

הינא דְּצִיבּוּרָא

המיני-בלוג של ד"ר עינת סולניק

כלל שיקול הדעת העסקי כחריג לעילת הסבירות

[זמן קריאה ממוצע: 8 דקות]

בשנת 2023 חוקקה הכנסת את אחד מהחוקים השנויים ביותר במחלוקת שהיא אי פעם חוקקה. תיקון לחוק יסוד: השפיטה, שנועד להוציא מארגז הכלים של שופטי ישראל את עילת הסבירות באותם מקרים בהם נדרשת ביקורת שיפוטית על פעולותיה של הממשלה.¹ עמדתה של הכנסת (וליתר דיוק: של הממשלה) לעניין זה נשענה על השקפת עולם לפיה הכוח להכריע לגבי ענייני הציבור – ודאי לגבי סבירותם, מונח שסתום עמום שמקפל בתוכו שיקול דעת עצמאי – אמור להימצא בידיהם של נבחרי הציבור ולא של שופטים.

בעקבות התיקון הוגשו לבית המשפט העליון לא פחות משמונה עתירות בדרישה לפסול אותו – עתירות, שנתקבלו ברוב דעות בפסק דינו של ההרכב המורחב ביותר, בן חמישה-עשר שופטים.² שנים-עשר מביניהם סברו כי לרשות השופטת יש סמכות לפסול חוקי יסוד במקרי קיצון שבהם הכנסת חורגת מסמכותה המכוננת (בבחינת "הכנסת אינה כל יכולה"); ואילו שמונה מביניהם סברו כי יש מקום להפעיל סמכות זו ולפסול את תיקון חוק היסוד, בהיותה של עילת הסבירות כלי חיוני המשמש את ערכאות השיפוט להגן על צביונה הדמוקרטי של המדינה, בהישען על מנגנוני איזונים ובלמים ועל עקרון שלטון החוק.

צדק בית המשפט העליון. עבדתי שם פעם מזמן. ואחד הדברים שלא כולם יודעים, הוא שלשופטים לא קוראים בשמותיהם. כשפונים אליהם, גם כשהם פונים זה לזה, משתמשים ב"השופט". "בוקר טוב השופט", "מה שלומך השופט". יש שמועה, לא בלתי מבוססת, לגבי אחד מהם, שיצא מהלשכה שלו וצעד במסדרון ללשכתו של שופט אחר כשהוא טרוד בדבר מה. עד כדי כך, שלא שם לב שהוא הולך הלוך ושוב ולבסוף נעמד מול לשכתו שלו. הכיסא, מן הסתם, היה ריק. "תגידי, איפה השופט?", הוא שאל את מנהלת הלשכה שלו. הסתכלה עליו בפליאה והשיבה: "השופט – אתה השופט".

התשובה הקצרה (והמשעשעת) הזו היא, אולי, תמציתה המזוקקת של הסבירות. כן. השופטים הם השופטים. ומי שאומר "כל אחד יכול להיות שופט" לא באמת מבין. שיפוט הוא מקצוע רציני שדורש שורה ארוכה של כישורים ייחודיים, כמו גם הררים של ידע וניסיון. כמו בכל מקצוע יש טובים יותר ויש פחות, אבל אם אנחנו לוקחים שיפוט ברצינות – לא כל אחד יכול להיות שופט. ואפילו רחוק מזה.

מה זה אומר לקחת את מקצוע השיפוט ברצינות? זה אומר שאנחנו, על מנת להתקיים בחברה מתוקנת, בוחרים להפקיד בידיהם את כושר ההכרעה לגבי מחלוקות שבין אדם לחברו, שבין אדם למדינתו. ושנאנחנו סומכים עליהם. לא דווקא על כל אחד ואחד מהם בנפרד (כמו בכל מקצוע יש שופטים מושחתים, רשלנים או טיפשים) אלא על הרשות השופטת בכללותה. ובין היתר, זה אומר שאנחנו מבינים שלושה דברים: אחד, שדברי החקיקה שעל פרשנותם השופטים אמונים הם כלליים, בעוד "החיים עצמם" – אותן מחלוקות שבין אדם לחברו ולמדינתו – הם פרטניים (אף מקרה לא דומה למשנהו); שני, שאין פרשנות בלי שיקול דעת – כלומר, אין שופטים ואין שיפוט בלי שיקול דעת; ושלישי, שאין שיקול דעת בלי ארגז כלים שמאפשר

להתמודד עם מקרים פרטניים, ולפיכך כולל גם מושגי שסתום עמומים שמקפלים בתוכם שיקול דעת עצמאי, ובראשם סבירות.

סבירות היא חלק בלתי נפרד מארגז הכלים של השופטים. היא מאפשרת להם להתמיר את דברי החקיקה ל"חיים עצמם", ולא רק בקשר עם פעולותיה של הממשלה אלא בכל תחומי המשפט.³ אחרת, כושר ההכרעה שלהם נפגע ואיתו גם החברה המתוקנת. אם אנחנו לוקחים את מקצוע השיפוט ברצינות עלינו להבין שלשופטים יש ואמור להיות כוח – ללא ספק כוח רב – להכריע במחלוקות, לא אחת גורליות ובעלות השלכות משמעותיות. אין זה אומר שהכוח בלתי מוגבל וישנן דרכים לרסנו, אבל הוצאתה של הסבירות מארגז הכלים – באופן ששוחק את כושר ההכרעה – לא אמורה להיות אחת מהן.

תיקון חוק יסוד: השפיטה היה מהשנויים במחלוקת שאי פעם חוקקה הכנסת, ואף על פי כן, בית המשפט העליון – שודאי הבין, על רקע המאבק הציבורי-פוליטי, שפסק דינו יזכה לקיטונות של ביקורת – הכריע כי הסבירות תישאר בארגז הכלים. שאי אפשר בלעדיה.

מה שהופך את כלל שיקול הדעת העסקי לכלל מוזר למדי. כלל זה – יבוא ישיר מארצות הברית (Business Judgment Rule, או BJR), שבו דן בית המשפט העליון זה מכבר, ועוד קודם לכן אימצה בחפץ לב גם המחלקה הכלכלית של בית המשפט המחוזי⁴ – קובע ששופטים, בבואם לבחון פעולותיהם של נושאי משרה בכירים במשק, לא ישתמשו, ובכך... בכלי הסבירות.

ובהרחבה: כלל שיקול הדעת העסקי הוא עקרון בדיני תאגידי שפותח על ידי שופטים במטרה להגן על נושאי משרה מלשאת באחריות על נזקים שגרמו לתאגידי שבהם הם מכהנים בעקבות פעולות עסקיות שהם נקטו (בשם התאגידי ועבורם).⁵

זאת, בהינתן שלושה תנאים מצטברים: שיקול הדעת שלהם הופעל בתום לב; בהיעדר ניגוד עניינים; ובהתבסס על מידע מלא. הגנה זו עומדת להם (אוטומטית) אלא אם מי שתובע אותם יוכיח אחרת, אז יחול בעניינם סטנדרט גבוה יותר שהם יידרשו להוכיח עמידה בו. הכלל, אם כן, מעביר את כובד המשקל של הביקורת השיפוטית מהמהות אל הפרוצדורה, מתוכן פעולותיהם של נושאי המשרה אל התהליך שבמסגרתו נעשו פעולות אלה.

הכלל פותח על סמך הנחה שפעולות של נושאי משרה הן פעולות עסקיות שנושאות בחובן סיכונים טבועים – הן יכולות להצליח או להיכשל – והטלת אחריות עליהם היא לא הוגנת ולא יעילה. שופטים לא אמורים להחליף את שיקול דעתם של נושאי משרה לעניין נטילת סיכונים, גם אם ברבות הזמן הם התממשו, שכן מדובר בחכמה שלאחר מעשה, שכמוה כהתערבות פסולה בשוק החופשי. נושאי המשרה הם לא, ולא אמורים להיות, מבטחי-על של התאגידי שבהם הם מכהנים, מה גם שמצב דברים כזה יחולל הרתעת יתר (מעטים ירצו לכהן והם יחששו מליטול סיכונים רצויים).

מן הסתם, כלל שיקול הדעת העסקי התעצב על ברכיו של הניאו-ליברליזם האמריקאי, הדוגל בהתערבות מועטה ככל הניתן בהילוכו של השוק החופשי.

כעת, ייתכן שביקורת שיפוטית על פעולותיהם של נושאי משרה, שהיו כרוכות לכתחילה בנטילת סיכונים (שאמנם התממשו בדיעבד) – אמורה לנקוט ריסון יתר. עדיין, לא ברורה לי ההצדקה, מדוע להעניק דווקא להם הגנה מיוחדת מפניה של הסבירות. שופטי ישראל יודעים להשתמש בכלי הזה בפרשנותם את פעולותיהם של כלל בעלי המקצוע, והם יודעים היטב באילו מקרים עליהם לנקוט ריסון יתר. הטיעון לפיו הם לא אמורים להחליף את שיקול דעתם של נושאי משרה, כשלעצמו, משכנע בדיוק כמו הטיעון לפיו הם לא אמורים להחליף את שיקול

דעתם של נבחר ציבור. כלומר: לא באמת משכנע. הסבירות היא כלי בארגז הכלים שמאפשר לשופטים להכריע במחלוקות, ב"חיים עצמם", ובהיותו מושג שסתום עמום הוא אמור לאפשר להם להפעיל את שיקול דעתם העצמאי בהתייחס לכלל בעלי המקצוע.

איזה שוני רלוונטי יש בין נושאי משרה לבין בעלי מקצוע אחרים שמצדיק הגנה מיוחדת דווקא עליהם? או כפי ששאל – ואף השיב – בית המשפט העליון בעצמו: "האם מותר נושא המשרה מכל אדם אחר? איני סבור כך [...] הטענה כי בית המשפט נעדר כישורים מספיקים לצורך הפעלת ביקורת מהותית על סבירותן של החלטות עסקיות, היא מסוג הטענות שניתן להעלות בתחומי משפט רבים. דבר יום ביומו שבתי המשפט נדרשים להכריע בשאלת סבירותן של החלטות המתקבלות על ידי אנשי מקצוע בתחומי מומחיותם". מילים כדורבנות. מדוע, אם כן, אימץ בית המשפט העליון את כלל שיקול הדעת העסקי, שמשמעותו הפוכה: "מותר נושא המשרה מכל אדם אחר"? (הסייג שהוסיף, לפיו הכלל אינו בבחינת "תרופת פלא" שמקנה הגנה מוחלטת ואינו מייתר את חובת הזהירות של נושאי משרה – הוא, הלכה למעשה, סייג חסר תוחלת).

הטיעון לפיו פעולותיהם העסקיות נושאות בחובן סיכונים טבועים שעלולים להתממש אינו מספק. כאמור, שופטים יודעים להשתמש בכלי הסבירות תוך ריסון שיפוטי והם יודעים לעשות כן בהתחשב במגוון של שיקולים, לרבות טיבו של המקצוע שעל הפרק. מקצועות שונים נושאים בחובם סיכונים טבועים שונים. כל גננת נוטלת בכל רגע נתון אינספור סיכונים על מנת לנהל את גן הילדים כהלכה (כאשר כל סיכון שיתממש עלול לגבות מחיר יקר בהרבה מכל נזק שייגרם לכל תאגיד). ועדיין, לא שמענו (וגם לא נשמע) על "כלל שיקול הדעת הגנני". שופטים – שהדמיון בינם לבין נושאי משרה ממוצעים רב מהדמיון בינם לבין גננות ממוצעות – מעולם לא היססו להשתמש בסבירות על מנת לבחון פעולותיהן של גננות.

כך גם בהתייחס לטיעון מעט שונה, כי לא הסיכון הטבוע אלא הסתברות התממשותו של סיכון זה גבוהה בהרבה בפעולותיהם של נושאי משרה מאשר בפעולותיהן של גננות, נוכח אינספור משתנים שמייצרים סביבת אי ודאות גבוהה (שלאו דווקא קיימת בגן הילדים). טיעון, שלא יכול לעמוד גם כן. הן משום חשש למעגל שוטים (ככל שנושאי המשרה מוגנים יותר – כך הם יקבלו סיכונים רצויים פחות, שהסתברות התממשותם תלך ותגדל) והן משום ששופטים יכולים לשקלל גם את הסיכונים וגם את הסתברות התממשותם בהתחשב בפעולות שעליהם לבחון.

כאשר כאן עולה סוגיה נוספת. פעולותיהם של נושאי משרה הן רבות ומרובות והסיכונים הטבועים בהן הם שונים ומשונים. לא כל הפעולות ולא כל הסיכונים מתכתבים עם התכליות של כלל שיקול הדעת העסקי, כאמור: לרסן את הביקורת השיפוטית שמא שופטים יחליפו את שיקול דעתם של נושאי משרה, בבחינת חכמה שלאחר מעשה שכמוה כהתערבות פסולה בשוק החופשי. ואף על פי כן – הכלל חל בלא כל הבחנה על כלל פעולותיהם.

דוגמה אחת היא הבחנה בין פעולות של נושאי משרה שנוטלות סיכונים טבועים ביחס לתאגיד עצמו (אם הן תיכשלנה התאגיד יינזק במישרין) לבין פעולותיהם שנוטלות סיכונים ביחס לצדדים שלישיים (אם הן תיכשלנה התאגיד יינזק בעקיפין).⁶ כך למשל, החלטה של נושאי משרה לרכוש עבור התאגיד נכס שלבסוף מתגלה כהפסדי לעומת החלטה שלהם לא להשקיע במתקנים סביבתיים באופן שלבסוף גורם נזק לסביבה (ובעקיפין לתאגיד). בעוד שלגבי החלטה מהסוג הראשון ניתן לטעון כי לשופטים אין יתרון מוסדי ולכן ראוי שינקטו ריסון יתר, הרי לגבי החלטה מהסוג השני – לשופטים יש יתרון מוסדי במובהק, בהיותם מכוויני ההתנהגות בחברה המתוקנת (כפי שהם אמנם עושים בהתייחס ליתר בעלי המקצוע).

דוגמה אחרת היא החלטה אם להגיש בשמו של תאגיד תביעה נגד נושאי משרה שגרמו לו נזק – החלטה, שאותם אמורים לקבל נושאי המשרה בעצמם. בית המשפט העליון פסק כי מדובר ב"החלטה עסקית ככל החלטה עסקית אחרת" (המערכת שיקולים כלכליים שונים), ולכן, מן הראוי כי תחול על נושאי המשרה הגנת כלל שיקול הדעת העסקי (כל עוד אין מדובר בתביעה נגדם-עצמם או נגד בעל השליטה בתאגיד אלא בתביעה נגד קודמיהם בתפקיד). שיקול דעתם של שופטים, כך נפסק, אינו עדיף על זה של נושאי המשרה, שממילא מתייעצים לשם כך עם עורכי דין מנוסים.⁷

גם אם נניח בצד את ההיתממות של פסק הדין, שמתעלם כליל מ"החיים עצמם" – קרי, מניגוד העניינים המובנה שבו מצויים נושאי משרה (ועורכי דינם המנוסים) גם כאשר התביעה לא אמורה להיות מוגשת נגדם-עצמם אלא נגד קודמיהם בתפקיד (על כך ועוד ברשומה נפרדת) – גם אז, ניתן לשאול עד כמה ההחלטה אם לתבוע אמנם נמנית עם אותן פעולות עסקיות שנושאות בחובן סיכונים טבועים שלשמן פותח כלל שיקול הדעת העסקי, היינו, עד כמה התערבות בהן עולה כדי התערבות פסולה בשוק החופשי, שהיא בבחינת חכמה שלאחר מעשה?

ההחלטה אם להגיש בשמו של תאגיד תביעה היא לכל היותר החלטה עסקית-משפטית, והיא ודאי לא נמנית עם אותן החלטות עסקיות שלשמן נועד הכלל. שיקול דעתם של שופטים לגביה לא רק עדיף בעשרות מונים על זה של נושאי המשרה אלא הוא אף מתבקש. לא רק בגלל ה"משפטיות" של החלטה, שכפי שבית המשפט העליון הודה בעצמו, מחייבת את נושאי המשרה להיוועץ עם עורכי דין, אלא גם בגלל שאין בשיקול דעתם של השופטים כדי להתערב באופן פסול בשוק החופשי כלל ועיקר. החלטות מסוג זה מתקבלות לאחר שהליכים משפטיים כבר ננקטים, כשהכוונה להליכים נגזרים, במסגרתם תובע מבקש לפעול בשם התאגיד חלף נושאי המשרה כדי להחליף את שיקול דעתם. שופטים הם בעלי המקצוע שאמורים להכריע בשאלה אם ראוי לאפשר לתובע לעשות כן – שהרי לשם כך בדיוק נועד ההליך הנגזר – ושיקול דעתם לעניין זה איננו בבחינת חכמה שלאחר מעשה, שכן מדובר בהליכים שמתנהלים בזמן אמת. דברים, שהם ודאי יפים ונכונים אם אנחנו זוכרים שההליך הנגזר ממילא מחייב את התובע לצלוח משוכה מקדימה של "בקשת אישור" טרם שתינתן לו האפשרות לפעול בשם התאגיד. למרות זאת, כאמור, נושאי משרה בישראל נהנים מההגנה של הכלל גם כאשר מדובר בהחלטות כאלה.

הטיעון לעניין הרתעת יתר לא משכנע אף הוא. כלי הסבירות נועד לאפשר לשופטים לחולל הרתעה אפקטיבית ובהיעדרו עולה חשש להרתעת חסר, שכן גם פעולות בלתי סבירות של נושאי משרה, קרי, נטילת סיכונים בלתי רצויים, חוסות תחתיו. אם אנחנו לוקחים את מקצוע השיפוט ברצינות אנחנו אמורים לסמוך על שופטים שינקטו ריסון שיפוטי בעת הצורך, כפי שהם אמורים לנקוט כל אימת שהם משתמשים בסבירות, על מנת שלא להרפות ידיהם של נושאי משרה מליטול סיכונים רצויים. כך גם לגבי החשש כי שופטים עלולים להטיל על השוק עלויות עודפות – עלויות אלה מתקזזות עם העלויות העודפות שנושאי משרה לא רק עלולים להטיל על השוק אלא מטילים עליו תדירות, כאשר לשופטים ישנם הכלים לשקלל אותן, כפי שהם עושים בהתייחס לזירות החיים השונות (הכרעות שיפוטיות רבות הן בעלות השלכות, לעתים מרחיקות לכת).

ולגבי החשש כי מעטים ירצו לכהן כנושאי משרה – טיעון שמועלה תדירות בקשר עם הטלת אחריות עליהם – הרי מדובר בחשש סרק שלא באמת מחזיק מים. מדובר באחד המקצועות הנחשקים והנחשבים שבנמצא. שלושת הכ"פים – כסף, כוח וכבוד – הם נחלתם של נושאי משרה. הם מרוויחים הון לכיסם (כאשר לעתים הם כלל לא עובדים במאומץ עבור זאת),⁸ אוחזים בכוח רב להכריע לגבי הילוכם של תאגידים וסכומי עתק, באופן שעשוי להשליך על הציבור הרחב (במישרין ובעקיפין), ונהנים מכבוד מלכים לאן אשר יפנו. מסכת ההפחדה לעניין הרתעת יתר מעולם לא עמדה במבחן המציאות

ורשימות ההמתנה במקצוע רק הולכות ומתארכות. כאשר ממילא, לנושאי משרה עומדות הגנות אחרות, העולות על ההגנות שעומדות ליתר בעלי המקצוע.

למרות זאת, ערכאות השיפוט מצאו לנכון להעניק דווקא להם – העשירים, החזקים, הנכבדים – הגנה ייחודית שפוטרת אותם מסבירות. אותה סבירות, שעליה ביקש להגן בחירוף נפש בית המשפט העליון כאשר פסל את התיקון לחוק יסוד: השפיטה.

דוגמא אחת לסיום: איש העסקים אליעזר פישמן עמד במקד של לא מעט מאבקי עבר שלנו, בלובי 99. אחד מהם היה הליך שבו דרשנו מנושאי משרה בבנק איגוד לשאת באחריות על נזקי עתק שפעולותיהם גרמו לבנק. הכוונה לאשראי מופקר שהם העמידו לטובתו של פישמן – פעמיים – תוך נטילת סיכונים, שלפחות בפעם השניה היה ברור להם היטב כי היו אלה סיכונים בלתי רצויים.

כך, לקראת שנת 2006 הם העמידו לטובתו של איש העסקים אשראי בסך של 62 מיליוני \$, לא רק דרך חשבונותיו אלא גם דרך חשבונותיהם של אנשי קש נטולי אמצעים, לרבות החלטה להעמיד אשראי בסך של 55 מיליוני \$ דרך חשבונה של אזרחית זרה בשנות העשרים לחייה שהועסקה כדיילת מטוסו הפרטי וכלל לא הייתה מעורבת בנעשה – פעילות, שעד עצם היום הזה מי מבין נושאי המשרה בבנק איגוד לא סיפק לה כל הסבר.

מה עשה מר פישמן עם האשראי שהועמד לטובתו? נושאי המשרה בבנק איגוד ידעו שהכסף לא מיועד לפעילות עסקית לגיטימית אלא להימורים על שערי מט"ח, שהיא פעילות מסוכנת כשלעצמה. אף על פי כן, אשראי זה לא טופל ביחידה המיוחדת של הבנק המנהלת סיכוני אשראי של לקוחות ממונפים אלא על ידי נושאי המשרה עצמם. יתרה מזאת, חלק מהנהלים הקיימים שונו במיוחד עבורו ולפי דרישתו כדי שיתאפשר לו להמר בלא מפריע. הכול – תוך שנושאי המשרה מודעים היטב לכך ששווי נכסיו של פישמן לא מספק ביחס להיקף התחייבויותיו ולכך שהחשיפה שלו במערכת הבנקאית היא אדירה. ואם זה לא מספיק, פישמן אף סירב לשתף עם נושאי המשרה פעולה. בעוד הם, מצידם, אף הסכימו להגדיל את הסיכון ולשחרר לידו פיקדון בשווי של 10 מיליוני \$ (שנועד להבטיח את האשראי שהועמד), לאחר שהוא הבהיר להם כי עליו להעביר את הסכום לבנק אמריקאי, שכן "בנקים זקים מתנהגים בקפדנות ובקשיחות", לכן על בנק איגוד לוותר. נושאי המשרה הבינו היטב כי ההימורים של פישמן עלולים "לגרום למצב שבו ההון העצמי של הבנק יימחק" ואף הודו כי "אלמלא היה מדובר במר פישמן, לא היינו מגיעים למצב הזה", אך העדיפו שלא לעורר את חמתו ואפשרו לו להתנהל כדרכו.

בשנת 2006 פישמן הפסיד את כל סכום האשראי שהועמד לטובתו ונקלע לקשיי פירעון משמעותיים.

אלא שכאן לא תם הסיפור. כשנה לאחר מכן, בשנת 2007, נושאי המשרה בבנק איגוד – בעוד הבנק מלקק את פצעיו – העמידו לטובתו של פישמן, תוך שהודו בהכנעה כי "זו המתכונת של העבודה ואין בלתה", אשראי נוסף בסך מאות מיליוני \$ לצורך אותם הימורים על שערי מט"ח (ושוב, דרך חשבונה של דיילת מטוסו הפרטי). סכום, שגם אותו הוא הפסיד, כאשר בשלב מסוים חובו עמד על סך של כ-350 מיליוני \$ וסיכן את יציבותו של הבנק. עד כדי כך. אף על פי כן, נושאי המשרה מחלו לו פעם אחר פעם על מועדי הפירעון ואפשרו לו לקנות עוד זמן, הגם שהוסיף לסרב לשתף עמם פעולה. בסופו של דבר לא היה מנוס אלא להגיע עם איש העסקים להסדר חוב שבמסגרתו הבנק, כלומר הציבור, הפסיד סכום עתק.

פרשה זו הגיעה לבית המשפט בהליך נגזר. האם כלל שיקול הדעת העסקי הגן על נושאי המשרה של בנק איגוד? מוזמנים לנחש.

¹ חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3).

² בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת ו-7 עתירות אח' (1.1.2024).

³ הסבירות היא מושג שסתום שמשמש בכל תחומי המשפט וגם אם מופעיו הם שונים – במשפט הציבורי נמצא את עילת הסבירות ככזו המצדיקה ביקורת שיפוטית על פעולות הרשות המבצעת, במשפט הפלילי נמצא את "מעלה מספק סביר" המצדיק שלילת חירויות יסוד של בני אדם, במשפט האזרחי, בעוולת הרשלנות הנזיקית למשל, נמצא את סטנדרט "האדם הסביר" המצדיק הטלת אחריות בגין נזקים שונים, וכיוצא באלה – המשמעות של מושג שסתום זה היא דומה: במקצוע השיפוט מחויב מציאות כי שופטים יפעילו שיקול דעת כדי להכריע לגבי פעולות שעומדות לביקורת שיפוטית.

⁴ ע"א 7735/14 ורדינקוב נ' אלוביץ' ואח' (28.12.2016) (וההפניות שם).

⁵ כלל שיקול הדעת העסקי רלוונטי אך ורק לפעולות שלגביהן עולה חשש כי ננקטו מתוך רשלנות. כלומר, שנושאי המשרה פעלו שלא לפי סטנדרט "האדם הסביר" או "נושא המשרה הסביר". ייתכנו גם פעולות אחרות שגורמות נזקים, שלא מתוך רשלנות, כך למשל, פעולות של נושאי משרה מתוך אדישות או קלות דעת (רף גבוה יותר של אחריות מאשר רשלנות) – לגביהן כלל שיקול הדעת העסקי לא רלוונטי.

⁶ וראו למשל אצל: רועי שפירא "מחדל בפיקוח וחובת ההשגחה" משפט ועסקים כד(2) תשפ"ב 559 (2021).

⁷ ע"א 4857/16 אפרים מנשה נ' יוז'ין אייר בע"מ (24.4.2018).

⁸ ישנה איזו נטייה רומנטית לייחס לדירקטוריונים – בפסיקה ובספרות – הילה מקצועית רצינית שמדמה חדר ניתוח במחלקת טיפול נמרץ, אבל האמת היא שדירקטוריונים רבים מתנהלים כמו שוק (שוק הכרמל, הכוונה).

⁹ תני"ג 61821-09-19 גולובינסקי נ' אבלס ואח' (3.1.2024).