



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1637/06

בפני : כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר

העותר : דר' אליהו ערמון

נ ג ד

המשיבים : 1. שר האוצר
2. שר התשתיות הלאומיות
3. עמית אוברקוביץ'
4. עוז עזריאלי
5. רחל וינשטיין
6. ירון חנן
7. הוועדה לבדיקת מינויים לפי חוק החברות
הממשלתיות
8. דב אורן
9. חברת החשמל לישראל בע"מ
10. הסתדרות העובדים הכללית החדשה

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריכי הישיבות : כ"ט באדר התשס"ו ; (29.3.06)
ל' בסיון התשס"ח ; (3.7.08)
י"ד באלול התשס"ט ; (14.9.09)
כ"ו בכסלו התש"ע (13.12.09)

בשם העותר : עו"ד רון דרור ; עו"ד אופיר מנצ'ל
בשם משיבים 1-2, 7 : עו"ד אסנת מנדל ;
עו"ד קובי אמסלם ; עו"ד שגית שדה עטיה
בשם משיב 3 : עו"ד שרון לובצקי ;
עו"ד אלון צדוק ; עו"ד שרית הרסון-יחזקאל
בשם משיבה 5 : בעצמה
בשם משיב 8 : עו"ד אמיר פישביין
בשם משיבה 9 : עו"ד דוד זילר ; עו"ד חגי ורד ;
עו"ד מעין המר-צאלון
בשם משיבה 10 : עו"ד דורית טנא-פרצ'יק ; עו"ד איריס ורדי ;
עו"ד רות שחמון ; עו"ד אמיר בשה

פסק-דין

השופט א' א' לוי

רקע עובדתי

1. בשנת התשס"ה (2005) נדרש מינוי של שני דירקטורים מקרב העובדים למועצת המנהלים של חברת החשמל. בהתאם לסעיף 17(ג) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 ותקנות שהותקנו מכוחו – אלו תקנות החברות הממשלתיות (כללים לקביעת נציג נבחר מקרב עובדי החברה כדירקטור), התשל"ז-1977, נמסרה סמכות המינוי לשר האוצר ולשר התשתיות הלאומיות, במשותף. בפני השרים הונחה רשימה בת ששה מועמדים שנבחרו, כמצוות הדין, בידי עובדי החברה בהצבעה כללית, אישית, חשאית וישירה אשר נערכה ביום י"ב באדר ב' התשס"ה (23.3.2005), ומתוכה הם נתבקשו למנות שניים.

למקום הראשון בחרו העובדים את מר דובי אורן, עם כ-6,100 קולות. שני נבחר העותר ולזכותו כ-3,300 קולות. בפער של למעלה מאלף קולות דורג שלישי מר עמית אוברקוביץ', הוא משיב 3 בעתירה זו. אחריהם ברשימה ניצבו שלושה מועמדים נוספים, שזכו במספר קולות קטן יותר. שר התשתיות דאז, בנימין בן-אליעזר, אימץ את עמדת הבוחרים והחליט למנות לדירקטורים את שני המועמדים שדורגו ראשונים – מר אורן והעותר. שר האוצר, בנימין נתניהו, העדיף את המועמדים שנבחרו במקומות 4 ו-5. היעדר תמימות הדעים בין השרים מנע את הוצאתם של המינויים אל הפועל.

ביום ה' באב התשס"ה (10.8.05) החליף את מר נתניהו, שהתפטר מן הממשלה, השר אהוד אולמרט. כל שהצליחו השרים אולמרט ובן-אליעזר להסכים עליו הוא מינויו של מר אורן, אך הדבר לא צלח בשנית נוכח העדר ההסכמה על זהותו של המועמד השני. בהמשך התפזרה הכנסת ה-16, הממשלה הפכה לממשלת מעבר ובה כיהן מר רוני בר-און כשר התשתיות.

בתשובה לעתירה שענינה בשאלה מדוע טרם נשלם המינוי (בג"ץ 6599/05), הודיעה המדינה לבית-משפט זה ביום כ"ו בטבת התשס"ו (26.1.06), כי השרים אולמרט ובר-און החליטו למנות לדירקטורים את מר אוברקוביץ' ואת המועמדת שנבחרה חמישית, גב' רחל וינשטיין. מדוע זה נגרע עתה חלקו של מר אורן – לא נמסר. לטענת העותר, לא גריעה של אמת הייתה זו, כי אם מאמץ מכוון היטב להבהיר לעובדים כי אם יביעו התנגדות למינויו של אוברקוביץ', לא ימונה גם המועמד העדיף

עליהם – הוא אורן. טענה זו יכולת לפטור כעורבא פרח אלמלא מקץ שלושה ימים בלבד, והיה זה ביום כ"ט בטבת התשס"ו (29.1.06), התחולל לפתע שינוי בעמדת השרים, ונודע כי מנוי וגמור עמם למנות את אורן ואת אוברקוביץ'.

2. בעקבות אותה החלטה הוגשה העתירה שבפנינו, ברם, שבועות אחדים לאחר שהתקבלה התשובה המקדמית לה – ובה התייצבה המדינה בנחישות מאחורי ההחלטה למנות את משיב 3 לדירקטור, הוקמה ממשלה חדשה בראשותו של מר אולמרט. מר אברהם הירשזון מונה בה לשר האוצר, ולמשרד התשתיות שב השר בנימין בן-אליעזר. השרים הסכימו על מינויו של אורן, והמינוי אכן הושלם ביום ט"ו באב התשס"ו (9.8.06). באשר למקום השני במועצת המנהלים, שוב חל שינוי בעמדת השרים ושמר של גב' וינשטיין שב ועלה כמועמדת מוסכמת, לטענת המדינה בשל העקרון בדבר ייצוג שווה לנשים. דא עקא, מינויה של וינשטיין לא אושר בידי הוועדה לבדיקת מינויים שלפי חוק החברות הממשלתיות, מטעמים שלא בוארו באוזנינו. מקץ חודשיים התפטר השר הירשזון מן הממשלה, והשר רוני בר-און תפס את מקומו במשרד האוצר, וכך שב לעסוק בסוגיית המינוי. או-אז הודיעו השרים בר-און ובן-אליעזר על כוונתם הסופית למנות את אוברקוביץ', ולאחר שדבר המינוי נבדק ואושר בוועדה לבדיקת מינויים, הוא יצא אל הפועל ביום א' בסיון התשס"ח (4.6.08).

בכך שבו על מכונם העתירה ועיקרי הנטען בה, היינו, כי כישוריו והתאמתו של העותר לתפקיד עדיפים על אלה של מר אוברקוביץ', ואין זאת אלא שנימוקים שאינם ענייניים הם שהכריעו את גורל המינוי. עם הוצאתו של צו על-תנאי בעתירה הפצרנו, ושבנו והפצרנו, בבאי-כוחה של המדינה לבאר את הטעמים הפרטניים שעמדו ביסוד העדפתו של משיב 3. כזאת, למרבה הצער, הם לא עשו. יתרה מכך, במהלך בירורה של העתירה נחשפה בפנינו התנהלות לקויה וקלוקלת של גורמי המדינה, וכוונתי בכך לא רק לאופן שבו נתקבלה ההחלטה בענין המינויים, כי אם גם להסברים שסופקו לה.

גדר המחלוקת

3. שורת הטענות שפרשו הצדדים בעתירה ובתשובות לה הקיפה סוגיות כמינויים של ערב בחירות ומינויים פוליטיים, עילות סף מכל סוג ומין שהוא, והשפעתם של קשרים משפחתיים כאלה ואחרים על החלטות השרים. לכל אלה לא ראיתי צורך להידרש. השאלה היא אחת, ונהירה היא כל צורכה – כלום מצוי יסוד לחשש כי ההחלטה בדבר מינויו של משיב 3 נשענה על שיקולים שאינם ממין הענין? תשובה חיובית לשאלה זו מייתרת את הרחבתה של היריעה לבחינתו, לגופו, של המינוי שנעשה. די בה להביא לאיונו, ובהיעדר נסיבות מיוחדות – על אתר (ראו והשוו בג"ץ

7767/07 אסרף ואח' נ' שר הפנים, בפסקה 17 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (טרם פורסם, 27.3.08)).

שיקולים זרים

4. פעולה של רשות שלטונית, שיסודה בשיקולים זרים, היינו, שיקולים שאין הגורם המחליט ראוי שיביא בחשבון קודם להחלטתו, פוגעת קשות בעשייה המנהלית. בעשותה, מנצל בעל הסמכות לרעה כלי רב חשיבות המוקנה בידיו – הוא שיקול הדעת המנהלי, אשר נועד לאפשר התמודדות שלטונית עם סוגיות שההכרעה בהן מורכבת, כמו גם את קידומה של תפישת עולם ניהולית שתכליתה אחת – הגשמתו של האינטרס הציבורי. אמת, שיקול הדעת המנהלי הוא מעיקרי הרבותה שבהצבתו של פלוני, ולא של אלמוני, לכהונה בתפקיד ביצועי. כלי זה שבידיו של ממלא תפקיד ציבורי הוא מן האמצעים לביטוי משקלו הסגולי של בעל השררה, אם תרצו – ה"אני מאמין" שלו, במגוון היבטים. אך אין להפוך את היוצרות – סמכות השקילה היא פרי מילוי חובתו של המכהן בתפקיד ציבורי. אין ייעודה להבטיח את כהונתו באותו תפקיד. "השררה" – הביא המשנה לנשיא מ' אלון מדבריו הקולעים של השופט ח' כהן, 'כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום'" (בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 33 (1990)).

אולם, כשסדר הדברים הנכון משתבש, היינו, שעה שסמכות שבשיקול דעת מאבדת מתכליתה הציבורית ושוב אין היא משמשת אלא בענינו האישי של השוקל, מתחוללת השחתה של המידות ועמה פגיעה קשה באינטרס הציבורי. שקילתם של שיקולים זרים עומדת בניגוד לכל אשר מנהל תקין מדבר בו – אחריותיות (accountability), ביסוס והנמקה, שימוש מושכל במשאבים הציבוריים והפקדתו של כוח המשרה בידי הראויים לכך בלבד. פגיעתה רעה עד למאד עקב הכרסום המתמיד שהיא נושאת עמה באמון הציבורי במערכות השלטון, כשמעט האמון שעוד נותר מנוצל, בתורו, להשגת יעדיה הנפסדים. ומשעה שנמצא לה קיום, הולכת רעה חולה זו ופושה במערכת הציבורית כולה, משל אסר הגוף מלחמה על עצמו, ותרופה אין.

עד כמה עמוקה היא האחיזה שקנתה לה תופעה זו במחוזותינו תלמד התהייה, ולא לעתים נדירות היא נשמעת – מה יום מיומיים? הלא דרכו של עולם היא, וכך הוא מאז ומתמיד. אין לך, יטען הטוען, נשיאה בתפקיד ציבורי בלעדיה, והסובר אחרת הריהו משים עצמו תמים או עיוור או שניהם כאחד. בלשונו של פרופ' יצחק זמיר:

"המינויים [הפסולים] לא היו יכולים להתפשט במהירות ובקלות, כפי שהתפשטו, אלא באווירה של מתירנות. הציבור הרחב נראה כמשלים עמם. מעילה כספית של שר או עובד-ציבור אחר מעוררת מהומה-רבתי אך מעילה בתפקיד בדרך של מינוי [פסול] עוברת בדרך-כלל בשתיקה. ספק אם הציבור הרחב מודע להיקף התופעה, ומכל-מקום נראה שאין הוא מודע לחומרת התופעה. ייתכן שהוא סבור שאין בה נזק רב, אולי הוא מאמין שיש בה מידה של היגיון או צידוק, ועל-כל-פנים הוא מתנהג כאילו זו תופעת-טבע שאין מה לעשות כדי למנוע אותה. למעשה, אדישות הציבור מעוררת מינויים נוספים אשר, כמו במעגל שוטה, עושים את התופעה מקובלת עוד יותר. אפילו פוליטיקאים שהיו מעדיפים להימנע ממינויים כאלה מוצאים עצמם נלחצים ונאלצים, בהתמודדות עם פוליטיקאים אחרים, להשתלב בשיטה" (יצחק זמיר "מינויים פוליטיים" משפטים כ 19, 22 (1990)).

אטעים: דבר בסמכות השלטונית לא הקנה לאוחז בה רישיון להשחתת המידות. מקום בו קם חשש לקיומו של שיקול זר בפעולת השלטון, נדרשים מנגנוני המשפט להשיב דברים על מכונם ולהבהיר, כי הפקדתו של אדם על משרה ציבורית או מעין-ציבורית שלא מן הטעם כי הוא המתאים ביותר למלא את ייעודה, לא תוכל לעמוד.

5. שיקולים פסולים הם, דרך כלל, גם סמויים מן העין. יסודם בחדרי-חדרים, בהסכמות שבשתיקה, במחשבות שבלב ובקריצת-עין. מעטים הם המקרים בהם יוכח קיומם בראיה פוזיטיבית. קשה הוא, לעתים עד מאד, להעמידם לביקורת מן החוץ. קל להסוותם תחת מעטה של שיקולים ראויים אותם שָׁקַל, כך לגרסתו, בעל השררה בקפידה יתרה. ומקום שעומדת לרשויות המנהל אותה חזקה יסודית בדבר כשרותה של העשייה המנהלית, נעשית מלאכת החשיפה קשה שבעתיים. פרופ' זמיר עסק בכך בהקשר דומה:

"הצורך להתגבר על חזקת החוקיות יוצר נטל כבד. הוא כבד במיוחד כאשר הביקורת השיפוטית על ההחלטה המנהלית אינה חיצונית, כלומר: אינה בודקת עובדות, אלא פנימית, דהיינו: בודקת מחשבות. הפגם נעוץ אפוא במחשבה, ולא במעשה. אולם כיוון שאין אדם משים עצמו רשע, אין שר שיוודה במחשבה כזאת, שברור כי היא פסולה ופוסלת. הטענה של הממנה היא, כי המינוי נעשה על יסוד הכישורים הענייניים של הממונה. כיצד, אם כך, ירד העותר אל נבכי המחשבה של השר?" (יצחק זמיר "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית" משפטים כא 145, 149 (1991)).

אמת, השקילה הזרה כל כולה מחשבת תעתוע. מכוונת היא להתל במי שבפיו לא שגורה לשון זולתי שפת השלטון התקין. מבקשת היא, כראשון יעדיה, לסמא את עיני המוסיפים להאמין כי הכוח שנמסר לנבחרי הציבור – מופעל בידיהם לרווחת הכלל. ברם, מכשול זה הטבוע בעמידה על קיומם של שיקולים פסולים, אל לו לרפות את ידיהם של החרדים לתקינות העשייה המנהלית. במענה שנמצא לו – ותמציתו בכורח "להעביר את מרכז-הכובד של הביקורת השיפוטית מן המחשבה אל נתונים חיצוניים כאילו היו ראיות נסיבתיות למחשבה" (שם, שם), דיברה השופטת א' פרוקצ'יה:

"הקושי המובנה בהוכחת שיקול סובייקטיבי פסול הביא להקלה מובנת בנטל הראייתי הנדרש לביסוס קיומו. די ביצירת ספק ממשי בנוגע לכשרות שיקולי הרשות הציבורית המוסמכת, כדי שנטל ההוכחה יעבור לפתחה להוכיח כי שיקוליה היו ענייניים. בנסיבות כגון אלה על הרשות לשכנע כי שיקולים אובייקטיביים וענייניים כבדי משקל הובילו להחלטתה... ולבסוף, כדי להתמודד עם הקושי הנלווה לבחינת שיקול הדעת הסובייקטיבי של הרשות המינהלית מסתמנת בפסיקה נכונות להיעזר בחזקות עובדתיות שונות המבוססות על ניסיון חיים, אשר לעתים פועלות אף כדי להעביר את נטל הבאת הראיות אל שכם הרשות השלטונית, הצריכה לתת הסבר לפעולתה" (בג"ץ 6840/01 פלצמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד ס(3) 121, 138 (2005). ראו גם את דברי השופט א' ברק בבג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, 246 (1990)).

והוסיף השופט ברק: "החלטה ללא בחינת החלופות, ללא בדיקה ומחקר, ללא נתונים אובייקטיביים המעידים על כשרות עשויה לאשש הקשר נסיבתי שיש בו, במקרים מתאימים, כדי להצביע על שיקול פסול, ויש בה על כן להעביר את נטל הבאת הראיות על שכם הרשות השלטונית" (בג"ץ 1745/91 אי.סי.אס. מערכות כבלים נ' המועצה לשידורי כבלים, בפסקה הששית לפסק-הדין (לא פורסם, 14.5.91)).

במקרה שבפנינו

6. בעמידה על נתונים אובייקטיביים ובהעברתו, בעקבות כך, של נטל השכנוע, מצוי להשקפתי מפתח ראשון להכרעה בפרשה זו שבפנינו. בלי למעט מן ההערכה לאיש מן המועמדים, ובלא שישתמע דבר באשר לכשירותו של משיב 3 לשמש דירקטור – והלא, כפי שצינתי, מסגרת הדיון אינה בכישוריהם של המועמדים כי אם בשיקולי השרים – ניכר בעותר כי נתוניו לתפקיד עדיפים.

ראש וראשונה עומדת לעותר השכלתו המקצועית – מהנדס מכונות בעל תארים ראשון, שני ושלישי של הטכניון בחיפה (למשיב תארים ראשון ושני במנהל עסקים משלוחת אוניברסיטת דרבי בישראל). להכשרה המקצועית משמעות גם בהתייחס להרכבם של תחומי העיסוק המיוצגים כיום בדירקטוריון של חברת החשמל, כאשר חלק ניכר מחברי הדירקטוריון הם בעלי הכשרה כלכלית או ניהולית, אך אף לא אחד מהם הוא מהנדס – הכשרה שעל משמעותה בפעילותה של חברת החשמל אין צורך להכביר מלים. שיקול מן הסוג האמור נבחן בעבר בבית-משפט זה ונמצא רלוונטי (בג"ץ 1430/93 כהן נ' שר האוצר, בפסק-דינו של השופט צ' א' טל, ובפסקה החמישית לפסק-דינו של השופט ת' אור (לא פורסם, 5.1.94)).

עוד נודעת משמעות, כאשר מדובר בחברי הנהלה מקרב העובדים, לעמדתו של הציבור שבחר את המועמדים. צודקים המשיבים בהטעמים, כי חברי הדירקטוריון אסור שיהיו מחויבים למגזר זה או אחר, באשר הם אמורים לייצג את טובתה של החברה. כמו כן הצדק עם הטוענים כי השרים המופקדים על מינוי אותם דירקטורים, אינם חייבים על-פי דין לשקף בבחירתם את הדירוג המדויק פרי הבחירות שנערכו. בכך כבר עסק בית-משפט זה בפרשת כהן הנ"ל:

"מתוך ששת הנבחרים על השרים לבחור כחברים בדירקטוריון את אותם שניים אשר ישרתו, לפי שיקול דעת השרים הממנים, כחברי דירקטוריון בדרך הטובה ביותר את אינטרס החברה. הבחירות כאמור לא באו אלא לקבוע את המועמדים שמתוכם על השרים למנות את הדירקטורים. אך בבואם להחליט על המינוי, אינטרס החברה הוא שצריך לעמוד לנגד עיניהם ותו לא. עובדי החברה, כך יש להניח, יתנו ביטוי לנקודת ההשקפה של עובדי החברה בדירקטוריון. אך מינויים לא בא על מנת שבפעולותיהם כדירקטורים ייצגו את האינטרסים של עובדי החברה. כמו כל דירקטור, כך גם דירקטורים המתמנים מקרב עובדי החברה צריכים לפעול מתוך נאמנות לטובת החברה בלבד. השרים הממנים רשאים למנות מועמד מבין עובדי החברה גם אם מועמד אחר זכה לתמיכה חזקה יותר בקרב העובדים, אם לפי שיקול דעתם, שהופעל כהלכה, המועמד הממונה ישרת טוב יותר את טובת החברה" (שם, בפסקה הרביעית לפסק-דינו של השופט אור).

אולם, מכך אין משתמע כי לעמדת העובדים אין מקום לייחס משקל כלשהו. לכך התייחסתי בפרשה קודמת, בה נקבע כי "התקנות אינן מחייבות את השרים להביא למינויים של שני העובדים שזכו במספר הגדול ביותר של הקולות בבחירות שנערכו. אדרבא, הבחירות נועדו רק להקים מעין מאגר שמתוכו רשאים השרים לבחור את

המועמד הראוי לדעתם לשמש כדירקטור מטעם העובדים. [אולם], תוצאות הבחירות שנערכו הן אחד השיקולים הרלוונטיים שעל השרים לשקול כאשר הם מפעילים את סמכותם" (בג"ץ 6021/07 פרץ נ' שר האוצר, בפסקה הרביעית (טרם פורסם, 8.7.08)). עובדה ברורה היא, כי רוב העובדים סבר שהעותר מתאים לתפקיד יותר מן המשיב 3, ואף אם אין בכך כדי להכריע את גורל המינוי, היה על הממנים להביא את הדבר בחשבון שיקוליהם (ובלבד, כמובן, שיסודה של אותה בחירה של העובדים בטעמים ענייניים בלבד).

לבסוף, אף שהבדל ניכר לא נמצא בוותק של כל אחד מן השניים, העותר ומשיב 3, בשירות בחברת החשמל – אם כי לא כך מציגה זאת המדינה: בתשובתה משנת 2006 (בסעיף 74) נכתב כי "למר אוברקוביץ' ניסיון בעבודה בחברה במשך כ-20 שנה (בעוד שהעותר מועסק בחברה מאז שנת 1990)" (כך!) – דומני כי יש ממש בטענת העותר כי יותר מן המשיב הוא היה מעורב במיזמים תפעוליים מרכזיים של החברה, טענה שאף אותה התקשו המשיבים לסתור.

אמת, לסופו של הליך לא עלה בידי המשיבים להימנע מאותה הטלת דופי, שבשבח ההימנעות ממנה הפליגו בתשובתם, והציגו דו"חות מטעם המחלקה לביקורת הנדסית בחברת החשמל, ובהם תיאור של ליקויים בדרך התנהלותו של העותר בקשר למיזמים שונים של החברה. אך לא זו בלבד שלכך אין שייכות להכרעה בעתירה שבפנינו, כאמור מן הטעם שיוצאת היא מנקודת הנחה כי כל אחד משני המועמדים הוא ראוי, אלא שיש לדעת כי מדובר בדו"חות מאוחרים למינויו של משיב 3, וברי כי האמור בהם לא שימש, כלל לא יכל לשמש, בהחלטת השרים.

7. הפער בין נתוניהם של המועמדים לא היה העובדה היחידה שגררה זקיפת גבות באשר למינוי הנדון. מתברר, כי לאיש מן המועמדים לא נערך, עובר להחלטת השרים, שימוע – לא בפני השרים ואף לא בידי מי מעוזריהם. על החובה לקיים שימוע נכתבו מלים הרבה, ובפסיקה הוטעם מה שראוי שיהא נהיר לכל – כי אין זו דרישה טכנית-פורמאלית אלא אמצעי מרכזי בקבלתה של החלטה שלטונית, שבלעדיו כמעט בהכרח תימצא אותה החלטה חסרה (בג"ץ 5621/96 הרמן נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 791, 818 (השופט מ' חשין) (1997); בג"ץ 3718/04 עיריית חולון נ' משרד הפנים, בפסקה 15 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (טרם פורסם, 19.6.07)). דבר זה לא נעשה.

8. שלישית, לכל ידוע כי חברת החשמל היא גורם רב השפעה במשק הישראלי, ואחד מן הגופים המעין-ציבוריים הגדולים ביותר, בהעסיקה למעלה מ-12,000 איש

(סעיף 28 לתצהיר תשובתה של המדינה). אולי יותר מאשר ביחס לחברות ממשלתיות אחרות, לעולם קיים חשש, אשר יש להקדים ולהפריכו, כי יש מי שיבקש להשתמש בעוצמתה של חברה זו להשגתם של יעדים, שבינם לבין משק החשמל אין דבר וחצי דבר.

9. נוכח כל אלה, אך מתבקש היה כי את הכרעתם יתמכו השרים בטעמים כבדי משקל, שיש בהם כדי להסביר מדוע הועדף משיב 3. כמו מאליו היית מצפה כי ראש וראשון בתשובתה יימצא לה, למדינה, אותו הסבר. ואם לא בכתב התשובה המקדמית, הרי באלה שהגישו נציגיה אחריו, ובפרט בעקבות הדיון מיום כ"ה באלול התשס"ט (14.09.09), בו שבנו ודיברנו על לבה של באת-כוח המדינה ואפשרנו את הגשתה של הודעה מעדכנת נוספת. לו ניתן הסבר שכזה, משענת להכרעה אפשר שהיתה נמצאת בהלכה הפסוקה ולפיה לשרים מרחב של שיקול-דעת, ואין הביקורת השיפוטית מעמידה עצמה בנעליהם (בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 42 (1983); בג"ץ 5853/07 אמונה - תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, בפסקה 33 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, 6.12.07)).

אולם המדינה לא הציגה בפנינו ולו נימוק אחד שיש בו כדי להסביר את ההעדפה אשר בבסיס המינוי שנעשה. כל שנמצא לו ביטוי בתשובתה הוא, כי משעה שהתקיימו בו, באוברקוביץ', התכונות הנדרשות לכהונת דירקטור, היינו ותק בחברה, ניסיון רלוונטי, השכלה ותחומי עיסוק רחבים דים, שוב לא הייתה ההחלטה למנותו – שאף נתקבלה בעצה אחת עם יושב-ראש ההסתדרות הכללית ואושרה בוועדה לבדיקת מינויים, בלתי סבירה באורח קיצוני המצדיק את התערבותו של בית-המשפט. וכלשון באת-כוח המדינה בדיון שהתקיים בפנינו: "לא יעלה על הדעת שצריך לעבור מועמד מועמד ולהסביר למה הוא מתאים ולמה לא" (פרוטוקול מיום 14.9.09, בעמ' 1, ש' 7). ובהמשך: "השרים לא נימקו נימוק כבד משקל שמעדיף אותו על פני מועמדים אחרים ומטיל דופי במועמדים אחרים. מבחינת עמדת המדינה זה לא משהו שהיה נדרש לעשות" (שם, בעמ' 2, ש' 26).

קביעה זו, בכל הכבוד, אין להלום. יעלה-גם-יעלה על הדעת כי רשות שלטונית תדע לבאר את הנימוקים מכוחם נתקבלה החלטתה, כשהיא נדרשת לכך במענה לעתירה שהוגשה לבית-המשפט. המונח "פעולה סבירה" אינו מילת קסם, שדי בה כדי לסתום את הגולל על כל טענה באשר לאופן פעולתה של הרשות. כך גם, קונקרטי, באשר ל"דברים שנלקחו" – לשון המדינה בתשובתה המקדמית (בסעיף 42), בין השרים לבין יושב-ראש ההסתדרות, מה גם שבפנינו מונחת עמדתה הכתובה של ההסתדרות ולפיה

הייתה זו עמדתה העקבית כי על השרים לכבד את תוצאות הצבעתם של עובדי החברה ולדבוק בדירוג שדירגו הללו את המועמדים (ראו בסעיף 11 לכתב תשובתה). גם באישורה של הוועדה לבחינת מינויים אין כדי להחליף את המענה הנדרש מאת המדינה, באשר כידוע ועדה זו עוסקת בבחינת היבטים הקשורים במועמד המוצע, ולא בעצם החלטתם של השרים למנותו. הדרישה להנמקה בשלב הביקורת השיפוטית אף אין ענינה, כטענת המדינה, בחובה לבאר למועמד שלא מונה לתפקיד מדוע הוחלט שלא למנותו – חובה ממנה פטורה המדינה על-פי סעיף 3(3) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958. אותו ביאור נדרש לצורך בחינת פעולתה של הרשות על-פי כלליו של המשפט המנהלי, וחזקה על באי-כוחה המלומדים של המדינה כי לא ביקשו לשלול אותו מבית-המשפט.

10. את אשר החסירה המדינה, ביקש משיב 3 להשלים בהודעתו מיום כ"ה בחשוון התשס"ט (12.11.09). להודעה זו צורף מכתבו של חבר הכנסת רוני בר-און, שנשלח לבאי-כוחו של המשיב לפי בקשתם, ובו הסביר ח"כ בר-און את שיקוליו, עת כיהן כשר האוצר, להעדפתו של משיב 3 על-פני העותר. המכתב מפליג בשבחו של מר אוברקוביץ' בהידרשו ל"ערך המוסף", כלשונו, שמביא עמו המועמד:

"למר אוברקוביץ' חשיפה וניסיון רבים יותר במגוון העיסוקים של החברה, באגפים שונים, ובין היתר אף בניהול עובדים. כך גם למר אוברקוביץ' ניסיון רחב בתחומי הלוגיסטיקה, הכספים והכלכלה. תפקידיו בחברת החשמל הינם תפקידים ביצועיים ולמר אוברקוביץ', יותר מאשר לעותר, תמונה כוללת של החברה, הן מבחינת ניהול, הן מבחינת העובדים וצרכיהם, הן מבחינת לוגיסטיקה והן מבחינת כספים וכלכלה. הערך המוסף של דירקטור מקרב העובדים בדירקטוריון מגולם בניסיונו ובתפקידיו השונים של מר אוברקוביץ' יותר מאלה של העותר. לענין זה חשיבות נוספת נוכח העובדה כי על סדר יומה של החברה עומד ענין ההפרטה וזו מורכבת, קשה וטעונה הסדר בענין העובדים אף יותר מבחברות אחרות" (מכתב מיום 9.11.09, נספח 1 להודעת משיב 3).

עם זאת, הוסיף חבר הכנסת בר-און וציין, כי החלטתו נתקבלה על סמך נתונים שנאספו מקורות החיים של המועמדים ומגורמים נוספים, היינו, בלא שנערך למועמדים שימוע ובלא שהשר עמד מקרוב ובאורח בלתי אמצעי על התאמתם לתפקיד.

11. למקרא מכתבו של השר לשעבר, מצאתי את עצמי תוהה כיצד זה לא הביאו אנשי הפרקליטות, נציגיה המובהקים של המדינה, את אותו הסבר בפני בית-המשפט

במשך השנים בהן מתבררת עתירה זו. ועוד תהיתי, מה באשר לעמדתו של השר השני, מר בן-אליעזר, שנותרה עלומה. שבנו וביקשנו, אפוא, את תגובתה של המדינה, אך כל שזכינו לו הייתה תשובה לקונית, בלשון המעטה, לאמור, שאין באת-כוחה מתנגדת לצרופ מכתבו של חבר הכנסת בר-און לתיק. עם התנהלות זו התקשינו להשלים, ולדיון הבא הוזמנה מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, עורכת-הדין אסנת מנדל. למרבה הצער, אף התמונה שנחשפה באותו דיון לא הניחה את דעתי כלל ועיקר.

עו"ד מנדל ציינה בפנינו (פרוטוקול מיום 13.12.09, עמ' 2), כי ההתייחסות הדלה שהעבירו עוזרי השרים לבאי-כוח המדינה בתשובה לעתירה טרדה את מנוחתם של האחרונים, ובעקבות כך התקיים דיון בראשותו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ובו הוחלט כי אף על פי כן תוסיף הפרקליטות ותשא במלאכת ייצוגם של השרים בעתירה זו. מאחר שדבר נוסף לא נעשה כדי להביא בפני בית-המשפט תשובה מפורטת מזו שהוגשה, המסקנה המתבקשת היא כי העמדה שהוצגה, היינו, כי אין מקום להתערב במינויים אך בשל סבירותם, משקפת לאשורה את תשובתה של המדינה לעתירה.

הוסיפה באת-כוח המדינה והסבירה, כי בפועל, כל אחד מן השרים בחר מועמד אחד, ויצא ידי חובתו בהסכמה למועמד שבחר חברו. "כל אחד מהשרים" – לשון התשובה – "ראה עצמו אחראי לדירקטור מסוים" (שם, בעמ' 3, שורה 2). לא ייפלא, אפוא, כי איש מן השרים לא יכול היה להציג נימוקים מפורטים למינויו של המועמד שבחר חברו, כפי שמוסיפה המדינה ומסבירה:

"באופן פרקטי הבחירה נעשית [כך] ששני השרים ממנים את הדירקטורים, מטבע הדברים ההנמקות בזכות מועמד זה או אחר [...] החיים מלמדים ששר אחד מסכים למועמד אחד ותומך במועמד השני, וההיפך. השר בן אליעזר סבר שאין עליו להוסיף הנמקה נוספת [למינויו של משיב 3] מעבר למה שנימק ח"כ בר-און... לא היה לו מעבר לזה הנמקה נוספת, עצמאית" (שם, בשורות 21-16).

אם לתומי סברתי כי קביעתה של סמכות המינוי כסמכות משותפת בדין, משמעה כי כל אחד מן השרים ימצא את כל אחד משני המועמדים, שלמינויים נתן הוא את ידו, ראוי מן האחרים לתפקיד דירקטור, הנה מתברר כי לא היה זה אלא "הסכם" אשר הכריע את גורל המינויים – בבחינת "תמוך במועמדי, יהא אשר יהא, ואתמוך במועמד שמטעמך". לא לכך נועדה סמכות משותפת, שתכליתה חיזוקו של בסיס ההתאמה עליו נשענים המינויים ולא שמיטתו מתחת לרגליהם.

12. בכל המתואר עד כה די, להשקפתי, כדי להטיל צל כבד על האופן בו הופעל שיקול הדעת המנהלי בסוגיית המינויים של נציגי העובדים לדירקטוריון חברת החשמל. אך יטען הטוען, מה לנו אירועי העבר, שעה שבפני בית-המשפט מונחים עתה נימוקיו של השר לשעבר בר-און, ובכוחם לתמוך במינויו של משיב 3 לתפקידו? על כך אשיב, כי במשקל החסר שיש לייחס למכתבו של ח"כ בר-און דיברה לא אחרת מאשר באת-כוח המדינה בדיון בפנינו. לא זו בלבד שאותו מכתב, שלא כמו תשובת המדינה לצו על-תנאי, לא נמסר בתצהיר, אלא שהוא הוגש בשלב מאוחר של הדיון בעתירה, כשכבר נתחוויר כי המינוי אינו נקי מספקות, וכפי שצינתי לעיל, אין הוא משקף את עמדתה של המדינה, שעל ייצוגה בפני בית-משפט זה אמונים נציגי הפרקליטות ואיש זולתם. "המשקל שצריך להינתן ל[מכתבו של ח"כ בר-און]", השיבה בהגינותה מנהלת מחלקת הבג"צים, "הוא בשלב הדיוני [המאוחר] שבו הוא ניתן, ובכך שניתן על-ידי המשיב 3 [ולא מפי באי-כוח המדינה]" (שס, בעמ' 2, שורות 27-29). גם אם מוכן אני להסכים לדבריה של הפרקליטה המלומדת, כי חרף האמור אין המכתב נטול משקל לחלוטין, הרי שסבורני כי בנסיבות שתוארו אין זה משקל גבוה, וודאי שלא מכריע. אין בכוחו לאפשר את הרמת הנטל המוטל על שכמה של המדינה, להראות כי בחירתו של משיב 3 למועצת המנהלים של חברת החשמל התבססה אך על שיקולים שממן הענין. נותרנו, אפוא, עם חשש ממשי לתקינותו של ההליך המנהלי, שלא עלה בידיהם של גורמי המנהל לפוגג.

13. לו נשמעה דעתי היינו עושים, אפוא, צו מוחלט ומורים על בטלותו המיידית של המינוי.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

1. קראתי את חוות דעתו המנומקת של חברי, השופט א' לוי ולצערי לא אוכל להצטרף לעמדת חברי. לו נשמעה דעתי, היינו דוחים את העתירה וקובעים כי לא נפל פגם במינויו של המשיב 3, עמית אוברקוביץ' כדירקטור מקרב העובדים במועצת המנהלים של חברת חשמל.

2. הרקע העובדתי לעתירה הוצג בהרחבה על ידי חברי, השופט לוי ולפיכך אפרט רק את הנימוקים שהובילו אותי למסקנה ולתוצאה שונות מאלה של חברי. בטרם אתחיל בדיון, אבקש, בפתח הדברים להעיר שתי הערות.

3. הערתי הראשונה עניינה כישוריו וניסיונו המקצועי של העותר. נדמה כי לא יכולה להיות מחלוקת בדבר כישוריו של העותר, ד"ר אליהו ערמון. העותר הינו מהנדס, בעל תואר ראשון, שני ושלישי בהנדסת מכונות מטעם "הטכניון". ניסיונו המקצועי מלמד כי העותר עובד משנת 1990 בחברת החשמל ובמהלך השנים הוא צבר ניסיון רב בניהול פרויקטים שונים ובניהול משא ומתן עבור חברת החשמל.

4. הערתי השנייה מכוונת כלפי התנהלותה של המדינה. כפי שציין חברי, השופט לוי לאחר הוצאתו של צו על-תנאי בעתירה חזרנו והפצרנו במדינה לבאר את הטעמים והנימוקים שהובילו את השרים להעדיף את מינויו של המשיב 3 לתפקיד על פני העותר, וזאת, למרבה הצער, לא נעשה. די להזכיר כי בהחלטתנו מיום 14.9.2009 סברנו כי ראוי לקבל את עמדת השרים הממונים בעניין נשוא העתירה. המדינה, השיבה בהודעתה מיום 25.10.2009 כי אין לה מה להוסיף מעבר למה שנטען על ידה בכתבי בית הדין שהוגשו. לאור עמדתה זו של המדינה, פנה המשיב 3 לבאת כוח המדינה ועל פי הנטען מתגובת המדינה לפנייתו, נלמד כי לא נעשתה פניה לשר האוצר לשעבר, חבר הכנסת רוני בר-און, אשר קיבל את ההחלטה למנות את המשיב 3. כמו כן, לא התקבלה תשובה ברורה לשאלה האם נעשתה פניה לשר בנימין בן-אליעזר. בנסיבות אלה, ולאחר שהתקבל אישור מטעם באת כוח המדינה, פנתה באת כוחו של המשיב 3 לחבר הכנסת בר-און באופן עצמאי וזה האחרון שלח ביום 9.11.2009 מכתב לבאת כוח המשיב 3, בו פירט את הנימוקים והטעמים אשר הנחו אותו בעת שבחר במשיב 3 לתפקיד. אל מכתבו של חבר הכנסת בר-און אשוב בהמשך. בשלב זה יש לציין כי לאור מכתבו של חבר הכנסת בר-און ביקשנו ביום 15.11.2009 את תגובת המדינה אשר השיבה בצורה לאקונית: "למדינה אין כל התנגדות לצירוף מכתבו של ח"כ רוני בר און לכלל החומר שהצטבר בתיק". נוכח התנהלותה זו של המדינה קבענו בהחלטתנו מיום 29.11.2009 כי יתקיים דיון משלים בעתירה והורנו כי לדיון שייקבע תתייצב מנהלת מחלקת הבג"צים, עורכת הדין אסנת מנדל.

5. על דבריה של עורכת הדין אסנת מנדל, בדיון שהתקיים ביום 13.12.2009 עמד בהרחבה חברי, השופט לוי. בתמצית, עורכת הדין אסנת מנדל ציינה כי בטיפול בתיק נפלו מספר טעויות אשר נובעות, בין היתר, מכך שהטיפול בתיק לא נעשה על ידי

מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. עורכת הדין מנדל הסכימה כי נפלה טעות כאשר לא נעשתה פניה לחבר הכנסת בר-און לאחר שהוצא צו על-תנאי. יחד עם זאת, ציינה עורכת הדין מנדל כי יש ליתן משקל למכתב ששלח חבר הכנסת בר-און למשיב 3 המבטא את עמדתו. בהתייחס לעמדתו של השר בן-אליעזר, הרי שבעניין זה ציינה עורכת הדין מנדל כי היתה פנייה לשר בן-אליעזר, אשר הודיע כי אין לו מה להוסיף על מה שמסר חבר הכנסת בר-און.

6. איני סבור כי ניתן להשלים עם דרך התנהלותה המתוארת לעיל של המדינה עובר לדיון המשלים. לא ניתן היה להסתפק בתגובה הלקונית והסתמית של המדינה בהמשך להחלטתנו מיום 15.11.2009, לפיה אין לה התנגדות לצירוף מכתבו של ח"כ בר-און לחומר המונח לפנינו. משביקש בית משפט זה לקבל הבהרות של השרים הממונים בהתייחס לסוגיות שהטרידו אותנו, היה על באת כוח המדינה לפנות אליהם, להביא לידיעתם את החלטתנו, כתבה כלשונה, ולבקש התייחסותם ותגובתם.

7. יחד עם זאת, ועל אף התנהלותה זו של המדינה, לאחר הדיון המשלים שקיימנו בעתירה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות.

בסופו של יום, מונחים לפנינו מכתבו של חבר הכנסת בר-און ואישורה של מנהלת מחלקת הבג"צים, עורכת הדין אסנת מנדל, לפיה "השר בן אליעזר הודיע שאין לו מה להוסיף" מעבר למה שנמסר על ידי חבר הכנסת בר-און. לדעתי די בנימוקים שפורטו במכתבו של חבר הכנסת בר-און כדי ללמד כי הבחירה במשיב 3 לא היתה משיקולים זרים. אפרט.

8. על הפסול בבחירה המושתתת על שיקולים זרים עמד בהרחבה חברי השופט לוי, ואין צורך לחזור על הדברים. אכן, כאשר רשות שלטונית ממנה עובד בשירות הציבור על פי שיקולים זרים ומתוך אינטרסים פוליטיים, מינוי זה הוא פסול "ויש בו משום מעילה באמון של הציבור שהסמיך את הרשות הממנה" [ראו: בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 35 (1990)]. ואולם בענייננו איני סבור כי ההחלטה למנות את המשיב 3 נבעה משיקולים זרים ולדעתי לא נפל פגם בהליך קבלת ההחלטות וכן בשיקולים שהנחו את השרים.

9. כידוע, הלכה היא כי ביסוד המינהל הציבורי עומד שיקול הדעת המינהלי לפיו לרשות חופש בחירה ובית המשפט לא ישים שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות ולא יקבע מה הוא היה עושה במקום הרשות, שעה שבחירתה של הרשות הינה

סבירה [ראו: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 440-441 (1980); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441, 505 (1988); בג"ץ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, משרד הפנים, פ"ד מה (3) 678, 688 (1991)]. לדעתי, אין זה תפקידו של בית משפט זה לקבוע האם מועמד זה או אחר ראוי יותר לתפקיד. מטעם זה, לא מצאתי כי יש מקום לבדוק אם אכן עדיפים נתוניו של העותר על פני אלו של המשיב 3 כפי שסבר חברי השופט לוי.

לטעמי, תפקידו של בית משפט זה הוא לבחון האם החלטת השרים נגועה בשיקולים זרים, מבלי להביע עמדה לגבי מועמד זה או אחר. ויודגש, סעיף 16 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה - 1975 (להלן: חוק החברות הממשלתיות) מגדיר מיהו אדם הכשיר לכהן כדירקטור בחברה ממשלתית. התכונות הנדרשות מאדם לצורך כהונה כדירקטור בחברה ממשלתית מנוסחות בלשון החלטית והן מחייבות את השרים במובן זה שלא ימונה אדם גם אם הוא מועמד מתאים והולם, אם הוא אינו עונה על הכישורים הנזכרים בסעיף 16 לחוק החברות הממשלתיות [ראו: מרדכי בן-דרור "מינוי דירקטורים על פי חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה - 1975" המשפט ד 307, 316 (1998)]. על אף שמינוי דירקטורים מקרב העובדים בחברה ממשלתית אינו כפוף לתנאים שנקבעו בסעיף 16 לחוק החברות הממשלתיות (למעט דרישת הגיל), על פי הקבוע בסעיף 18ג(ג) לחוק החברות הממשלתיות, אין מחלוקת כי המשיב 3 עומד בתנאים שנקבעו בסעיף 16 לחוק החברות הממשלתיות.

10. חבר הכנסת בר-און פירט במכתבו לבאת כוח המשיב 3 את הגורמים אשר הנחו אותו בבחירת המשיב 3 לתפקיד. אכן, ראוי היה כי תשובתו של חבר הכנסת בר-און תוגש במסגרת תשובת המדינה לצו על-תנאי, ושתהיה ערוכה כתצהיר. על מחדליה של המדינה עמדתי לעיל ואין מקום לחזור על הדברים. לדעתי לאחר שעמדתו של השר בר-און ועמדתו של השר בן-אליעזר הוצגו לפנינו על ידי מנהלת מחלקת הבג"צים, עורכת הדין אסנת מנדל, בדיון המשלים, לא ניתן להתעלם מעמדות השרים וממכתבו של חבר הכנסת בר-און ולעניות דעתי די בנימוקיו של חבר הכנסת בר-און כדי לקבוע שהליך בחירתו של המשיב 3 לא היה נגוע בשיקולים פסולים.

11. כלל הוא כי על החלטה מינהלית להיות מבוססת על עובדות. במסגרת בחינת ההליך שהוביל ליצירת התשתית העובדתית בודק בית המשפט האם נאספו הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה והאם הנתונים שייכים לעניין. כמו כן, נבדקת אמינות הנתונים וקיומן של ראיות מהותיות שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליהן לצורך קבלת

החלטה [ראו: בג"ץ 987/94 יורנט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423-425 (1994) (להלן: עניין יורנט קווי זהב)]. מבחנים אלו אינם בגדר כללים נוקשים ויש לשמור על יעילות וגמישות, תוך הקפדה על שמירת ההגינות והסבירות בהליך (עניין יורנט, שם, בעמ' 425-426).

החלטה של כל רשות מינהלית חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית [ראו: בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 899 (2004)].

במקרה דנן, ניתן לראות כי ההחלטה למנות את המשיב 3 נעשתה על בסיס תשתית עובדתית שרשות סבירה היתה מסתמכת עליה לצורך קבלת החלטה. בעניין זה ציין חבר הכנסת בר-און כי בשלב הראשון נערכו בדיקה ואיסוף נתונים על המועמדים השונים ולאחר מכן הובא העניין להכרעתו:

"הליך מינוי דירקטורים, שהתבצע במשרדים בהם כיהנתי, היה הליך מסודר, כשבשלב ראשון נעשתה בדיקה מוקדמת של הנתונים על ידי היועצים בלשכה, ובהמשך, כללה הבדיקה איסוף נתונים לגבי המועמד, מתוך קורת החיים של המועמד, וככל שנדרש גם מגורמים נוספים. לאחר איסוף החומר הרלוונטי, הובא העניין להכרעתי". (ראו: סעיף 3 למכתבו של חבר הכנסת בר-און לבאת כוח המשיב 3 מיום 9.11.2009).

12. זהו המקום להעיר, כי בניגוד לדעתו של חברי, השופט לוי, אני כשלעצמי, אני סבור כי במקרה דנן היה צורך לערוך שימוע למועמדים.

בענייננו, המועמדים נבחרו על ידי העובדים ובהתאם לסעיף 17(ג) לחוק החברות הממשלתיות והתקנות שהותקנו מכוחו (תקנות החברות הממשלתיות (כללים לקביעת נציג נבחר מקרב עובדי החברה כדירקטור), התשל"ז – 1977) כאשר מתוך ששת המועמדים שנבחרו היה על שר האוצר ושר התשתיות הלאומיות לבחור שני מועמדים לתפקיד. לא מצאתי בחוק החברות הממשלתיות או בתקנות שהותקנו מכוחו, הוראה המחייבת את זימונם של המועמדים לראיון אישי או לבחינה כלשהי. אמנם, כידוע, אין הכרח בקיומה של הוראת חוק מיוחדת על מנת להקים חובת שימוע, מאחר ומעמדה הוא "של כלל מהותי ויסודי לשיטתנו" (ראו: בג"ץ 365/08 נטוויז'ן בע"מ נ' משרד התקשורת (לא פורסם, 17.6.2009) (להלן: עניין נטוויז'ן) בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). ואולם, חובת השימוע נדרשת מקום בו רשות מינהלית עתידה

לפגוע באדם, כך שלא יפגע אדם אלא אם ניתנה לו קודם לכן הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפני הרשות המינהלית. המבחן לתחולתו של כלל השימוע כולל התקיימותם של שלושה תנאים עיקריים: פגיעה; באינטרס מוגן; באופן ישיר וממשי (ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית 797 (כרך ב', התשנ"ו); עניין נטוויז'ן, לעיל). ואולם, כבר נפסק כי לא כל אינטרס מזכה אדם בזכות השימוע. השאלה היא אם אותו אינטרס נתגבש לכדי זכות מוגנת, שכן רק במקרה זה יקנה פלוני זכות שימוע [ראו: בג"ץ 5621/96 הרמן – ראש עיריית אופקים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 791, 817 (1997) (להלן: עניין הרמן)]. בחינת קיומה והיקפה של חובת השימוע צריכה להיעשות תוך איזון בין עקרונות של צדק והוגנות בפעולת השלטון לבין שיקולים של קידום היעילות המינהלית (ראו: עניין נטוויז'ן, לעיל, בפסקה 8).

במקרה דנן, לדעתי לא ניתן לומר כי המועמדים לתפקיד קנו זכות שימוע העומדת לעצמה, שכן בשלב בו על השרים לבחור מבין המועמדים השונים אין עוד לאף אחד מהם זכות קנויה (השוו: עניין הרמן, שם, בעמ' 818-820). גם בעובדה שהעותר דורג על ידי העובדים במקום גבוה מזה של המשיב 3 אין כדי לשנות, שכן כבר נפסק בעבר כי אין השרים כבולים או מחויבים לבחור במועמדים שדורגו במקומות הראשונים על ידי העובדים (ראו: דברי חברי, השופט לוי בבג"ץ 6021/07 פרץ נ' שר האוצר (לא פורסם, 8.7.2008) בפסקה 4 לפסק הדין; בג"ץ 1430/93 כהן נ' שר האוצר (לא פורסם, 5.1.1994) (להלן: עניין כהן) בפסקה 4 לפסק דינו של השופט [כתוארו אז] ת' אור, אשר צוטטו בהרחבה בפסקה 6 לפסק דינו של חברי, השופט לוי]. ייתכן והמצב היה שונה לו היה נבחר מי מבין המועמדים ולאחר מכן היתה מתקבלת החלטה לבטל את מינויו. במצב כזה נדמה כי היה מקום לערוך לאותו אדם שנבחר לתפקיד שימוע, בטרם תתקבל ההחלטה לבטל את מינויו. לפיכך, לא מצאתי כל פסול בעובדה כי במקרה דנן לא נערך שימוע למועמדים.

13. כעת נותר לי לדון בנימוקיו של חבר הכנסת בר-און לגופו של עניין, בהם תומך השר בן-אליעזר. כאמור, בענייננו מוננו כחברים בדירקטוריון חברת חשמל, המשיב 8, שנבחר על ידי החברים במקום הראשון, והמשיב 3, שנבחר על ידי החברים במקום השלישי. ואולם וכפי שצויין לעיל, הלכה היא שמתוך ששת הנבחרים על ידי החברים, על השרים לבחור כחברים בדירקטוריון את אותם שניים אשר ישרתו, לפי שיקול דעת השרים, את אינטרס החברה בצורה הטובה ביותר (ראו: עניין כהן, שם) ואין הכרח כי יהיו אלו דווקא המועמדים שנבחרו על ידי העובדים בשני המקומות הראשונים.

14. הסיבות שהובילו את חבר הכנסת בר-און להעדיף את המשיב 3 על פני העותר, פורטו במכתבו של חבר הכנסת בר-און לבאת כוח המשיב 3 ובמסגרתם מונה חבר הכנסת בר-און את כישוריו של המשיב 3 ואף מסביר מדוע כישורים אלו עדיפים לטעמו על כישוריו של העותר. בשל חשיבותם של הדברים לענייננו מצאתי מקום להביא את דבריו של חבר הכנסת בר-און במלואם:

6. "לאחר עיון בחומר זה [קורות החיים של העותר והמשיב 3 – י.ד.] עולה, כי הטעם המרכזי להעדפתו של מר אוברקוביץ על העותר, בהתאם לסמכותי וחרף העובדה כי העותר קיבל מספר קולות רב יותר בהצבעת העובדים, עובדה לה הייתי מודע בעת קבלת ההחלטה, היה הערך המוסף אשר לדעתי אמור היה מר אוברקוביץ להביא לדירקטוריון, יותר מזה של העותר.

7. הערך המוסף נמצא אפוא מן ההשוואה בין סוגי ניסיון העיסוק של שני המועמדים. ענין זה בא לידי ביטוי בכך שלמר אוברקוביץ חשיפה וניסיון רבים יותר במגוון העיסוקים של החברה, באגפים שונים, ובין היתר אף בניהול עובדים. כך גם למר אוברקוביץ ניסיון רחב בתחומי הלוגיסטיקה, הכספים והכלכלה. תפקידיו בחברת חשמל הינם תפקידים ביצועיים ולמר אוברקוביץ, יותר מאשר לעותר, תמונה כוללת של החברה, הן מבחינת ניהול, הן מבחינת העובדים וצרכיהם, הן מבחינת לוגיסטיקה והן מבחינת כספים וכלכלה.

8. מן ההשוואה בין סוגי הניסיון של שני המועמדים, הערך המוסף של דירקטור מקרב העובדים בדירקטוריון מגולם בנסיונו ובתפקידיו השונים של מר אוברקוביץ יותר מאלה של העותר. לענין זה חשיבות נוספת נוכח העובדה כי על סדר יומה של הנהלת החברה עמד אז (כמו גם למרבית הצער עד עצם היום הזה) ענין הפרטה, וזו, כשמדובר בחברת החשמל, מורכבת, קשה וטעונה הסדר בענין העובדים אף יותר מבחברות אחרות". (ראו סעיפים 6-8 למכתבו של חבר הכנסת בר-און לבאת כוח המשיב 3 מיום 9.11.2009).

קריאת הנימוקים שהובילו לבחירתו של המשיב 3 מלמדת כי הבחירה נעשתה מתוך שיקולים ענייניים הנוגעים לדרישות התפקיד ומהדברים לא עולה כי שיקולים זרים הנחו את השרים בבחירתם. זהו המקום גם לציין כי הוועדה לבדיקת מינויים בחנה בהתאם לתפקידה על פי סעיף 18ב(ג) לחוק החברות הממשלתיות את כשירותו של המשיב 3 ומצאה שהוא כשיר בכפוף להתחייבותו להימנע מניגוד עניינים. יוער, כי בין יתר הדברים נדרשה הוועדה לבחון את הטענה בדבר קיומה של זיקה לשר התשתיות

הלאומיות, שהועלתה על ידי באי כוחו של העותר. בסופו של יום כאמור מצאה הוועדה לבדיקת מינויים כי המשיב 3 כשיר לכהן בתפקיד.

15. אשר על כן, לו דעתי היתה נשמעת היינו דוחים את העתירה.

16. לבסוף, אבקש להוסיף כי על אף התוצאה אליה הגעתי, לפיה דין העתירה להידחות, אני סבור כי נוכח הדרך בה התנהלה המדינה במקרה זה יש לחייבה בהוצאות העותר ובשכר טרחת עורך דין בסך 20,000 ש"ח [השוו: בג"ץ 4437/09 חברת עונות מודל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר מיסוי מקרקעין מחלקת פיצויים (לא פורסם, 19.10.2009)].

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

במחלוקת שנפלה בין חבריי אני מצטרפת לתוצאה אליה הגיע חברי השופט י' דנציגר לפיה דין העתירה להידחות.

1. אכן, האופן בו התנהלה המדינה בעתירה זו מאז הוצא בה צו על-תנאי ביום 3.7.2008, ראוי לביקורת. כתב התשובה שהוגש בעקבות הצו ונתמך בתצהירי עוזרי השרים הנוגעים בדבר, לא היה מפורט דיו ולא נגע בכל הסוגיות שראוי היה להתייחס אליהן. התרשמותנו זו הובאה בפני באת-כוח המדינה בדיון שקיימנו בעתירה ביום 14.9.2009 ובהחלטה שניתנה על ידינו באותו היום ביקשנו ליתן לשרים הנוגעים בדבר הזדמנות נוספת להתייחס לשאלות שהטרידו אותנו ובעיקר לשאלה מה היה גדר השיקולים שבגינם העדיפו את המשיב 3, מר עמית אוברקוביץ (להלן: אוברקוביץ), על פני העותר. דא עקא החלטה זו לא זכתה לטיפול מתאים ולא נעשתה בעקבותיה פנייה אל השרים הנוגעים בדבר על מנת שייתנו דעתם לאמור בה. משהובא הדבר לידיעתנו בעקבות פנייתו העצמאית של אוברקוביץ אל מי שבינתיים חדל מלכהן כשר האוצר, מר רוני בר-און, ביקשנו הבהרות והסברים מעו"ד אסנת מנדל, מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, אשר במהלך דיון נוסף שהתקיים ביום 13.12.2009, אישרה

בפנינו בהגינות ובכנות הראויים להערכה כי אכן נעשו מספר טעויות באופן שבו טופלה עתירה זו על ידי המחלקה לסכסוכי עבודה. יחד עם זאת הדגישה עו"ד מנדל כי לדעתה יש ליתן משקל למכתבו של ח"כ רוני בר-און שנכתב בעקבות פנייתו של אוברקוביץ אליו והוצג בפנינו על ידו, וזאת כנדבך נוסף לטיעונים שהציגה המדינה בכתב התשובה.

2. בחנתי את חוות הדעת של חבריי ונראה לי כי אין מקום לפקוד על אוברקוביץ את הפגמים והטעויות שנפלו בהתנהלותה של המדינה בעתירה זו. מדובר בעתירה התלויה ועומדת בפנינו מאז יום 21.2.2006 והיא הוגשה בעקבות הודעה מיום 29.1.2006 שניתנה על ידי מי שכיחנו אז כשר האוצר (מר אהוד אולמרט) וכשר התשתיות הלאומיות (מר רוני בר-און), כי החליטו בהתאם לתקנות החברות הממשלתיות (כללים לקביעת נציג נבחר מקרב עובדי החברה כדירקטור), התשל"ז-1977, למנות את המשיב 8, מר דב אורן (להלן: אורן) ואת אוברקוביץ, לדירקטורים מקרב העובדים למועצת המנהלים של חברת החשמל.

תהליך זה של מינוי שני דירקטורים מקרב העובדים שתחילתו בהצבעה אותה קיימו עובדי החברה ביום 23.3.2005 ועל פיה גובשה רשימה של שישה מועמדים נבחרים, עבר תהפוכות ושינויים לא מבוטלים הן בטרם הגשת העתירה שבכאן והן בעודה תלויה ועומדת. את עיקרי הדברים פירט חברי השופט לוי בחוות דעתו אך לא למותר לשוב ולסקור בקצרה את השתלשלות העניינים בהקשר זה, הממחישה עד כמה אכן היה תהליך המינוי במקרה דנן רב תהפוכות ושינויים. בין היתר, התקיימו במהלך התקופה הרלבאנטית שתי מערכות בחירות (לכנסת ה-17 ולכנסת ה-18) ומטבע הדברים התרחשו בעקבות כך שינויים בהרכב הממשלות ובהותם של מי שמילאו את תפקידי השרים הנוגעים בדבר. כמו כן, קדמה לעתירה זו עתירה אחרת (בג"ץ 6599/05) בה נתבקש בית המשפט לדון בשאלה מדוע טרם הושלם תהליך מינוים של הדירקטורים מקרב העובדים אף שההצבעה שקיימו העובדים בעניין זה התבצעה עוד ביום 23.3.2005 והרשימה שגובשה כתוצאה מאותה הצבעה הונחה בפני מר בנימין נתניהו שכינה אז כשר האוצר ובפני מר בנימין בן-אליעזר שכינה אז כשר התשתיות הלאומיות. בעקבות אותה עתירה התברר כי שני שרים אלה אינם תמימי דעים באשר לזהותם של שני העובדים מתוך הרשימה שאותם ראוי למנות למועצת המנהלים וכי על כן לא הושלם תהליך המינוי על ידם. ביום 7.8.2005 התפטר מר בנימין נתניהו מן הממשלה והשר אהוד אולמרט החליפו כשר האוצר, אך גם חילופי גברי אלה לא שינו את העובדה כי שני השרים הנוגעים בדבר אינם מצליחים להגיע להסכמה על זהותם של שני הדירקטורים מקרב העובדים ועל כן, גם באותו שלב לא הושלם תהליך המינוי.

בינתיים התפזרה הכנסת ה-16 ובמשלה שהפכה לממשלת מעבר מונה מר רוני בר-און לשר התשתיות הלאומיות ובאותו שלב הושגה הסכמה בינו ובין מר אולמרט, שניהן כאמור כשר האוצר באותה ממשלה, על מינויים של אוברקוביץ ושל הגב' רחל וינשטיין, המשיבה 5 (להלן: וינשטיין), כדירקטורים מקרב העובדים. החלטה זו נתקבלה בחודש ינואר 2006 אך עוד באותו החודש שינו השרים את עמדתם והודיעו ביום 29.1.2006 על מינויים של אורן ואוברקוביץ. בעקבות הודעה זו הוגשה כאמור העתירה שבכאן אך בכך לא הסתיימו התהפוכות שעבר תהליך המינוי נשוא העתירה. בעקבות הבחירות לכנסת ה-17 שהתקיימו ביום 28.3.2006 הוקמה ממשלה חדשה בראשותו של מר אהוד אולמרט בה מונה כשר האוצר מר אברהם הירשזון והשר בנימין בן-אליעזר מונה שוב כשר התשתיות הלאומיות. שני שרים אלה שבו ונדרשו לסוגיית מינויים של שני הדירקטורים מקרב העובדים למועצת המנהלים של חברת החשמל והסכימו על מינויים של אורן ווינשטיין כדירקטורים. מינויו של אורן הושלם והפך לעובדה מוגמרת ביום 9.8.2006 ואילו מינויה של וינשטיין לא אושר בידי הוועדה לבדיקת מינויים לפי חוק החברות הממשלתיות. בינתיים התפטר השר הירשזון מן הממשלה ובמקומו מונה ביום 4.7.2007 מר רוני בר-און כשר האוצר וביום 2.3.2008 הודיעו מר בר-און ומר בן-אליעזר לבית המשפט כי הושגה ביניהם הסכמה בדבר מינויו של אוברקוביץ כדירקטור שני מקרב העובדים, לצד אורן. הועדה לבדיקת מינויים בדקה ואישרה את המינוי מבחינתה והוא יצא אל הפועל ביום 4.6.2008.

3. העתירה שבפנינו הוגשה כאמור עוד ביום 21.2.2006 בעקבות החלטתם של שר האוצר דאז אהוד אולמרט ושר התשתיות הלאומיות דאז רוני בר-און למנות את אוברקוביץ. החלטה זו שאותה תקף העותר בעתירתו חדלה למעשה להיות רלוונטית נוכח התהפוכות שעבר מאז תהליך מינויו של הדירקטור השני מקרב העובדים, כמתואר לעיל. אולם משהוחלט גם כשנתיים לאחר הגשת העתירה על ידי מי שניהנו אותה עת כשרים במשרד האוצר ובמשרד התשתיות (מר רוני בר-און ובר בנימין בן-אליעזר) על מינויו של אוברקוביץ, בחר העותר להתמיד בעתירתו והוא שב וטען כי מינויו של אוברקוביץ נגוע גם הפעם בשיקולים זרים ובחוסר סבירות ויש לבטלו בהדגישו כי כישוריו שלו עולים על אלו של אוברקוביץ ובהדגישו עוד כי הוא גבר על אוברקוביץ בהצבעה הפנימית שנערכה בין עובדי החברה (בהצבעה זו הגיע אורן למקום הראשון, העותר למקום השני, אוברקוביץ למקום השלישי, המשיב 4, מר עוז עזריאלי, למקום הרביעי, וינשטיין למקום החמישי והמשיב 6, מר ירון חנן, למקום השישי). ביום 3.7.2008 התקיים דיון בעתירה בו נשמעו טענות המתייחסות למצב הדברים החדש-ישן שנוצר ובתום הדיון הוצא צו על-תנאי המופנה אל השרים הנוגעים בדבר והמורה להם ליתן טעם מדוע לא יצהיר בית המשפט כי עליהם להימנע מלמנות את אוברקוביץ

כנציג נוסף של העובדים בדירקטוריון חברת החשמל לצד אורן וכן כי עליהם למנות או להמליץ על מינויו של העותר לכהונת דירקטור, בכפוף לאישורה של הועדה לבדיקת מינויים לפי חוק החברות הממשלתיות.

4. כשישה חודשים לאחר מכן, ביום 1.1.2009, הוגש לבית משפט זה כתב התשובה מטעם השרים. כתב התשובה לא נתמך בתצהירי השרים אלא בתצהיריהם של מי שניהנו אותה עת כעוזריהם (מר אריאל הילדסהיימר שניהן כעוזרו של שר האוצר דאז רוני בר-און, והגב' איילת אזולאי שניהנה כעוזרת של שר התשתיות הלאומיות דאז בנימין בן-אליעזר) והוגש ערב הבחירות לכנסת ה-18 שהתקיימו ביום 10.2.2009. בעקבות בחירות אלה נבחרה ממשלה חדשה בה מכהן מר עוזי לנדאו כשר התשתיות הלאומיות ומר יובל שטייניץ כשר האוצר.

5. בדיון נוסף שקיימנו בעתירה ביום 14.9.2009 העלינו בפני באת-כוח המדינה שאלות שונות שעלו נוכח האמור בכתב התשובה ובתום שמיעת טיעוני הצדדים ניתנה החלטתנו מיום 14.9.2009, עליה כבר עמדו חבריי ועמדתי אני בפתח דברי, בה אפשרנו לשרים הנוגעים בדבר "להבהיר את עמדתם בסוגיות שהטרידו אותנו, ואותן העלינו בפני עו"ד שדה". החלטתנו זו לא זכתה, כאמור, להתייחסות ראויה מטעם המדינה אך נוכח יוזמה שנקט באותו שלב המשיב 3, הונח בפנינו מכתבו של מי שמשמש היום כחבר כנסת וכיהן במועד הרלבאנטי כשר האוצר, מר רוני בר-און. שותפה אני לגישתה של עו"ד אסנת מנדל כי האמור במכתב זה יש בו כדי להניח את הדעת בסוגיה שהעסיקה אותנו במהלך הדיון ביום 14.9.2009 וניתן לראות בו נדבך נוסף לאמור בכתב התשובה שהוגש על ידי המדינה שלא היה מפורט דיו. לא מן הנמנע כי העובדה שכתב התשובה נערך והוגש ערב הבחירות לכנסת ה-18 וכן העובדה שהחלטתנו מיום 14.9.2009 ביקשה הבהרות מידי מי שבאותה עת לא כיהנו עוד כשר האוצר וכשר התשתיות הלאומיות, היו להן השפעה מסוימת על ניסוחו החסר של כתב התשובה ועל האופן הלקוי שבו טופלה החלטתנו הנ"ל. על כך יש להצטער, אך מכאן ועד למסקנה אליה הגיע חברי השופט לוי כי קיים במקרה דנן חשש לשיקולים זרים שהנחו את החלטת השרים במינויו של אוברקוביץ רחוקה בעיניי הדרך. אכן, הקושי המובנה עליו עמד בית משפט זה להוכיח שיקול סובייקטיבי פסול, הוליד הקלה מסוימת בנטל הראייתי הנדרש לביסוס קיומו (ראו: בג"ץ 6840/01 פלצמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד ס(3) 121, 137-138 (2005); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך שלישי – עילות ההתערבות 210 (2008) (להלן: שרגא ושחר)). אולם, עד אשר יהא בית המשפט נכון לעשות צעד נוסף ולהעביר את נטל הבאת הראיות אל שכם הרשות השלטונית חייב העותר להצביע על נסיבות אשר יש בהן כדי ליצור ספק מהותי וחדש

סביר וממשי באשר לכשרות שיקוליה של הרשות (ראו: בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 37 (1990); שרגא ושחר, בעמ' 213-214). העובדה לבדה שהעותר זכה לקולות רבים יותר בהצבעת העובדים אינה יוצרת ספק או חשד כזה גם לדעת חברי השופט לוי, שכן השרים אינם מחויבים לבחירת הנציגים מקרב העובדים על פי מקומם ברשימת הנבחרים מטעם העובדים (ראו: בג"ץ 1430/93 כהן נ' שר האוצר, פסקה 4 לפסק דינו של השופט ת' אור (לא פורסם, 5.1.1994); בג"ץ 6021/07 פרץ נ' שר האוצר (טרם פורסם, 20.7.2008)). עוד ברצוני להדגיש כי העובדה שסברנו כי יש מקום לקבלת הסברים מאת השרים על דבר העדפת אוברקוביץ על פני העותר, אין בה לדידי כדי להצביע על עמדה בדבר היפוך נטל הראיה או בדבר קיומו של ספק מהותי או חשד ממשי לקיומם של שיקולים זרים, אלא אך ורק על הצורך לחדד ולפרט את שיקולי השרים, משום שכתב התשובה אשר נתמך כאמור בתצהירי עוזרי השרים דאז וכן טיעוני ב"כ המדינה שהוצגו בפנינו על פה, לא היו מספקים. מתקשה אני לקבל בהקשר זה את גישתו של חברי השופט לוי לפיה נוכח מעמדה של חברת החשמל במשק הישראלי "לעולם קיים חשש, אשר יש להקדים ולהפריכו, כי יש מי שיבקש להשתמש בעוצמתה של חברה זו להשגתם של יעדים, שבינם לבין משק החשמל אין דבר וחצי דבר" (פסקה 8 לחוות דעתו). דבריו אלו של השופט לוי יכולים להתפרש כמטילים לכתחילה על השרים בכל מקרה של מינוי דירקטורים מקרב העובדים בחברת החשמל את הנטל להפריך טענות המופנות כלפיהם – עמומות ובלתי מפורטות ככל שתהיינה - בדבר שיקולים זרים שהנחו אותם בהחלטתם. מכל מקום, כחברי השופט דנציגר אף אני סבורה כי ההבהרות שנמסרו לבסוף במכתבו של ח"כ בר-און יש בהן כדי לשלול את המסקנה כי מדובר בהחלטה בלתי סבירה או כי קיים במקרה דנן ספק מהותי או חשש סביר לשיקולים זרים שהנחו את השרים בהחלטתם. כמו כן תמימת דעים אני עם חברי השופט דנציגר כי המקרה דנן אינו בא בגדר המקרים אשר בהם ראוי היה לקיים הליך של שימוע לעותר.

6. מטעמים אלה אני סבורה כי יש לדחות את העתירה תוך חיוב המשיבים 1-2 בהוצאות כהצעת חברי השופט דנציגר, ובשולי הדברים אוסיף כי חזקה על פרקליטות המדינה כי תדע להפיק את הלקחים הנדרשים מן הטעויות שנפלו בהתנהלותה במקרה דנן וליתן את הדעת לאופן ההתמודדות הראוי עם מצבים כגון אלה בהם נדרשת תשובתו של שר על הליך מינוי שביצע, מקום שבעת שעולה הצורך כאמור אין הוא מכהן עוד בתפקיד שר.

הוחלט ברוב דעות כאמור בחוות דעתו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, י"ז בטבת התש"ע (03.01.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט