מוגבלותו של המשיב.

20. המערער מוסיף וטוען, כי קביעותיו של הרשם, הן בדבר הפליה כלפי המשיב בכך שלא התקבל כחבר, והן לעניין גילוי רצון המשיב, שלפיו "היה שמח להיות חבר", מלמדת כי אף לשיטת הרשם – הן אובייקטיבית והן סובייקטיבית – הקיבוץ לא ראה במשיב כחבר. משכך, גורס המערער, כי לא מתקיים בעניינו של המשיב התנאי הראשון לצורך ההכרה בחברות מכורח התנהגות. לכך מוסיף המערער וטוען, כי גם בהגדרת השאלה שבמחלוקת ציין הרשם, בסעיף 61 להחלטתו, כי השאלה שבמחלוקת היא האם המשיב "הופלה לרעה בכך ששאלת חברותו לא הועלתה להחלטת האסיפה הכללית"; וכי למעשה לא נדרש הרשם לבחינה העובדתית – האם נהגו במשיב כחבר ואם לאו, כמצוות התקנות, אלא ביסס החלטתו על השאלה האם המשיב הופלה ואם לאו, שאלה שההכרעה בה אינה יכולה להוביל לתיקון פנקס החברים, שכמוהו כעקיפת האסיפה הכללית ויצירת סטטוס חברות יש מאין.

21. לגופו של עניין, מוסיף ומציין המערער, כי התקופה הרלבנטית המצריכה בדיקה עובדתית, האם במהלכה נהג המשיב בקיבוץ והקיבוץ נהג בו כחבר, היא בין השנים 1985 עד 1992 טרם תיקון התקנון והוספת סעיף 34א, השולל חברות מכוח התנהגות. המערער מדגיש, כי המשיב חי בקיבוץ והקיבוץ נהג בו בחלק מהימים באופן דומה לאופן שבו הוא נהג בחברים, לא בשל כך שראה בו חבר קיבוץ, אלא מכוח ההסדר המיוחד, המכונה "תלוי בחבר", המבוסס על סעיפים 73, ו-80-85 לתקנון הקיבוץ, המסדירים מערכת יחסים בין הקיבוץ לבין קרובי חבר שהתקבלו למגורים בקיבוץ. לשיטתו של המערער, גם במקרה של "תלוי בחבר", הרי שהתלוי עובד כמיטב יכולתו והקיבוץ מספק את צרכיו, מעמיד לו תקציב, רושם אותו ברשימת החברים/המועמדים לצורכי ביטוח לאומי וכד'; ואולם הדבר נעשה מכוח ההסדר המיוחד של "תלוי בחבר" שאינו חברות באגודה. על כן גורס



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

המערער, כי עצם קיומו של ההסכם החלופי האמור, שולל אפשרות של קיומם של תנאי תקנה 2א. המערער מדגיש, כי למשיב ניתן מעמד של "תלוי בחבר", והעובדה שלא התקבלה החלטה פוזיטיבית בעניין זה, באסיפה או בהנהלה, או שלא נחתם הסכם בעניין זכויותיו כתלוי, אינה מעלה ואינה מורידה; שכן בתקנון לא נקבעה כל חובה לקבל החלטה באסיפה או בוועד הנהלה כדי להכיר בקרוב של "תלוי בחבר". בהקשר זה מוסיף המערער, כי סעיף 80 לתקנון קובע שהקיבוץ "רשאי" לערוך הסכם עם התלוי אך לא חייב לערוך הסכם כזה; והעובדה שלא נחתם עם המשיב הסכם בכתב במשך 20 שנים, אינה יכולה להיזקף לחובתו של הקיבוץ, ובפרט כשהסכם כאמור אינו חייב להיות בכתב ויכול להיווצר גם מכוח התנהגות.

22. עוד טוען המערער, כי החלטת הרשם להכיר במשיב כחבר מאז שהיה בן 18, התבססה אף היא על קביעה שגויה, שלפיה קבלה לחברות בשנים הרלבנטיות הייתה אוטומטית. בהקשר זה מוסיף המערער ומציין, כי טענה זו הועלתה על-ידי הרשם לראשונה בהחלטתו, וכי החלטות הקיבוץ בדבר קבלתם לחברות של בני משק בתקופה הרלבנטית מעולם לא התבצעה באופן אוטומטי, אלא על בסיס הצבעה באסיפה הכללית לאחר תקופת מועמדות מסוימת, ובהקשר זה הפנה לאסמכתאות שונות שחלקן הוגשו לראשונה במסגרת הערעור.

טיעוני המשיב

23. ב"כ המשיב מדגישה, כי המשיב נולד, גדל ועבד בקיבוץ כל חייו, תוך השתלבות מלאה וקיום יחסי קהילה עם שאר החברים; כי בגיל צעיר אובחנה אצלו מחלת הסכיזופרניה, וכי לצד התמודדות עמה המשיך לנהל את חייו בקיבוץ תוך שהוא תורם את חלקו בתחום העבודה והקהילה; כי במהלך כל השנים נהג המשיב כשאר חברי הקיבוץ ואילו הקיבוץ נהג בו כשאר חבריו; וכי לאורך כל השנים הוצג למשיב ולהוריו מצג מטעם בעלי תפקידים בקיבוץ שלפיו הוא זכאי לזכויות בקיבוץ ולפיו הוא חבר בקיבוץ לכל דבר ועניין ואין כל צורך או טעם להביא את שאלת חברותו להצבעת



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

האסיפה הכללית. לטענתה, המחלוקת בין הצדדים נתגלעה כאשר ברבות השנים הוחלט בקיבוץ על הפרטה ומעבר למודל של קיבוץ מתחדש, ובין-היתר הוחלט על חלוקת רווחי הקיבוץ ועל שיוך דירות לחברים, שלב שבו הודיע הקיבוץ למשיב כי לא יהיה זכאי לזכויות אלו מאחר שהוא אינו חבר בקיבוץ. ב"כ המשיב מדגישה, כי החלטת הרשם ניתנה מכוח הסמכות הקבועה בתקנות החברות, לצוות על שינוי הרישום בפנקס החברים של האגודה כך שיישקף את המציאות, זאת על בסיס העובדה שבפרק זמן משמעותי נהג המשיב, ונהגו בו, כחבר האגודה. היא הדגישה, כי קביעת סגנית הרשם, בדבר אפלייתו של המשיב בכך שכאדם עם מוגבלות לא הובא עניין חברותו לאסיפת החברים, לא שימשה בסיס לקביעת מעמדו כחבר הקיבוץ, אלא נועדה להסביר את הסיבה שבגינה, למרות שנהג בקיבוץ כחבר והקיבוץ נהג בו בחבר, הדבר לא השתקף ברישום.

24. ב"כ המשיבה טוענת, כי בדין קבעה סגנית הרשם, כי במהלך התקופה הרלבנטית, בין השנים 1985-1992, וכן לאחר מכן, המשיב נהג ונהגו בו כחבר קיבוץ. בהקשר זה מדגישה ב"כ המערער, כי הרשם היה רשאי לצוות על האגודה לתקן את פנקס החברים על-יסוד תקנה 2א לתקנות החברות, הואיל ובמקרה הנדון נהג המשיב ונהגו בו כחבר הקיבוץ, שעה שהתגורר בקיבוץ, עבד ומסר את מלוא הכנסותיו לקיבוץ, קיבל תקציבים שוטפים מהקיבוץ והקיבוץ דיווח עליו לרשויות המס כמו על יתר החברים. היא הדגישה, כי בתקופה זו לא נקבעה בתקנון הקיבוץ הוראה הסותרת את האמור, וכי רק ביום 10.5.92 אושר שינוי תקנון הקיבוץ, אשר קבע לראשונה, בסעיף 34א, כי לא יראו אדם כחבר הקיבוץ אלא אם התקבל לחברות על-פי סעיף 28 לתקנות, אפילו נהג ונהגו בו כחבר הקיבוץ במשך תקופה סבירה.

לטענת ב"כ המשיב, גם אם באותן השנים התקבלו חברים לקיבוץ בדרך של הצבעה, כטענת המערער, עדיין מוסמך הרשם מכוח תקנה 2א לשנות את הרישום בפנקס החברים לאור התנהגותם של החבר והקיבוץ. בהקשר זה ציינה ב"כ המשיב, כי גם בפרסום משנת 2014 מטעם הקיבוץ, אפיין



בית המשפט המחוזי בירושלים בשכתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

הקיבוץ עצמו את אופן הקבלה לאגודה של בני ובנות הקיבוץ במילה: "אוטומטית" ("בעבר בני הקיבוץ היו מתקבלים לחברות באופן אוטומטי ומצטרפים למערכת הכלכלית המוכרת כ'שותפות' – נספח ד' לעיקרי הטיעון). בהקשר האחרון התנגד המשיב להגשת מסמכים על-ידי המערער אשר לא הוגשו לרשם (מע/6-מע/10).

ב"כ המשיב טוענת, כי החלטת סגנית הרשם ניתנה כדין, והטענות של המערער, בדבר חריגה מסמכות, אין להן על מה לסמוך; שכן ההכרעה הייתה בהתאם לתקנה 2א לתקנות החברות לאחר בחינת התשתית הראייתית. היא מוסיפה ומדגישה, כי המחלוקת בין הצדדים הייתה האם המשיב הוא חבר קיבוץ למרות שלא נתקבלה החלטה פורמלית בדבר קבלתו לחברות; וכי לא קמה עילה להתערב בהחלטת הרשם בעניין זה שנסמכה על הממצאים שנקבעו. היא הוסיפה, כי אמנם הרשם נוטה לצמצם התערבות בהחלטות אגודה לגבי קבלה לחברות, שכן זו מבוססת על "קשר אישי" בין החברים, ואולם נטייה זו כפופה לעקרונות הצדק הטבעי, סבירות, תום לב, שוויון, תקנת הציבור וערכים חוקתיים. לטענתה, בענייננו, פסילתו של אדם עם מוגבלות נפשית מקבלה לאגודה שיתופית פוגעת בזכות היסוד של אנשים עם מוגבלות לשוויון זכויות והיא חסרת תום לב ובלתי חוקית; ומשנקבע כי האגודה פעלה בענייניו של המשיב משיקולים הנגועים באפליה פסולה, היה מקום להתערבות הרשם; בפרט כאשר בפועל קיימים בין המשיב לבין הקיבוץ ויתר החברים קשרים אישיים וכלכליים הדומים לקשרים בין חבר לקיבוץ, ומשכך, קטן משקל טיעון "הקשר האישי" המוביל לאי-התערבות הרשם בדרך כלל ביחסים מעין אלו.

לגוף הדברים טוענת ב"כ המשיב, כי הקיבוץ קיבל במרוצת השנים, ללא כל הסתייגות, את מלוא קניינו, זמנו, מרצו ומשאביו הפיזיים של המשיב, והתנהג כלפיו כאל חבר קיבוץ לכל דבר ועניין, הן במישור ההתנהגותי האובייקטיבי והן במישור גילויי הרצון ההדדיים של הצדדים, באופן התואם את תקנה 2א. כן הדגישה ב"כ המשיב, כי המשיב ראה עצמו תמיד כחלק מהקיבוץ; ואי-



בית המשפט המחוזי בירושלים בשכתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

העלאת חברותו לאסיפה הכללית נבעה מעמדת הקיבוץ, לנוכח תפיסת מוגבלותו של המשיב, תוך שהוא מעביר למשיב ולמשפחתו מסרים מרגיעים, ולאחר מכן מסרים מרתיעים, אשר בעטיים נמנעו מלפעול בעניין עד שהתברר שזכויותיו נפגעות, והכל על-רקע פערי כוחות בין הקיבוץ לבין החבר, לא כל שכן חבר הלוקה במוגבלות נפשית, המקשים מטבע הדברים לפעול בניגוד למסרים שמעביר הקיבוץ.

25. ב"כ המשיב גורסת, כי בדין קבעה סגנית הרשם כי מניעת העלאת מועמדותו של המשיב לחברות באסיפה הייתה בשל מוגבלותו הנפשית. היא מדגישה, כי התייחסותה של סגנית הרשם בהחלטתה לדעות המפלות מצד הקיבוץ באו להסביר את הפער שבין הדרך שבה נהג הקיבוץ במשיב כחבר – בדרך המעשית, לבין התכחשות הקיבוץ להתנהגותו והתעקשותו שלא לרשום את המשיב בפנקס החברים – בדרך הפורמלית. ב"כ המשיב הדגישה, כי העמדות המפלות לא מנעו מהקיבוץ במשך שנים רבות לנהוג במשיב כחבר קיבוץ, ואולם התנהגות לחוד ורישום לחוד; ולכן, עצם העובדה שהפלייתו של המשיב על-רקע מוגבלות גרמה לאי-העלאת מועמדותו לחברות, אינה מעלה ואינה מורידה מהעובדה כי הוא נהג ונהגו בו כחבר. בהקשר זה מוסיפה ב"כ המשיב ומציינת, כי לאורך כל ההליך, ובכלל זה בהליך החקירה לפני החוקר, הביע הקיבוץ דעתו, שלפיה אדם עם מוגבלות נפשית, ללא כל קשר לאישיותו ויכולותיו, לא יכול להיות חבר באגודה שיתופית, שכן הוא אינו כשיר לפעולה משפטית המחייבת "גמירות דעת" (כמפורט בדו"ח החוקר ובהחלטת סגנית הרשם). ב"כ המשיב מדגישה, כי מדובר בעמדה משוללת כל יסוד, המצביעה על סטיגמה פסולה ואפליה קשה, ואשר נוגדת את עקרונותיהם של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1968, ושל האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, אשר מדינת ישראל הצטרפה אליה ואישררה אותה. בהקשר זה חזרה והדגישה ב"כ המשיב, כי בהחלטת סגנית הרשם נקבע, כי החברות של המשיב לא הועמדה להצבעה על-יסוד אפליה בשל היותו אדם עם מוגבלות



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרק

נפשית; ואולם, קביעת סגנית הרשם בנושא האפליה לא באה כדי ליצור סטטוס של חברות (שכבר נוצר בהתנהגות), אלא על-מנת להסביר מה עמד מאחורי החלטתו של הקיבוץ.

26. ב"כ המשיבה מוסיפה ומציינת, כי אין בסיס לטענת הקיבוץ, שלפיה מעמדו של המשיב הוא "תלוי בחבר קיבוץ". לעניין זה טוענת ב"כ המשיב, כי סעיפים 73 ו-85 עד 80 לתקנון הקיבוץ מסדירים את מעמדם של "תלויים בחברי קיבוץ", אך המשיב ואמו לא ראו את המשיב במעמד זה. בהקשר זה הוסיפה, כי בחודש דצמבר 2006 העביר הקיבוץ למשיב ולאמו טיוטת הסכם בדבר מעמדו של המשיב, שבה צוין בסעיף 3 כי מוסכם על הצדדים שהמשיב "הנו בן בעל צרכים מיוחדים, אשר בשל כך לא הועלה עניין חברותו בקיבוץ בפני האסיפה הכללית", וכי מעמדו יהיה כ"תלוי בחבר קיבוץ" (מ/ש/8), אך המשיב ואמו סירבו לחתום על ההסכם ואף הודיעו למשיב בשנת 2007, בכתב (מ/ש/9), כי הם דורשים להעמיד למשיב את כל זכויותיו כחבר. ב"כ המשיב מדגישה, כי בניסיונו של הקיבוץ לכפות על המשיב לחתום על ההסכם, אישר למעשה המערער כי עניין חברותו בקיבוץ של המשיב לא הועלה לפני האסיפה הכללית רק בשל העובדה שהוא בעל צרכים מיוחדים. היא הוסיפה, כי במסגרת ניסיונות הקיבוץ להכחיש את חברותו של המשיב, הוא ניסה לכפות על המשיב להסכים לסטטוס של "תלוי בחבר", תוך שימוש בכוחו לרשום נכסים באמצעים שונים ואף באיומים, כי אם יעמיד עצמו לחברות הדבר עלול לפגוע בזכויותיו וכוותק שלו; ואף והתנה את מימוש זכויותיה של אמו בחתימה על מסמך לפיו המשיב "תלוי בה" (מ/ש/10). על-רקע האמור, טענה ב"כ המשיב, כי הקיבוץ ניסה לכפות על המשיב סטטוס של "תלוי בחבר", רק בשל היותו אדם עם מוגבלות, וכי התנהלות זו, כפי שפורטה בהחלטת סגנית הרשם, הייתה מפלה ובלתי-חוקית. לכך מוסיפה ב"כ המשיב, כי בניגוד לטענת המערער, שלפיה סטטוס של "תלוי בחבר" לא דורש החלטה רשמית, וכי היה בין הצדדים מעין "הסכם שבהתנהגות", הרי שמטיוטת ההסכם שהועבר למשיב (ולא נחתם על ידו, מ/ש/8) עולה כי הסטטוס ייקבע בהסכמה, וכך גם עולה מתיקון תקנון הקיבוץ משנת 2012 (מ/ש/11, סעיפים 80-85) אשר החליף את רוב הסעיפים הנוגעים



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

לסטטוס של "תלוי" בהסכמים פרטניים. על-רקע זה ניסה גם הקיבוץ לקבל את הסכמת אמו של המשיב לסטטוס של "תלוי". על-כן טוענת ב"כ המשיב, כי המערער עצמו ידע שיש צורך בהסכמה להיות "תלוי בחבר", הסכמה שלא ניתנה במקרה דנן. למעלה מן הנדרש מציינת ב"כ המשיב, כי היותו של אדם כלשהו "בעל צרכים מיוחדים", לא אמורה להוביל בהכרח למסקנה כי הוא "תלוי בחבר קיבוץ" וכי הדבר אף עולה מהתקנון משנת 2011 (מש/11, סעיף 66).

על-רקע האמור, טוענת ב"כ המשיב, כי בין המשיב לבין הקיבוץ לא התקיימה מערכת יחסים של "תלוי בחבר קיבוץ" זאת מארבע סיבות: האחת – המשיב חי בקיבוץ כחבר, תוך מילוי החובות וההתחייבויות הכרוכות בצורת החיים הנוהגת בקיבוץ, ובכלל זה העברת כל הכנסותיו לקיבוץ ועבודה בעלת ערך יצרני וכלכלי במסגרת הקיבוץ; השנייה – סטטוס של "תלוי בחבר" אמור להיקבע בהסכמה, כמפורט בטיטת ההסכם (מש/8), וכאמור המשיב ומשפחתו מעולם לא חתמו על הסכם עם הקיבוץ המגדיר אותו כ"תלוי בחבר קיבוץ", ונהפוך הוא – הם סירבו לחתום על הסכם כזה פעם אחר פעם; השלישית – המעמד הנטען של המשיב כ"תלוי בחבר קיבוץ" לא נבחן לגופו של עניין בהתאם למצבו ויכולותיו, אלא הוחל עליו על-ידי הממערער באופן אוטומטי ובדרך מפלה ובלתי חוקית אך בשל מגבלתו הנפשית; והרביעית – בתקופה הרלבנטית לבדיקת חברתו של המשיב בקיבוץ מכוח נוהג (בין השנים 1985-1992) כלל לא היה מעמד מוסדר של בן קיבוץ שהוא "תלוי בחבר".

27. באשר לטענות המערער, שלפיהן היה על המשיב לעתור לסעדים אחרים, כמו בקשה לכנס אסיפה שתדון במועמדתו או הגשת תובענה לפיצוי כספי, מגיבה ב"כ המשיב, כי מדובר בטענות מיתממות; שכן אם הייתה חברותו של המשיב עולה כעת לדיון ומאושרת, היה הדבר מקפח אותו מהזכויות והוותק המגיעים לו, לרבות שיוך דירות וקרקעות, אשר המועד הרלבנטי לגביהם הוא 12.9.06, וגם סעד כספי אינו רלבנטי למשיב שחייו שזורים בקיבוץ מאז היוולדו.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 17-10-21068 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

דיון

מתחם ההתערבות בהחלטות רשם האגודות השיתופיות

28. על מתחם ההתערבות של בית-המשפט בהחלטת רשם האגודות השיתופיות עמדתי, לא אחת, בעבר (ובכלל זה בעמ"נ (י-ם) 208/07 יהודה דורון נ' קיבוץ שפיים (12.8.10); ובעמ"נ (י-ם) 12-01-22649 משה ברגמן נ' מדינת ישראל (29.9.13)), ואחזור פעם נוספת על הדברים. נקודת המוצא היא, כי עסקינן בהחלטה של רשות מינהלית, הפועלת אף כגוף מעין שיפוטי. ייחוד ההחלטה ואופייה מצמצם את מתחם ההתערבות השיפוטי, בהשוואה להליך ערעורי על החלטה של בית-משפט בערכאה דיונית (עמ"נ (י-ם) 321/06 קבוצת רון ארצי הר-טוב יצוא ושיווק תערוכות בע"מ נ' רשם האגודות השיתופיות (18.7.06); ועמ"נ (י-ם) 501/08 "קטיף" מושב שיתופי להתיישבות חקלאית של הפועל המזרחי בע"מ נ' סילביה דהרי (14.8.08)). בעבר נפסק על-ידי בג"ץ, כי בית-המשפט יתערב בהחלטותיו של הרשם "לפי העקרונות המדריכים את בית-המשפט הזה בדרך כלל בבואו לבקר החלטות של טריבונלים שיפוטיים נמוכים, היינו לפי ראשי הפרקים של חריגה מסמכות, טעות משפטית הגלויה על-פני ההחלטה, או פגיעה בעיקרי הצדק" (בג"ץ 20/59 קינסלי נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד יד 2297, 2304 (1960); וכן ראו: בג"ץ 175/64 זהבי נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד יח(2) 625, 627 (1964)). עם השנים, ניסוח עילות ההתערבות השיפוטית בהחלטת הרשם עבר שינויים, זאת לאור התמורות באשר לעילות הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות, ועל החלטות מינהליות שיפוטיות או מעין שיפוטיות. ההלכה, כפי שנתגבשה, מורה, כי מידת ההתערבות של בית-המשפט בהחלטותיו של רשם האגודות השיתופיות, בעת פעלו כגוף מעין שיפוטי, קרי – כבעל סמכות שיפוטית ייחודית, מוגבלת ושמורה למקרים שבהם "ההחלטה פגומה בטעות משפטית מהותית והצדק מחייב שבית המשפט יתערב בהחלטה" (כב' הנשיא ברק בבג"ץ 4222/95 פלטין נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד נב(5) 614, 623 (1998); וכן ראו: בג"ץ 3815/92 פיין נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד מז(2) 424, 427 (1993);



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

וע"א 4245/00 חן נ' קיבוץ תל קציר, פ"ד נו (6) 10, 33 (2003)). ההלכה האמורה, שהותוותה בעניין מתחם התערבותו של בג"ץ בהחלטותיו של הרשם, חלה אף על בית-המשפט לעניינים מנהליים הדין בערעור מינהלי על החלטת הרשם, וזאת נוכח הוראת סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000, המורה כי "בית-משפט לעניינים מנהליים ידון בעתירה מינהלית ובערעור מינהלי בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית-המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בשינויים המחויבים לגבי עתירה מינהלית ולגבי ערעור מינהלי" (ראו: עמ"נ (י-ם) 321/06 בעניין קבוצת רון ארצי, לעיל; עמ"נ (י-ם) 228/07 פרג"י נ' רשם האגודות השיתופיות (3.9.07); ועמ"נ (י-ם) סרוסי נ' קיבוץ עין גב (22.6.09)).

29. בכל הנוגע לקביעת ממצאים עובדתיים על-ידי הרשם, היקף ההתערבות של בית-המשפט המינהלי יהיה מצומצם אף יותר עמ"נ (י-ם) 223/07 רביב נ' אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב בע"מ (2.3.08); ובית-המשפט יתערב בקביעות עובדתיות בהחלטת הרשם רק במקרים חריגים, כמו למשל כאשר לא עמדה לפני הרשם תשתית ראייתית כלשהי שעליה יכול היה לבסס את קביעותיו, או כשנקבעו ממצאים ממניעים פסולים (בג"ץ 272/74 כפר אז"ר מושב עובדים להתיישבות נ' שר העבודה, פ"ד כ"ט(2) 667, 671-672 (1975)). מסקנה זו מתבקשת, ראשית לכל, על-רקע העיקרון הכללי, שלפיו בית-המשפט לערעורים לא ייטה, בדרך כלל, להתערב בממצאים עובדתיים, וכי התערבותו בממצאים תיעשה במשורה, ומצטמצמת למקרים חריגים שבהם נפלה טעות עניינית, המצדיקה תיקונה במסגרת ערעור; ובין-השאר – כאשר נקבעו ממצאים שאינם עומדים במבחן ההיגיון ושיש לראותם כמופרכים, או מקום שבו בולטת בפסק-הדין או בהחלטה "טעות משפטית שורשית" (ראו: ע"א 6768/01 רגב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 625, 631 (2004); וע"א 9622/07 הולין נ' קופת חולים כללית (30.5.10)). המסקנה האמורה מקבלת משנה תוקף כשעסקינן בערעור מינהלי, וכאשר מדובר בקביעה עובדתית של הרשם, בגדרה של החלטה הניתנת על-ידו כגוף מעין שיפוטי בתחום המקצועי המופקד בידי, בין



בית המשפט המחוזי בירושלים בשכתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

אם הראיות נשמעו לפניו, ובין אם אלו נאספו על-ידי חוקר שמונה מטעמו. (עמ"נ (י-ם) 501/08 בעניין קטיף (לעיל); ועמ"נ (י-ם) 15293-10-11 עין איילה מושב עובדים נ' תנובה מרכז שיתופי בע"מ (5.2.12)). עם זאת, מתחם ההתערבות יכול שיהיה רחב יותר בנסיבות שבהן החלטת הרשם ניתנה על בסיס ניתוח התשתית הראייתית חֶלֶף התרשמות בלתי אמצעית ממנה (עמ"נ (י-ם) 113/03 דותן נ' קו-אופ הריבוע הכחול אגודה שיתופית לשירותים בע"מ (11.5.05)); או למשל במקרים שבהם החלטתו עמדה בניגוד להמלצות חוקר שמינה (בר"מ 9609/05) קיבוץ רמת הכובש נ' דנינה-צור (6.4.06); ועמ"נ (י-ם) 734/09 גרינפלד נ' "צופית" מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ (24.3.10)).

המסגרת המשפטית בסוגיה שבמחלוקת

30. תקנה 2 לתקנות האגודות השיתופיות (חברות), התשל"ג-1973, קובעת כי אדם המבקש להתקבל כחבר באגודה יגיש לה בקשה בדרך הקבועה בתקנות האגודה, וכי קבלת החבר באגודה תהיה בדרך הקבועה בתקנות שלה. תקנה 6(א) לתקנות החברות קובעת, כי "רשאי הרשם לצוות על אגודה לתקן את פנקס החברים שלה לגבי אדם פלוני אם הוא חבר כדין באגודה או שאינו חבר בה או שחדל כדין להיות חבר בה ופנקס החברים אינו משקף פרטים אלה כהלכה, ומשניתן צו כאמור יראו את הפנקס לכל דבר כאילו תוקן; ...". תקנה 6(ב) מורה, כי לא יצווה הרשם על תיקון אלא לאחר שנערכה חקירה באגודה, לפי סעיף 43 לפקודת האגודות השיתופיות.

31. סעיף 2 לתקנות החברות, שבעניינו נסב הדיון בערעור דנן – ואשר כותרת השוליים שלו "נסיבות מיוחדות להכרה בחבר" – מורה כדלהלן: "נהג אדם ונהגו בו כחבר האגודה במשך תקופה סבירה לפי נסיבות העניין, בין לפני תחילתה של תקנה זו ובין לאחריה, יראו אותו כחבר באגודה, אף אם לא נתקיימו בו הוראות תקנות משנה (א) ו-1(ב) לתקנה 2, זולת אם נקבעה בתקנות האגודה הוראה מפורשת שאין לראות אדם כאמור כחבר באגודה".



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

הפעלת הסמכות, על-פי תקנה 2 לתקנות, כוללת מבחן אובייקטיבי, הבוחן את התנהגות הצדדים במשך זמן סביר לפי נסיבות העניין, ואת קיומם של סממנים שנקבעו בפסיקה המצביעים של קיומם של יחסי חברות באגודה; וכן מבחן סובייקטיבי, המתייחס לגילוי רצונם של הצדדים לקשור ביניהם יחסי חברות בקיבוץ. הפעלת הסמכות גם מותנית בהיעדרה של הוראה מפורשת בתקנון הקיבוץ המגבילה קבלה לחברות מכוח תקנה 2 לתקנות החברות.

32. הסמכות שהוענקה לרשם בתקנה 6 לתקנות החברות, ובין-השאר בזיקה לתקנה 2א, אינה "טכנית", אלא "מהותית"; והדיונים בעניין זה מתקיימים, כאמור, לאחר חקירות, כאשר לרשם סמכות לקבוע שאדם חבר באגודה משנתחוויר כי פנקס החברים של האגודה אינו משקף את המצב העובדתי. בקשתו של אדם לקבוע שהוא חבר באגודה יכולה להיעשות הן בתובענה בהליך אזרחי, והן בפנייה לרשם להפעיל את סמכותו בהתאם לתקנות החברות (ע"א 3581/04 קיבוץ בית ניר, אגודה שיתופית חקלאית ואח' נ' אלה שק (11.7.06); ות"א (י-ם) 8690-12-10 תירוש, מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' אליהו אזולאי ואח' (17.4.11)).

33. בפסיקה שדנה בנסיבות המיוחדות שבהן עוסקת תקנה 2 לתקנות, בהקשר של אגודה מסוג של מושב או קיבוץ, צוינו אינדיקציות שונות שבהן ניתן להתחשב, ובין-היתר: מגורים במשך שנים ארוכות במושב; השתלבות פעילה בחיי המושב, תשלום מיסי האגודה או השתתפות והצבעה באסיפות ((ה"פ (חי') 524/93 גולדברג נ' בצת מושב התיישבות שיתופית בע"מ (10.2.2000); ע"א 2574/00 בצת מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' גולדברג (10.12.01); ועמ"נ (י-ם) 734/09 משה גרינפלד נ' צופית מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ (24.3.10)). במקרים שנדונו על-ידי רשם האגודות השיתופיות, הורה הרשם על



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרק

תיקון פנקס חברים על-ידי הוספת אדם לרישום והכרה בו כחבר באגודה, כאשר מכלול הנסיבות הוכיחו זאת, כגון: העמדת כל ההכנסות לרשות האגודה, קבלת תקציב אישי, תרומה במסגרת תורנויות שונות וניכויי מסים (תיקי רשם האגודות השיתופיות: תיק מס' 189/211/07 קיבוץ גבעת חיים איחוד נ' תמר שגיא ואח' (7.11.07); תיק מס' 195/482/05 קיבוץ כפר מסריק נ' עינב רונא (30.4.06); ותיק מס' 456/48/04 קיבוץ החותרים נ' פלונית (9.9.04), לא פורסם, נספח 5 לעיקרי הטיעון מטעם המשיב). החלטת הרשם בתיק האחרון, בעניין קיבוץ החותרים, מתייחסת למקרה דומה לזה הנדון לפנינו. באותו עניין נולדה המשיבה בקיבוץ עם נכות קבועה של 100%, קצבת הנכות הועברה לקיבוץ והיא עבדה בהתאם ליכולותיה. בנוסף, הוקצתה לה יחידת מגורים המותאמת לצרכיה. למרות שחברותה לא הועלתה להצבעה באסיפה כללית בניגוד לשאר בני גילה, על אף שבועד הוחלט על-כך, לאורך כל השנים דאג הקיבוץ לכל זכויותיה כאילו הייתה חברת קיבוץ, וכך גם נענו הוריה, כאשר פנו בעניין זה לרשויות הקיבוץ. הרשם קבע בהחלטתו, כי הקיבוץ הפלה את המשיבה לרעה ביחס לשאר בני מחזור, כאשר לא העמיד את שאלת חברותה להצבעה, כאשר מרבית הסממנים העידו על-כך שהיחס אליה היה כמו אל חברה, ולפיכך הוכרה כחברה מאותו מועד שהתקבלו בני מחזור כחברים בקיבוץ.

מן הכלל אל הפרט: בחינת ההחלטה בעניינו של המשיב

34. לאחר בחינת מכלול טיעוני הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה, כי לא קמה עילה להתערבות בהחלטת המנומקת והמפורטת של סגנית הרשם, אשר נסמכה על התשתית הראייתית שהובאה לפני החוקר ולפניה. החלטתה, לקבל החלטה שונה מזו שהמליץ החוקר, התבססה על התשתית הראייתית ונתקבלה מנימוקים ענייניים, עובדתיים ומשפטיים, שאין עילה להתערב בהם.

35. ראשית, אין כל בסיס לטענת המערער, שלפיה החלטת סגנית הרשם ניתנה בחריגה בסמכות, אגב יצירת סטטוס של חברות "יש מאין" בעילת תביעה שעניינה אפליית אדם לרעה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

כמבואר בסקירת הרקע המשפטי לעיל, סעיף 2 לתקנות החברות, בזיקה לסעיף 6(א) לתקנות, מקנה לרשם סמכות להכיר באדם כחבר אגודה, אף אם לא נתקיימו הוראות תקנות 2(א) ו-1(ב) לתקנות, זאת בנסיבות מיוחדות שפורטו לעיל, כאשר נהג אדם ונהגו בו כחבר האגודה במשך תקופה סבירה לפי נסיבות העניין, ושעה שלא נקבעה בתקנות האגודה הוראה מפורשת שאין לראות אדם כאמור כחבר באגודה. בענייננו, לא הופעלה הסמכות על-ידי סגנית הרשם לשינוי הרישום בעילה של אפליה – כנטען על-ידי המערער. הסמכות הופעלה בהתאם לתקנות 6(א) ו-2 לתקנות החברות, לאחר החלת המבחנים שנקבעו בתקנה 2א. קביעת סגנית הרשם בנושא האפליה – קרי, הקביעה שענייננו של המשיב לא הובא לאסיפה לשם קבלה לחברות רק מחמת אפליה פסולה בשל מצבו הנפשי – לא באה ליצור סטטוס של חברות (כנטען על-ידי המערער), אלא כדי להסביר מה עמד מאחורי החלטתו של הקיבוץ.

36. אין ממש בטענת המערער, שלפיה לא היה הרשם מוסמך ליתן סעד של "יצירת חברות", וכי לכל היותר המשיב היה יכול לעתור לסעד של אכיפה, במובן זה שהרשם יורה על כינוסה של אסיפה כללית אשר תדון ותצביע בשאלת חברותו של המשיב. כפי שצוין בסקירת הרקע המשפטי לעיל, הרשם מוסמך להורות על תיקון פנקס החברים לפי תקנה 6 לתקנות החברות, כדי שפנקס החברים ישקף את המצב כדין; ובכלל זה רשאי הרשם לבסס את מסקנתו על חברות באגודה, במקרה שבו "נהג אדם ונהגו בו כחבר האגודה", כאמור בתקנה 2א לתקנות החברות. גם אם עומדת לרשם הסמכות למתן סעד חלופי, של הבאת מועמדותו של אדם לחברות להחלטת האסיפה, הרי שאין מקום לנקוט צעד זה כיום, כ-30 שנה לאחר שעל-פי קביעת הרשם נהג המשיב ונהגו בו כחבר הקיבוץ, ובפרט כאשר החלטה היום תביא לקיפוח זכויותיו במסגרת ההפרטה והליך שיוך הדירות והקרקעות.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

37. דין טענות המערער, בדבר טעויות עובדתיות של הרשם בכל הנוגע לאפליית המשיב, להידחות אף הן. כאמור, סגנית הרשם קבעה, כי שאלת העלאת חברותו של המשיב להצבעה באסיפה הכללית, כפי שנעשתה לגבי בנים אחרים בקיבוץ, כלל לא הועמדה על הפרק, רק בשל מחלתו של המשיב, זאת על-פי הגישה כי בשל היותו חולה נפש הוא אינו יכול להיות חבר קיבוץ, מבלי לבדוק באופן פרטני את טיב המחלה של המשיב ואת השפעתה על יכולתו להיות חבר קיבוץ. קביעה עובדתית זו עלתה מהעדויות ששמע החוקר, אשר נסקרו בהחלטת סגנית הרשם, ובין היתר – עדויות שמהן עלה כי במהלך השנים פנה אביו המנוח של המשיב לקיבוץ בעניין החברות, והתשובות שקיבל היו, שאין בכך צורך שכן הקיבוץ דואג לכל מחסורו, ושלא כדאי למשיב לעמוד להצבעה לחברות היות שהאסיפה תצביע נגד קבלתו והדבר יפגע בזכויותיו בקיבוץ ובוותק שלו. על-כן, קביעותיה של סגנית הרשם, כי עמדת הקיבוץ במהלך השנים נבעה מסטיגמה פסולה, שלפיה בעלי נכות נפשית אינם יכולים להשתתף בקבלת החלטות; כי הקיבוץ עשה כל אשר לאל ידו כדי לשכנע את המשיב ומשפחתו שאין צורך או טעם בהעלאת שאלת חברותו לאסיפה הכללית, בתחילה – במסרים מרגיעים, ובהמשך – במסרים מרתיעים; כי "מסרים" אלו הפחיתו את המוטיבציה של המשיב ושל בני משפחתו לפעול בעניין, לנוכח "פערי הכוחות", בפרט על-רקע מצבו הנפשי של המשיב – היו מבוססות ואין עילה להתערב בהן. כך גם אין להתערב בקביעת סגנית הרשם, שלפיה בתקופה הרלבנטית נהוג היה להביא את עניינם של בני הקיבוץ שנשארים בקיבוץ להחלטת האסיפה הכללית, שאישרה ככלל את קבלתם לחברות; וגם קביעה זו נסמכה על הראיות. על-כן קביעתה, שלפיה הופלה המשיב לרעה, רק בשל נכותו, בכך שענינו לא הובא לדיון באסיפה, ובכך שנמסרו לו מסרים מרגיעים בתחילה ומסרים מרתיעים בהמשך – הייתה מעוגנת בתשתית הראייתית ואין עילה להתערב בה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

38. כאמור, את תיקון פנקס החברים ביססה סגנית הרשם, בהתאם לסמכותה בתקנה 6 לתקנות החברות בנסיבות המיוחדות שנקבעו בסעיף 2א לתקנות הנ"ל; ואת נושא הפלייתו של המשיב ציינה כרקע והסבר לכך שעניינו לא הובא להצבעה באסיפת החברים.

מסקנת סגנית הרשם, שלפיה המשיב היה חבר קיבוץ "מכוח התנהגות", קרי – כי הוא נהג ונהגו בו כחבר האגודה במשך תקופה סבירה לפי נסיבות העניין, כאמור בסעיף 2א לתקנות, הייתה מבוססת על התשתית הראייתית שהובאה, ואין עילה להתערב בממצאים ובמסקנות בעניין זה, הן על-פי המבחן האובייקטיבי והן על-פי המבחן הסובייקטיבי שצוינו לעיל. בהקשר זה צוין בהחלטה, כי בתקופה הרלבנטית בשנים 1985 עד 1992 (שבה טרם תוקן התקנון באופן שהגביל קבלה לחברות "מכוח התנהגות"), המשיב עבד במטבח הקיבוץ שמונה שעות ביום, כמו יתר החברים; מסר את מלוא הכנסותיו מהביטוח הלאומי לקיבוץ; קיבל תקציבים שוטפים כמו שאר החברים; התגורר בדירה שהקיבוץ העמיד לרשותו; והקיבוץ אף דיווח עליו כחבר לרשויות לצרכי מס. בכל הנוגע לאי-השתתפותו של המשיב באספות הקיבוץ ובקבלת החלטות, קבעה סגנית הרשם, ובצדק, כי שיקול זה אנו יכול להוות שיקול מרכזי בסוגיה שבמחלוקת; בפרט על-רקע הגישה המפלה של הקיבוץ בעניינו של המשיב, אשר נבעה מהתייחסות השגויה כלפיו כחולה נפש שאינו יכול לקבל החלטה, והמסרים שהעבירו בעלי תפקידים בקיבוץ למשיב ולמשפחתו שצוינו לעיל. גם בקביעה, בדבר גילוי הרצון של המערער, שראה עצמו במשך השנים כחלק מהקיבוץ ולא עמד על כך שעניינו יובא להחלטת האסיפה, אין להתערב; שכן היא עולה מהתשתית העובדתית; בפרט כאשר אי-העלאת חברותו של המשיב להצבעה באסיפה הכללית נבעה, כאמור, מאפליה בלתי חוקית מצד הקיבוץ, רק בשל מוגבלותו של המשיב. על-כן, קביעתה של סגנית הרשם, שלפיה בחינת התנהגות הצדדים, ההדדית, מצביעה על כך שהיחס למשיב היה כמו אל כל חבר, ושזכויותיו וחובותיו היו כמו של כל חבר קיבוץ – נסמכה על התשתית הראייתית, הייתה המעוגנת בדין, ואין עילה להתערב בה.



בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים לפני כב' סגן הנשיא י' נועם

עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

39. גם לא קמה עילה להתערב בהחלטת סגנית הרשם, שלפיה אין לראות את המשיב במעמד של "תלוי בחבר", זאת ממכלול הטעמים שצוינו בהחלטתה; ובכלל זה, העובדה שלא הובאה כל החלטה של הרשויות המוסמכות בקיבוץ בעניין קבלתו של המשיב למעמד של "תלוי בחבר", או כל ראייה בדבר הסכם שנערך בעניין זכויותיו כ"תלוי בחבר"; ובפרט כאשר המשיב ואמו סירבו לחתום על טיוטת הסכם בדבר זכויותיו כ"תלוי בחבר" שהועברה אליהם בסוף שנת 2006, והתנגדו לכך בכתב, זאת כאשר גם הקיבוץ דורש "הסכמה" הדדית, כל אימת שמבקשים להעניק לאדם מעמד של "תלוי בחבר". על-כן, בדין קבעה סגנית הרשם, כי טענת המערער, שלפיה הזכויות והחובות של המשיב הוענקו לו במעמד של "תלוי בחבר", אינה יכולה לעמוד; וכי מכל מקום יש לראות את המשיב כחבר באגודה, הואיל והוא נהג, ואף נהגו בו, במשך תקופה ממושכת כחבר האגודה.

התוצאה

40. על-יסוד האמור לעיל, הערעור נדחה.

המערער ישלם למשיב הוצאות בסכום כולל של 10,000 ש"ח.

הפיקדון שהפקיד המערער, יועבר על-ידי גזברות בית-המשפט לב"כ המשיב, על חשבון

פסיקת ההוצאות.



**בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים
לפני כב' סגן הנשיא י' נועם**


עמ"נ 21068-10-17 קיבוץ רבדים נ' אסף מרקר

מזכירות בית-המשפט תודיע טלפונית לבאי-כוח הצדדים על מתן פסק-הדין ותמציא להם

עותקים ממנו.



ניתן היום, ט' אייר תשע"ט, 14 מאי 2019, בהיעדר הצדדים.


יורם נועם, סגן נשיא

נוסח זה של פסק-הדין, הכולל את אזכור שמותיהם של בעלי הדין, מותר לפרסום; זאת על-פי בקשת

המשיב והחלטת בית-המשפט מיום 5.7.19.