

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

עופר סיטבון ורונית דוניץ-קידר*

המאמר בוחן את תוצאות המפגש בין החינוך המשפטי והקליני לבין שדה האחריות החברתית של תאגידים. הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים הוקמה לפני שנים אחדות במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. במאמר זה ננתח את פעילותה של הקליניקה ונראה כי דווקא העיסוק הקליני בתחום משפטי "רך" עשוי לאתגר משמעותית את השדה המשפטי הקלאסי והשמרני וליצור שינוי חברתי של ממש. זאת, אף שתחום זה פועל במסגרת פרדיגמות חדשניות של משילות (governance) ורגולציה וולונטרית. הדיון מתמקד אפוא בהצגת החידוש בפעולתה של הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים, כמכוונת למתוח את גבולות המשפט עצמו, ובכך ליצור שינוי חברתי מסוג אחר. באמצעות סקירת פעילותה נבחן חמישה אופנים שבהם באה לידי ביטוי התפיסה החדשנית שלה, הן באשר למשפט והן באשר לחינוך המשפטי והקליני: (א) שינוי בתפיסת הלקוח; (ב) שינוי פנים-משפטי של דיני התאגידים; (ג) טשטוש קו הגבול בין רגולציה וולונטרית לרגולציה כופה; (ד) תפקידם של הציבור והחברה האזרחית בעיצוב המשפט הפוזיטיבי; ו-(ה) תפיסה אקטיביסטית של מקומם המרכזי של אנשי מקצוע כסוכנים לשינוי חברתי. במאמר נדגים כי האופי מוכוון-המדיניות של הקליניקה; ייחודה מבחינת קהל היעד ("לקוח"); אופיו הגמיש של תחום האחריות החברתית של תאגידים כתחום המצוי על התפר שבין המשפט, החברה האזרחית והשוק; וכן העובדה שתחום האחריות החברתית של תאגידים (CSR) בישראל עדיין בחיתוליו – כל אלה מספקים הזדמנויות ייחודיות לפעילות

* ד"ר עופר סיטבון הוא ראש הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים וראש תחום מחקר במכון לאחריות תאגידית במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. ד"ר רונית דוניץ-קידר היא מרצה למשפטים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים, וראש המכון לאחריות תאגידית במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. הכותבים מבקשים להודות לקורא האנונימי ולחברי מערכת המשפט על הערותיהם המועילות.

קלינית הקוראת תיגר על ההגדרות המקובלות של **גבולות המשפט**, ובמקביל, מציגים אתגרים חדשים לחינוך המשפטי והקליני.

א. מבוא. ב. אחריות חברתית של תאגידים; 1. דיני התאגידים והתפתחותו של שדה האחריות החברתית של תאגידים; 2. מהי אחריות חברתית של תאגידים? 3. בין הוולונטרי לכופה: אחריות תאגידית והמאבק על גבולות המשפט; 4. אחריות חברתית של תאגידים וקריאת תיגר על גבולות המשפט. ג. החינוך הקליני לאחריות חברתית של תאגידים: אתגור גבולות המשפט; 1. פעילות הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים; 2. התפיסה הרדיקלית של החינוך הקליני לאחריות חברתית של תאגידים. ד. סיכום.

א. מבוא

השיח בדבר אחריות חברתית של תאגידים (CSR – Corporate Social Responsibility) חדר זה מכבר למרכז השיח הציבורי. עוד ועוד תאגידי ענק, בעיקר רב־לאומיים, משקיעים משאבים ניכרים בסוגיות חברתיות וסביבתיות; סגני נשיא לזכויות אדם, מנהלי אחריות חברתית ותכניות "אזרחות תאגידית" הפכו לחיזיון נפוץ בקרב תאגידים רבים. כך, למשל, לכל תאגידי "פורצין 500"¹ יש כיום מדיניות בנושא אחריות תאגידית המנוסחת באופן התואם לסטנדרטים מוסכמים של זכויות אדם ושל הגנת הסביבה. אין זה מפתיע אפוא שהמלומד סיימון זידק (Zadek) הגדיר את שיח האחריות החברתית התאגידית כ"דיון הציבורי השנוי במחלוקת והחשוב ביותר של המאה ה-21"². שיח האחריות החברתית התאגידית מתואר באופן מסורתי, בעיקר בשיח התאגידי, כמצוי בגדר הפעולה הוולונטרית, "מעבר לציות לחוק". אולם התפתחויות משפטיות וחברתיות עכשוויות הולכות ומטשטשות את ההבחנה המקובלת בין פעולה וולונטרית לבין חובה משפטית. בכך הן מקרבות, באופן טבעי, את שיח האחריות החברתית התאגידית לתחום עיסוקם של עורכי דין ושל משפטנים.³

- 1 Fortune 500 מדרג את 500 התאגידים הגדולים ביותר בארצות־הברית. www.money.cnn.com/magazines/fortune/fortune500/2011/?iid=F_Sub (נבדק לאחרונה ב־1.11.2012).
- 2 SIMON ZADEK, THE CIVIL CORPORATION: THE NEW ECONOMY OF CORPORATE CITIZENSHIP (2007) 29.
- 3 ראו למשל עלי בוקשפן "אחריות חברתית ותאגידית וביטוייה במשפט" תאגידים ז(1) 3 (2010).

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

מטרת המאמר היא לבחון את תוצאותיו של המפגש של החינוך הקליני, שהוא כשלעצמו תחום חדש יחסית בחינוך המשפטי בישראל, עם שדה האחריות החברתית של תאגידים. זאת, על רקע פעילותה הייחודית של הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים שהוקמה בשנת 2008. נבקש להראות כי דווקא העיסוק הקליני בתחום של "משפט רך", הפועל במסגרת פרדיגמות חדשניות של משילות ורגולציה וולונטרית, עשוי לקרוא תיגר על השדה המשפטי הקלאסי והשמרני, בדרך ליצירת שינוי חברתי של ממש. טענתנו במאמר היא כי, מעצם טיבם, תחומי הפעולה הייחודיים של הקליניקה – הממקמים את פעילותה בתחום המצוי באזורי הֶסְפֵר של המשפט, ומעבר להתמקדות המסורתית בלקוח הבודד – מחייבים הפנמה של תפיסות מורכבות יותר על אודות המשפט ויחסי הגומלין שלו עם החברה.

למאמר שני חלקים. **בחלק הראשון** נסקור את התפתחות תחום האחריות החברתית של תאגידים ונדגיש את מאפייניו הייחודיים בנוף המשפטי. בחלק זה נציג, ראשית, את הכוחות הפועלים בשדה הצומח של האחריות החברתית התאגידית, ולאחר מכן נדון ביחסי הגומלין המורכבים המתקיימים בין שדה זה לבין השדה המשפטי. המסגרת האנליטית שבאמצעותה ננתח יחסים אלה היא זו של "המשילות החדשה", שמצביעה על הארגון מחדש בנוף הכלכלה הפוליטית העכשווית, של היחסים בין פוליטיקה לבין שווקים וכן של מושג הרגולציה עצמו. תפיסה זו של משילות, המאופיינת בין השאר בשימוש גובר במכשירים וולונטריים של "משפט רך" (כדוגמת קודי התנהגות או הנחיות), תוארה בספרות כמבטאת אלטרנטיבה לבלעדיות של הכוח המדינתי הכופה המגולם במשפט הקלאסי.

בחלק השני של המאמר נציג את פעולתה של הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ונתמקד הן בחידושים המאפיינים פעילות זו והן באתגרים ובהתלבטויות הכרוכים בחבלי הלידה שלה; נסקור את שני אופני הפעולה הראשיים של החינוך הקליני הנהוגים בארץ ובעולם; וננסה למקם את פעולתה של הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים כמבשרת של אופן פעולה שלישי וחדש. במסגרת זו יידונו **ראשית**, עקרונות הסיוע הקליני הפרטני. סיוע זה מתמקד בלקוח יחיד ובניסיון להנגיש את המשפט לאוכלוסיות המוחלשות ולהחיל עליהן את הנורמות המשפטיות הקיימות באופן שוויוני; **ושנית**, הפעולה המשפטית הכללית (דוגמת עתירות לבג"ץ), המבקשת ליישם באופן רחב ועקבי עיקרון משפטי קיים. הנדבך **השלישי** של הדיון בחינוך הקליני יתמקד בהצגת החידוש בפעולתה של הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים, כמכוונת להרחיב ולמתוח את גבולות המשפט עצמו, ובכך ליצור שינוי חברתי מסוג אחר. המאמר מצביע על ייחודה של הקליניקה לאור קהל היעד ("לקוח") של הפעילות הקלינית (תאגידים, מקבלי החלטות, בתי משפט, דעת הקהל) והאופי מוכווני-המדיניות שלה; לאור השלב העוברי שבו מצוי תחום האחריות החברתית התאגידית בישראל; ולאור אופיו הגמיש של התחום, המצוי על התפר שבין המשפט, החברה האזרחית והשוק. ייחוד זה הוא

הבסיס לפעילות קלינית הקוראת תיגר על ההגדרות המקובלות של גבולות המשפט, ובמקביל, מציגה אתגרים חדשים לחינוך הקליני.

ב. אחריות חברתית של תאגידים

1. דיני התאגידים והתפתחותו של שדה האחריות החברתית של תאגידים

בשנת 2009 הודיעה חברת גלאקסו-סמית'קליין (GSK) – חברת התרופות השנייה בגודלה בעולם – כי החליטה לשנות את מדיניותה בנוגע להספקת תרופות למדינות העולם השלישי. על פי ההחלטה, החברה תפחית את מחירי התרופות בחמישים המדינות העניות ביותר (עד לרבע ממחירן בארצות-הברית ובאנגליה), תשקיע מחדש עשרים אחוזים מרווחיה במדינות העניות בבניית בתי חולים וקליניקות, ובעיקר – תאפשר לחוקרים נגישות לקניין הרוחני שלה (פטנטים לגבי חומרים ותהליכים כימיים) הרלוונטי לגילוי תרופות ל"מחלות יתומות" (מחלות ללא מרפא שאין אינטרס עסקי לפתח תרופה עבורן). מנכ"ל החברה, אנדרו וויטי (Witty), הצהיר כי לחברות התרופות יש מחויבות לסייע לאוכלוסיות חלשות לקבל טיפול, וקרא לשאר החברות ללכת בדרכה של GSK. וויטי הוסיף, כי לדעתו בעלי המניות של החברה מבינים זאת וכי תאגידים רב-לאומיים גדולים נדרשים להתבונן בעולם מעבר לשאלות הרווחים לטווח הקצר. ארגוני זכויות אדם גדולים בירכו את המנכ"ל על החלטתו.⁴

על פי הגישה השלטת כיום בדיני התאגידים בעולם האנגלו-אמריקני, החלטה זו של מנכ"ל GSK היא בעייתית מאוד. זאת, מהטעם שהיא חורגת מן המטרה המרכזית שאמורה להנחות אותו כמנהל החברה – מקסום רווחיהם של בעלי המניות. ואכן, על פי גישה זו, הגישה התזוית, התאגיד הוא אוסף של חוזים בין הגורמים השונים הפועלים במסגרתו, ובראש ובראשונה בין בעלי המניות לבין שלוחיהם המנהלים.⁵ נוכח מעמד המרכזי של בעלי המניות על פי גישה זו, מדיניות התאגיד שאיננה מיועדת למקסם את רווחיהם, לרבות מדיניות העושה שימוש ברווחים אלה למטרות בעלות אופי ציבורי, מהווה שימוש לרעה בכספם. שאלת אחריותו של התאגיד כלפי "מחזיקי עניין" או "קהלים" אחרים היא אפוא

4 Sarah Boseley, *Drug Giant GalaxoSmithKline Pledges Cheap Medicine for World's Poor*, THE GUARDIAN (13.2.2009) www.guardian.co.uk/business/2009/feb/13/glaxo-smith-kline-cheap-medicine (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

5 לתיאור של גישה זו כגישה השלטת במשפט האנגלו-אמריקני ראו ידידיה שטרן "כלכלת בעלי מניות או כלכלת קהלים – דיני חברות במבט השוואתי וגלובלי" *המשפט* ט 213 (2004); ידידיה שטרן *תכלית החברה העסקית* 23–36 (2009).

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

“החצנה” שאינה מעניינה של התאגיד. עמדה זו בוטאה באופן קיצוני בדבריו הידועים של הכלכלן הנודע מילטון פרידמן (Friedman), שלפיהם האחריות החברתית היחידה שיש לתאגידים היא להשיא את רווחי בעלי המניות שלהם.⁶ התפיסה החוזית מייצגת אפוא תפיסה כלכלית שמרנית הרואה בהסדרה ציבורית של פעילות התאגידים מוצא אחרון, שיש להשתמש בו רק במצב של כשל שוק. תפיסה זו ניזונה גם משיקול תועלתני שלפיו ראוי להציב את מקסום הרווחים כמטרה העליונה של פעולת התאגיד, שכן ממנה עשויות להיגזר תוצאות לוואי חברתיות חיוביות אחרות (למשל, דוקטרינת “חלחול העושר”). שני פרופסורים אמריקנים לדיני תאגידים, הנרי הנסמאן (Hansmann) וריינייר קראקמן (Kraakman), אף פרסמו מאמר משפיע בשם “קץ ההיסטוריה של דיני התאגידים”,⁷ שלפיו קיימת התכנסות (convergence) עולמית בכיוון התפיסה האנגלו-אמריקנית המעניקה קדימות לאינטרסים של בעלי המניות. וזאת, לנוכח הגלובליזציה הפיננסית והצורך הגובר של ממשלות למשוך הון זר שצמצם את יכולתן לעצב משטרים תאגידיים ולהגביל את פעולתם.⁸ התפוצצותה של פרשת אנרון הובילה לנסיגה מסוימת מתפיסה זו בארצות-הברית, עם חקיקתו של ה־Arbanes-Oaxley Act (2002) שהעמיק את הרגולציה על החברות הציבוריות. אולם גם חוק זה ביטא, בדומה לגישה החוזית, תפיסה הדוגלת בפיקוח ב”שלט רחוק” על התאגיד. זאת, מתוך הנחה שהשוק החופשי – לאחר סילוק כשלי השוק בעזרת הרחבת השקיפות – הוא הכלי הטוב ביותר לרגולציה.⁹

אם אלה הם אכן פני הדברים, כיצד אפוא ניתן להסביר את הצעד שנקטה חברת התרופות? אגב, GSK איננה לבד. בעשור האחרון גובר העיסוק הציבורי בשאלת האחריות החברתית התאגידית בכלל, וזו של תאגידים רב-לאומיים בפרט. זאת, בעיקר לנוכח חשיפתן של פעולות בעייתיות שלהם, הפוגעות בסביבה, בעובדים ובזכויות האדם, בעיקר במדינות המתפתחות.¹⁰ העובדה שטווח ההשפעה השלילית של פעולות אלה של התאגידים חורג

6 Milton Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Make Profits*, N.Y. TIMES 32 (Magazine 13.9.1970).

7 Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *End of History for Corporate Law*, 89 GEO. L.J. 439 (2001).

8 ראו גם Henry Hansmann, *How Close Is the End of History?*, 31 J. CORP. L. 745 (2006). לדיון נוסף ראו עלי בוקשפן “על חברה וחברה, ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות במשפט הישראלי” **משפט ועסקים** א 229 (2004).

9 אירית חביב-סגל **דיני חברות** 67–87 (2007).

10 ישנן דוגמות רבות מספור לפעולה תאגידית בכיוונים אלו. אחת הבולטות שבהן היא חברת מרקס אנד ספנסר (Marks & Spencer) שהשיקה בשנת 2007 יזמה שאפתנית בשם Plan A, ובה הציבה לעצמה 180 יעדים מדידים לשיפור ביצועיה החברתיים והסביבתיים עד שנת 2015 – plana.marksandspencer.com/about (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

בהרבה מהתאגיד עצמו, מעוררת מחדש את שאלת המחויבות של התאגיד לאימוץ פרקטיקות שונות, "מקדמות טוב", המטילות עליו את החובה לשקול גם שיקולים ציבוריים רחבים יותר בפעילותו. שיקולים אלה חורגים מקידום עניינם של בעלי המניות בלבד. ההצדקה לדרישה זו מן התאגידים מקבלת חיזוק נוסף לנוכח עצמתם הכלכלית הגוברת,¹¹ והעובדה שבעידן הנוכחי של הפרטה ודה־רגולציה של השירותים הציבוריים, הם גם ממלאים יותר תפקידים שהיו בעבר נתונים באופן בלעדי בידיהן של מדינות.¹² לאור זאת, "החברה האזרחית הגלובלית" תומכת יותר ויותר ברגולציה נוקשה יותר של גופים אלו, שהתנהגותם נתפסת יותר ויותר כחסרת אחריות ואחריותיות. "הלחץ הנורמטיבי" של החברה האזרחית על התאגידים בא לידי ביטוי בעיקר באסטרטגיות של "ביוש" (shaming) – חשיפה ציבורית של פרקטיקות תאגידיות בעייתיות – שבעידן האינטרנט נעשית מהירה יותר, ובעיקר – יעילה יותר. אכן, ככל שהתאגיד גדול ועשיר יותר, וככל שהוא "ממותג" יותר, כך גדל הסיכוי שהוא יהיה מטרה ללחצים חיצוניים מסוג זה. הטעם לכך הוא, כי הבולטות של התאגידים הגדולים בחיי היום־יום של הצרכנים, כמו גם הישענותם על תדמית "נקייה" כחלק מרכזי באסטרטגיית השיווק שלהם, הופכת אותם לחשופים יותר. דוגמה עכשווית לכך היא המחאה הציבורית שהתעוררה בתחילת 2012 נגד חברת "אפל", בעקבות חשיפת תנאי העבודה הקשים של עובדי הספקים שלה בסין.¹³ דוגמה מקומית לכך היא "מחאת הקוטג'" מקיץ 2011 נגד חברת "תנובה" שהעלתה שוב ושוב את מחיר הקוטג' בעקבות סקר שערכה ושהראה כי הביקוש לגבינה – קשיח.¹⁴

- 11 שווי הנכסים המצויים בבעלות התאגידים הרב־לאומיים הגדולים על התוצר הלאומי של רוב מדינות העולם – *Respecting Human Rights: Multinational Corporations Strike Out*, 2 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 463 (2000). הכנסותיהם של התאגידים הגדולים עולות על תקציביהן של מרבית המדינות (66 מתוך 100 הכלכלות הגדולות בעולם הם תאגידים) – Brian Roach, *Corporate Power in a Global Economy* (Global Development and Environment Institute, Tufts University, 2007) http://e3network.org/teaching/Roach_Corporate_Power_in_a_Global_Economy.pdf (נבדק לאחרונה ב־ 25.12.2012), המצוטט בתוך עלי בוקשפן, איריס האן וגלעד רוט "הענק וגנו: על חברות, דיני חברות ואיכות סביבה" **משפט ועסקים** יג 101, 107, ה"ש 16 (2010).
- 12 להרחבה ראו למשל DAVID VOGEL, *THE MARKET FOR VIRTUE: THE POTENTIAL AND LIMITS OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY* (2005).
- 13 Charles Duhigg & David Barboza, *In China, Human Costs are Built into an iPad*, THE NEW YORK TIMES (25.1.2012); Charles Duhigg & Nick Wingfield, *Apple Asks Outside Group to Inspect Factories*, THE NEW YORK TIMES (13.2.2012).
- 14 אנו סבורים כי ההתנהלות של חברת תנובה שהובילה למחאת הקוטג' משמשת דוגמה להפרה של קודים של התנהגות תאגידית ראויה. זאת, לאו דווקא משום שמחיר מופקע מהווה בהכרח ביטוי להתנהגות תאגידית שאינה אחראית, אלא משום שתנובה העלתה את מחיר הקוטג'.

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

הפקעת מחירים לשם הפקת רווחים מהירים אינה עולה בקנה אחד עם פרקטיקות של אחריות חברתית. זאת, בייחוד כשאין הצדקה לכך לפי עלויות הייצור או השיווק של מוצר הנתפס בקרב הציבור בישראל כמוצר יסוד עממי, ואף משווק כך על ידי תנובה.

מצב דברים זה הופך בהדרגה את הלחץ הציבורי גם לסיכון עסקי עבור התאגידים הגדולים, הן מבחינת הפגיעה במוניטין של החברה והן מבחינת יכולתה לגייס עובדים מוכשרים. התוצאה היא כי הלחץ האמור מוביל תאגידים לאימוץ אסטרטגיות שונות של ניהול סיכונים כדי להתמודד עם הסיכונים התדמיתיים, וכן עם סיכונים משפטיים ופיננסיים או עם אי-ציות לרגולציה.¹⁵

לסיכום, ניתן לומר כי המנועים המרכזיים להתפתחותו של שדה האחריות החברתית של התאגידים הם העלייה המתמדת בכוחם של התאגידים (ובעיקר התאגידים הרב-לאומיים), ההשפעה השלילית לעתים של כוח זה על החברה בכללותה והחשיפה האפקטיבית של היבטים אלה, המוליכים למודעות ציבורית למצב וללחץ לשינוי מצד החברה האזרחית והציבור בכללותו. לכל אלה יש להוסיף את ההבנה התאגידית כי התעלמות מן הלחץ הזה לא תפעל לטובתם. השחקנים המרכזיים בשדה המתהווה הזה הם, בהתאמה, התאגידים עצמם, "תעשיית האחריות החברתית התאגידית" המתפתחת (עורכי דין, יועצים סביבתיים, רואי חשבון ועוד), החברה האזרחית והציבור, ובמידה פחותה – הרגולטור המדינתי.

2. מהי אחריות חברתית של תאגידים ?

"אחריות חברתית תאגידית" הוא מושג בעל "רקמה פתוחה", והוא כולל פרקטיקות מגוונות, לא אחידות, ושאינן מוסדרות באופן נרחב. מגוון פרשנויות ניתנו למושג זה. סקר

בעקבות סקר שערכה ושהראה כי הביקוש לגבינת קוטג' בישראל קשיח ושלפיכך ניתן לייקרו לשם הפקת רווחים מהירים, ללא קשר לעלויות הייצור או השיווק שלו. זאת, בשעה שהמוצר נתפס בקרב הציבור בישראל ואף משווק ככזה על ידי תנובה, כמוצר יסוד המצוי בכל בית. במובן זה, התנהגותה של החברה אינה עולה בקנה אחד עם פרקטיקות של אחריות חברתית. ראו "מקינזי לתנובה: תעלו מחירים, הביקוש קשיח", **גלובס**, 26.1.2011 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000657946 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012), לתהודה הציבורית שזכתה לה מחאת הקוטג' ראו למשל מירב קריסטל "כך התגלגל כדור הקוטג'" **ynet**, 7.10.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4132530,00.html (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

15 ראו John L. Campbell, *Why Would Corporations Behave in Socially Responsible Way?* 32 *ACA. OF MANAGEMENT REV.* 946 (2007); Tim Bartley, *Institutional Emergence in an Era of Globalisation: The Rise of Transnational Private Regulation of Labor and Environmental Conditions*, 113 *Am. J. Soci.* 297, 306–312 (2007).

משנת 2005, שמצא לא פחות מ-147 סוגים של פעילות שסווגו כפעילות של אחריות תאגידית,¹⁶ מצביע על כך שהניסיון למצוא הגדרה כוללת אחת, הוא כנראה חסר תוחלת. לפיכך, לאחרונה הוצע להשתמש במונח "אחריות חברתית של תאגידים" כ"מושג מסגרת" הכולל את מכלול האופנים שבהם מוגדרים ומופעלים יחסי הגומלין שבין התאגיד (company) לבין החברה (society).¹⁷ בין שהם נגזרים מצורך בקבלת לגיטימציה חברתית, בין שמדאגות אתיות ובין שמשיקולים עסקיים בלבד, דומה כי ההנחה העומדת בבסיס הדיונים העכשוויים היא שלתאגידים עסקיים יש מחויבות כלשהי כלפי החברה. דיונים אלה ממסגרים את שיח האחריות החברתית התאגידית כשדה מתפתח, שבו שחקנים שונים תורמים באופנים מגוונים לשינוי הפרקטיקות התאגידיות.¹⁸

זיידק תיאר את ההתפתחויות במושגי האחריות החברתית התאגידית בשנים האחרונות במונחים "דוריים":¹⁹ "הדור הראשון" מאופיין בפרשנות המושג כתפיסה של צדקה ופילנתרופיה גרידא. האחריות החברתית, על פי גישה זו, היא נקודתית, ונתונה לחלוטין לשיקול דעתו של התאגיד. נושאים אלה מצויים על פי רוב בתחום אחריותם של מחלקת השיווק או יחסי הציבור של התאגיד.²⁰ גישת "הדור השני", המתקדם יותר, של האחריות

MICHAEL BLOWFIELD & ALLAN MURRAY, CORPORATE RESPONSIBILITY: A CRITICAL INTRODUCTION 11 (2008) 16

שם. אחת ההגדרות המקיפות והמקובלות ניתנה לאחרונה על ידי נציבות האיחוד האירופי: "A concept, whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis. Being socially responsible means not only fulfilling legal expectations, but also going beyond legal compliance and investing 'more' into human capital, the environment and the relations to stakeholder. The experience [has been] that going beyond legal compliance can contribute to a company's competitiveness." (*The Green Paper on Promoting a European Framework for CSR, available at ec.europa.eu/employment_social/soc-dial/csr/greenpaper_en.pdf*) 17

Ronen Shamir, *Between Self-Regulation and the Alien Tort Claims Act: On the Contested Concept of Corporate Social Responsibility*, 38 L. & Soc'y REV. 635 (2004) 18

Simon Zadek, *Third Generation Corporate Citizenship: Public Policy and Business in Society*, THE FOREIGN POLICY CENTRE 9, 9–11 (2001) 19

בהקשר זה ניתן למשל למקם את ממצאיו של פרופ' רונן שמיר לגבי אחריות תאגידים בישראל, שלפיהם "אחריות חברתית נתפסת בעיני תאגידים ישראלים כפעולה המשלימה סעד מדינתי, כפרקטיקה של צדקה ותמיכה קהילתית, וכמנגנון תמיכה במערכת הבריאות, במערכת החינוך ובמידה מסוימת גם כשמירה על איכות הסביבה". רונן שמיר "שוק פרטי ולחץ ציבורי: על עיצוב מושג האחריות החברתית של תאגידים" *דורות, מרחבים, זהויות: מבטים עכשוויים על חברה ותרבות בישראל* 260, 237 (חנה הרצוג, טל כוכבי ושמרון צלניקר עורכים, 2007). 20

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

החברתית התאגידית, גורסת כי אחריות חברתית אמתית חייבת להיות קשורה לליבה העסקית של פעילות התאגיד, וכי עליו להטמיע שיקולים חברתיים וסביבתיים ארוכי טווח כבר בשלב פיתוח המוצרים ומתן השירות.²¹ לשם כך, על התאגיד לאמץ נורמות התנהגות ראויות, לעגן בקודים אתיים וליישמן בפעילות העסקית השוטפת. גם הטיפול בנושא האחריות החברתית עובר על פי רוב לידי מחלקה המתמחה בכך ואשר מצויה בקשר ישיר עם הנהלת החברה.

"הדור השלישי" של האחריות התאגידית הוא השלב המתאר את מצב העניינים המתהווה כיום בעולם העסקי. בהדרגה הולכת ומחלחלת ההכרה כי המעבר לחשיבה של "דור שני" אינו יכול להיעשות בידי כל תאגיד בפני עצמו, אלא עליו להיעשות באופן קולקטיבי. יש לשנות את "כללי המשחק", בין השאר באמצעות יזמות שונות של "משפט רך". שלב זה של אחריות תאגידית חורג מגבולות השיח שאפיינו את השדה עד כה, ואשר הותירו את הדיון בתחום העסקי גרידא. הוא ממסגר את הדיון בנושא אחריותם החברתית והסביבתית של התאגידים כשאלה שיש לה גם השלכות משפטיות.²² במאמר שעורר תהודה רבה טענו פורטר וקרמר כי לנוכח המשבר שבו שרוי כיום הקפיטליזם, השינוי הנדרש מן התאגידים הוא משמעותי ועמוק אף יותר – עליהם לערוך שינוי תפיסתי כוללני יותר ולהגדיר את מטרת פעילותם סביב "יצירת ערך משותף" לכל מחזיקי העניין שלהם, ולא רק לבעלי המניות שלהם.²³

3. בין הוולונטרי לכופה: אחריות חברתית והמאבק על גבולות המשפט

כיום ניתן לאפיין את שדה האחריות החברתית של תאגידים כזירה של מאבק בין החברה האזרחית והציבור מחד גיסא, לבין התאגידים עצמם מאידך גיסא. למאבק זה ישנן השלכות על המשפט ועל יחסי הגומלין שבין שדה האחריות החברתית לבין המשפט. כך, אל מול הניסיון הציבורי הגובר ליצור כללים משפטיים מחייבים, שיאכפו נורמות תובעניות יותר

21 דוגמות ליישומה של תפיסה זו הן מחזורם של מכשירי טלפון ניידים על ידי חברות לתקשורת סלולרית, פיתוח רכבים שאינם מזהמים בידי חברות לייצור מכוניות, הענקת תנאי מימון משופרים על ידי בנקים למשקיעים ירוקים וכיו"ב. Zadek, לעיל ה"ש 19; Michael Porter & Mark Kraemer, *Strategy and Society: the Link between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, 78 HARV. BUS. REV. 1 (2006).

22 להרחבה בעניין הדור השלישי של אחריות התאגידים, והטענה כי יש להכליל במסגרת זו גם את מדיניות המס של התאגיד, ראו: Ronit-Donyets-Kedar & Ofer Sitbon, *Tax Avoidance and Corporate Social Responsibility* (forthcoming, 2013); בוקשפן, לעיל ה"ש 3.

23 Michael E. Porter & Mark R. Kramer, *Creating Shared Value*, HARV. BUS. REV. 62 (January–February 2011).

של התנהגות על התאגידים, פועלים התאגידים עצמם דווקא כדי לקדם תפיסות וולונטריות של אחריות תאגידית, אשר יותירו את מחויבותם של תאגידים לפעול למען החברה בספרה של הרצון הטוב של התאגיד עצמו. הצגת רעיון האחריות החברתית התאגידית כנתונה לשיקול דעתם של התאגידים אינה מספקת רבים מקרב ארגוני החברה האזרחית הרואים בכך ניסיון למנוע רגולציה ציבורית כופה של פעילות התאגידים.²⁴

בהקשר זה, נציגי החברה האזרחית וקולות אחדים באקדמיה מצביעים על קשיים בתפיסה הוולונטרית:²⁵ ראשית, ההנחה שלפיה השוק יתגמל אחריות חברתית אינה מוכחת במחקרים באופן חד-משמעי.²⁶ פרט לכך, גם אם יש ללחץ הצרכני השפעה על התנהגות התאגידים, הרי התנהגות "טובה יותר" של התאגידים הנובעת מטעם כזה, איננה מוליכה בהכרח לאימוץ נורמות התנהגות משופרות, אלא דווקא לאימוץ נורמות היוצרות מראית עין של שיפור. הטענה היא כי יש חשש ממשי מפני תופעות של "Greenwash" שבהן, בחסות הפעולה הוולונטרית, תאגידים מסתירים פרקטיקות בעייתיות ופחות גלויות לעין. הדוגמה של חברת אוטובוסים הצובעת את ציי האוטובוסים המזהמים שלה בצבע ירוק היא דוגמה בולטת בהקשר זה. באופן דומה, התמריצים להתנהגות אחראית חברתית, ובראשם הלחץ הצרכני והמוסרי, הם בעלי משקל נמוך בהרבה כשמדובר בתאגידים שאינם חשופים לעין הציבורית (למשל התעשייה לייצור חומרים כימיים). פן נוסף של החשש האמור הוא שתאגידי ענק מהמדינות המתפתחות נתונים פחות ללחצי החברה האזרחית והרגולטורים, והדבר מקנה להם יתרון תחרותי על החברות הפועלות במדינות המפותחות. מצב דברים זה מהווה אף הוא תמריץ שלילי לאחריות חברתית של תאגידים.

בלב הביקורת הציבורית על התפיסה הוולונטרית עומדת גם העובדה הפשוטה שאחריות חברתית עולה כסף: שכר גבוה יותר, עלות הכשרת עובדים ומנהלים, צמצום הגמישות הניהולית, עלויות הדיווח הסביבתי-חברתי, הפיקוח עליו ועוד. ברור שהפנמת העלויות

24 שמיר, לעיל ה"ש 20.

25 לתפיסה ביקורתית של אחריות חברתית תאגידית, ראו שמיר, שם, וכן James K. Rowe, *Corporate Social Responsibility as Business Strategy*, in GLOBALIZATION, GOVERNMENTALITY AND GLOBAL POLITICS: REGULATION FOR THE REST OF US? 130 (Ronnie D. Lipschutz & James K. Rowe eds., 2005); CHRISTIAN AID, BEHIND THE MASK: THE REAL FACE OF CORPORATE RESPONSIBILITY (2004); Thomas McInerney, *Putting Regulation before Responsibility: the Limits of Voluntary Corporate Social Responsibility*, 40 CORNELL INT'L L.J. 171 (2007).

26 לגישה התומכת בטענה כי השוק מתגמל התנהגות פרו-חברתית של תאגידים ראו למשל Baruch Lev, Christine Petrovits & Suresh Radhakrishnan, *Is Doing Good Good for You? How Corporate Charitable Contributions Enhance Revenue Growth?* (1.9.2008), available at ssrn.com/abstract=920502 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

הללו בשוק גלובלי תחרותי מגבילה אימוץ נרחב של פרקטיקות התנהגות יקרות. קושי נוסף בגישה הוולונטרית נובע מהפער בין ההבנה המחלחלת – בקרב הציבור והתאגידים גם יחד – כי יש צורך בשינוי, לבין פעולה לקדם את השינוי האמור. למרות הגידול הניכר בהם בשנים האחרונות, היקפיה של "הצרכנות הירוקה", כמו גם היקפיו של תחום ההשקעות האחריות והאתיות הם עדיין נמוכים. אף שמדובר בשווקים גדלים, קיים עדיין פער ניכר בין מודעות לבין פעולה המפנימה אותה.

על אף הקשיים הרבים בגישה הוולונטרית הדוגלת ברגולציה עצמית של התאגידים, קנתה לה גישה זו השפעה בקרב רבים ממקבלי ההחלטות, והיא עומדת בבסיסן של יזמות שונות שנקטו בתחום זה, הן בנציבות האירופית, הן בארגון ה-OECD והן באו"ם. גם בספרות המחקרית ננקטת לפעמים עמדה דומה. דורין מקבארנט (McBarnet)²⁷ וראדו מארס (Mares)²⁸ הביעו לאחרונה את העמדה שלפיה ביקורת רבה מדי על שיח האחריות החברתית של התאגידים עלולה להשליך את התינוק עם המים. לטענתם, בקרב הקהילה העסקית קיימת בשנים האחרונות מחויבות כנה שאמנם הצליחה לקדם שינויים אמתיים בשטח, אך גם הגבירה את הפגיעות של חלק מהתאגידים.

אכן, חלק מפעילויות האחריות החברתית שביצעו תאגידים הצליחו לגרום לשינויים חשובים בפעילותם שהיא בעלת תועלת ציבורית. דוגמות לכך הן הצמצום בעבודת ילדים, הפחתה של פליטת גזי חממה על ידי חלק מתאגידי הענק או השיפור בתנאי התברואה והבטיחות במגזרי ייצוא חשובים.²⁹ תאגידים מייחסים חשיבות גוברת לפיקוח על "שרשרת ההספקה" של מוצריהם; ופרקטיקות שונות של אחריות תאגידית מוכנסות כתניות בחוזים של התאגידים עם ספקיהם במדינות המתפתחות – כל אלה משפרים לאורך זמן את מצב הזכויות והסביבה במדינות אלה ומאפשרים להתגבר על "פער המשילות" (governance gap) בהן. הישגים אלה נזקפים לזכותה של הגישה הוולונטרית, אשר המצדדים בה טוענים כי לא ניתן להקל בהם ראש.

נוסף לטענות אלה, המצדדות באימוץ הגישה הוולונטרית, ניתן להצביע על קשיים אובייקטיביים העומדים בפני אימוץ הגישה האחרת, דהיינו עיצובן של נורמות משפטיות שייאכפו על התאגידים. בין הקשיים הללו ניתן למנות את העובדה כי פעולתם של התאגידים הרב-לאומיים משתרעת מעבר לגבולותיה של מדינה זו או אחרת, והתפרשות גלובלית זו מקשה מאוד על יצירת סטנדרטים אחידים של התנהגות. בנוסף, מבנה הבעלויות

Doreen McBarnet, *Corporate Social Responsibility Beyond Law, Through Law, For Law*, in THE NEW CORPORATE ACCOUNTABILITY: CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND THE LAW 9 (Doreen McBarnet, Aurora Voiculescu & Tom Campbell eds., 2007)

.RADU MARES, THE DYNAMICS OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITIES (2008) 28

.VOGEL, לעיל ה"ש 12, בעמ' 16–25. 29

הסבוך של תאגידים, דוגמת חברות-אם וחברות-בת, מקשה לפקח עליהם ברמה הלאומית. גורם נוסף נוגע לאופי המשפט בכלל, ולדיני התאגידים והחוזים בפרט, המורכבים עדיין מכללים ומעקרונות הרואים בתאגידים גופים פרטיים הפועלים במשפט הפרטי. ראייה זו מקשה על הכפפתם של התאגידים לכללים נוקשים יותר של התנהגות המקדמת את האינטרס הציבורי.³⁰ הגישה האנגלו-אמריקנית בנוגע לטיב החברה ולתכליתה, הרואה בתאגיד גוף שתכליתו לקדם את ענייניהם של בעלי המניות של התאגיד ותו לא, היא ביטוי מובהק של תפיסות פנים-משפטיות אלה.

מסגרת אנליטית חשובה שבאמצעותה ניתן לנתח את המאבק בין השאיפה הציבורית לרגולציה כופה לבין התביעה התאגידית לרגולציה וולונטרית, היא זו של "המשילות החדשה". פריגמה חדשה זו, המכונה גם ה-*Renew Deal*,³¹ מצביעה על הארגון מחדש, בנוף הכלכלה הפוליטית העכשווית, של היחסים בין פוליטיקה לבין שווקים וכן של מושג הרגולציה. גישה זו, המאופיינת, בין השאר, בשימוש גדל במכשירים וולונטריים של "משפט רך" (כדוגמת קודי התנהגות או הנחיות), תוארה כמבטאת חלופה לבלעדיות של הכוח המדינתי הכופה.³² "המדינה הרגולטורית החדשה" מחליפה את צורת הסמכות הממשלתית של *command and control* המיושנת לכאורה, ושיסודותיה – צעדי רגולציה כופים ושאיפות פרוגרסיביות להנדסה חברתית ולחלוקה מחדש – זכו מאז שנות השמונים לביקורת ולאי-אמון מצד חסידי של הנאו-ליברליזם שקידמו העברה מתמשכת של תפקידים ציבוריים מסורתיים לידי השוק הפרטי.³³

גישת "המשילות החדשה" משנה בהדרגה את אופיו של החוק עצמו והופכת אותו ל"תהליך לפתרון בעיות" יותר מאשר להוראה כופה.³⁴ ממשלות נתפסות יותר ויותר כמקור

30 יש להדגיש בהקשר זה כי למרות קולות הקוראים לעשות שימוש בדוקטרינות מתחום המשפט הפרטי, כגון תום לב ותקנת הציבור, על מנת לקדם אחריות חברתית של תאגידים, זו עדיין איננה המגמה השלטת במשפט הפרטי. לגישה כאמור ראו באופן כללי עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט העסקי** (2007). לקריאת תיגר על עצם ההבחנה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי לצורך סיווגם האפריורי של גופים כחייבים בהתנהגות אחראית או פטורים ממנה, ראו רונית דוניץ-קידר "לא פרטי, לא ציבורי: לקראת תפישה חדשה של אחריות" (צפוי להתפרסם **במשפטים** מג 2013)

31 Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004).

32 שם, בעמ' 388–395.

33 לובל מציינת, בצדק, כי המניעים להתפתחות השיח של המשילות החדשה נבעו לא רק משיקולים חיצוניים הנוגעים לכלכלה פוליטית, אלא גם מלחצים באשר למשפט עצמו, ובהם החשש מפני משפטיזציה של החברה. שם, בעמ' 361–367.

34 שם, בעמ' 377. כן ראו David Levi-Faur, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, 12 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 598

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

סמכות (קרי – כעשות שימוש לגיטימי בכוח הכרעה)³⁵ אחד מני רבים, ולפחות בכל הנוגע להסדרה של פעילות כלכלית – תפקידן הוא "לאפשר", "להקל" ו"לכוון" את פעולת השוק בסיוע ובשיתוף פעולה עם התעשיות המפוקחות. התפתחויות אלה הובילו להופעתו של מרחב רגולטורי מעורב, המורכב מאוסף של מחוקקים, ציבוריים ופרטיים, מדינתיים ולא-מדינתיים. הללו מייצרים שעטנו של נורמות, פורמליות ולא-פורמליות, לאומיות וטרנס-לאומיות, שנועדו לקדם מטרות חברתיות, פוליטיות וכלכליות. עם תחייתה של פרדיגמת הפלורליזם המשפטי בשנים האחרונות, גישה זו מחלחלת באטיות גם לחשיבה המשפטית.³⁶

צעדי אחריות תאגידית וולונטריים מצד התאגידים הם דוגמה חשובה ל"משילות חדשה". צורות אלה של רגולציה עסקית פרטית כוללות רגולציה עצמית, שבמסגרתה תאגידים מייצרים באופן חד-צדדי כללי התנהגות (תופעה שהתקיימה במגוון של צורות במשך שנים), ורגולציה משותפת או יזמות מרובות מחזיקי עניין (multi-stakeholders), הממסדות את שיתוף הפעולה בין התאגידים לבין הארגונים החברתיים. אף שכותבים רבים רואים בריבוי המכשירים הפרטיים שנועדו לפקח על ההתנהגות התאגידית התקדמות משמעותית בכיוון של ציות תאגידי לנורמות החברתיות,³⁷ אחרים – ואנו ביניהם – ספקנים יותר. מאפיינים מסוימים של רגולציה עצמית של עסקים כדוגמת הניסוח המעורפל של הנורמות הוולונטריות, היעדרם של מנגנוני אכיפה ופיקוח עצמאי, כמו גם הריחוק מן העין

(2005); JOHN BRAITHWAITE, REGULATORY CAPITALISM: HOW IT WORKS, IDEAS FOR MAKING IT WORK BETTER (2008).

35 A. Claire Cutler, Virginia Haufler & Tony Porter, *Private Authority and International Affairs*, in PRIVATE AUTHORITY AND INTERNATIONAL AFFAIRS 3, 5, (Claire Cutler, Virginia Haufler & Tony Porter eds., 1999).

36 ראו את הגיליון המיוחד בנושא פלורליזם של כתב העת THEORETICAL INQUIRIES IN LAW Legal Pluralism, *Privatisation of Law and Multiculturalism*, 9(2) THEORETICAL INQUIRIES IN LAW (July 2008). צומבנסן מציין בצדק את העובדה שהפלורליזם המשפטי איננו משמש עוד כ"חרבם של המוחלשים", שכן הוא מעורר מתוכו תפיסות של שוק חופשי ומבקש לבודד שליטה תאגידית, ובאופן רחב יותר פועל לביצורם של מוסדות שוק מפני השפעתה של הפוליטיקה. ראו Peer Zumbansen, *Corporate Governance in the Transnational Knowledge Society: The New Political Economy of the Embedded Firm* (paper presented on the faculty seminar at the Faculty of Law, Tel-Aviv University, 18.6.2008) (on file with authors).

37 VOGEL, לעיל ה"ש 12.

הציבורית, נתפסים כחלק מתרגיל מתוחכם שנועד לחמוק מרגולציה כופה יותר.³⁸ לקידומן של שלל פלטפורמות לרגולציה "מקצועית" מבוססת-שוק כתחליף למעורבות ממשלתית (ולכן גם פוליטית) ישירה יותר בשדה הפעילות הכלכלית יש אפקט חזק של דה-פוליטיזציה. התרבותן של "שותפויות פרטיות-ציבוריות" שונות מסמנת ירידה בהשפעתה של גישה "ציבורית" יותר שיכולה הייתה לשמש משקל-נגד לחולשות (כמו גם לקוצר הרואי) של השוק ושל הגיונו הכולל. לפיכך, מה שנדמה כצעד חיובי – ציפיות חברתיות גוברות מתאגידים לשקול שיקולים חברתיים ומוסריים – ממוסגר מחדש בשפה מוכוונת-שוק והופך לכלי ניהולי גרידא.³⁹

תוצאת האמור לעיל היא כי תחום האחריות החברתית התאגידית נתפס עדיין בעיקר כוולונטרי, רך, לאו דווקא משפטי, המצוי בתחום ש"מעבר לציות לחוק" ואינו תמיד נוגע לליבה העסקית. הדבר נובע מלחץ החברות הגדולות עצמן ומוקדי הכוח הפוליטיים שלהן, וכן מקשיים אובייקטיביים ביצירת כללים אכיפים תובעניים יותר. רוב הפרקטיקות הנכללות בגדר "אחריות חברתית תאגידית" הן פרקטיקות המבטאות **שאיפה** לשיפור, יותר מאשר כאלה הקובעות סטנדרטים ממשיים התובעים שיפור כאמור, ואוכפים אותו. אף על פי כן, וכפי שנראה להלן, הדיכטומיה החדה בין רגולציה עצמית לבין חקיקה כופה מחייבת עידון. דווקא המורכבות של שדה האחריות התאגידית מאפשרת לעוסקים בו להדגים את הטשטוש שבין סוגים אלה של נורמות ולהצביע על הזליגה המתמדת, משני עברי המתרס, בין הנורמות המצויות בגדרי החוק, לבין אלה המצויות, כביכול, מחוצה לו. המחקר המשפטי העכשווי מנסה לעצב סביבה משפטית מתאימה להרחבת הפיקוח על התאגידים. זאת, מתוך הבנה של המגבלות האמורות על יצירת כוח כופה וכניסיון למצוא להן פתרון יצירתי. חלקו השני של המאמר יתאר את הכיוונים השונים שבהם נעשים מאמצים אלה, וידגים כיצד פעילות הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים נוטלת בהם חלק.

4. אחריות חברתית של תאגידים וקריאת תיגר על גבולות המשפט

שדה האחריות החברתית של התאגידים, המתקיים על התפר שבין המשפט, החברה והשוק, קורא תיגר במגוון של דרכים על גבולותיו המקובלים של המשפט הפוזיטיבי הקלאסי. בשורות הבאות נסקור בקצרה את האופנים השונים שבהם מתקיימת קריאת תיגר זו על

Rami Kaplan, *The Post-war Origins of the "Corporate Social Responsibility" Framework: A Case of Elite Defensive Reinstitutionalization* (forthcoming, on file with authors) 38

Ronen Shamir, *The Age of Responsibilization: On Market-Embedded Morality*, 37 *ECONOMY AND SOCIETY* 1 (2008) 39

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

המשפט ועל גבולותיו. בחלקו השני של המאמר נטען כי החינוך הקליני, המצוי אף הוא בחזית המתפתחת של החינוך המשפטי, הוא מועמד אידאלי לקדם קריאת תיגר זו. היחסים המורכבים שבין המשפט הקלאסי לבין שדה האחריות החברתית התאגידית באים לידי ביטוי בשלושה אופנים. ראשית, באמצעות הניסיון לעצב מחדש את העקרונות המשפטיים הרואים בתאגיד גוף פרטי הפועל במסגרת המשפט הפרטי על מנת למקסם את רווחיהם של בעלי המניות שלו. בהקשר זה, החלחול האטי של תפיסות פרוגרסיביות יותר של דיני תאגידים משפיע, גם אם באיחור, על עיצובה של תפיסה חדשה של תכלית החברה העסקית שאינה רואה בתאגיד רק מוסד בעל אופי כלכלי-פרטי, אלא גם – בהיותו ישות מלאכותית, יציר כפיה של החברה – גוף בעל אופי חברתי-ציבורי. ככזה, ובהיותו בעל כוח ניכר, מוטלת עליו אחריות עודפת. עמדה זו היא עדיין עמדת מיעוט בקרב המלומדים בתחום דיני התאגידים, אולם יש לה תחייה גוברת בשנים האחרונות בשיח האקדמי. היא אף מתחילה לקבל ביטוי מעשי-תפיסתי עם ניסיון של יותר ויותר ממשלות, בעיקר באירופה,⁴⁰ לשנות את דיני התאגידים "מבפנים", באופן שיחזק את האחריות שלהם וכפיף את התאגידים הפועלים בשטחן למשטר של דיווח על ביצועיהם החברתיים והסביבתיים. פעולה זו נעשית, על פי רוב, בלחצם של ארגוני זכויות אדם. כך, למשל, נדרשים משקיעים מוסדיים, כדוגמת קרנות הפנסיה, להביא בחשבון שיקולי ההשקעה שלהם, גם את מידת האחריות החברתית של תאגידים שבהם הם משקיעים.⁴¹

החתירה לשינוי פנים-משפטי של התאוריה העומדת בבסיס דיני התאגידים, מביאה אפוא לידי שינויים חברתיים וכלכליים, המניעים תהליכים של רגולציה מדינתית, המניעה אף היא מהלכים של "תחיקה וולונטרית" מחודשת בקרב התאגידים עצמם. תנועה מעגלית זו של הנורמות המשפטיות, הנעה בין כפייה וולונטריות, מערערת על התפיסה הפורמליסטית, היוצרת חיץ מובהק בין נורמות פוזיטיביות לבין נורמות וולונטריות פנים-ארגוניות.

תחום הפעולה השני, המצביע אף הוא על יחסי הגומלין המורכבים שבין המשפט לבין שדה האחריות החברתית, נוגע ליחסים הדיאלקטיים שתוארו לעיל בין הסדרה כופה להסדרה וולונטרית. הוא מתבטא, למשל, באימוצם של קודים אתיים וולונטריים בידי התאגידים. אף שאימוץ "קוד ההתנהגות" הוא, בהגדרה, צעד וולונטרי מצד התאגיד, סטייה מן האמור בו איננה פשוטה: כך, למשל, בפרשת *Kasky* קבע בית המשפט העליון של

40 אחד הניסיונות הבולטים בשנים האחרונות נעשה באנגליה, בעת רפורמה מקיפה של דיני החברות שם. להרחבה ראו Ofer Sitbon *Legislating Corporate Social Responsibility: the UK Company Law Reform (1998–2006) between Politicisation and "Economisation"* (Phd. Thesis, Tel-Aviv University, 2010).

41 ראו למשל קרן הפנסיה הנורווגית, להלן בה"ש 66 והטקסט הנלווה לה.

קליפורניה כי על חברת Nike לפצות פעיל חברתי שתבע אותה, בטענה שקוד ההתנהגות הוולונטרי שלה שלפיו מוצריה אינם מיוצרים על ידי עובדים מנוצלים, מהווה מצג כוזב.⁴² זו דוגמה חשובה לטשטוש הגובר שבין "החוק" לבין מה שמצוי לכאורה "מעבר לחוק"⁴³ וליחסי הגומלין המרתקים שבין רגולציה עצמית לבין המחויבות המשפטית שהיא מטילה, וניתן להעריך שהיא תלך ותתפשט.

בהקשר דומה, ניתן להניח כי קודים וולונטריים ישמשו אינדיקציה עבור מחוקקים במדינות השונות, באשר לקיומם בפועל של סטנדרטים המשקפים את ההתנהגות השיווקית הטיפוסית ושעל כן ניתן לחוקקם. ברור שככל שמדינות יחוקקו יותר בתחומים אלו, יהיה קל יותר להטיל על התאגידים מחויבויות גם ברמה הבין-לאומית. עד היום טרם צלחו המאמצים לשנות את אופיו ההיסטורי, ממוקד-המדינה, של המשפט הבין-לאומי ולהטיל גם על התאגידים הרב-לאומיים חובות בתחום ההגנה על זכויות האדם.⁴⁴ במילים אחרות: אחריות תאגידית איננה משחק סכום-אפס שבו עשייה וולונטרית שוללת רגולציה כופה. התאגידים מנסים כבר זמן רב לחסום רגולציה ציבורית באמצעות יצירת מנגנוני רגולציה עצמית גמישים שאליהם הם מתחייבים באופן ציבורי. מהלך זה עשוי דווקא לגרום להם לאמץ, בתהליך דיאלקטי, מספר מוגבל של צעדים להתחשבות בזולת אשר יטילו עליהם, בטווח הארוך, מחויבויות שיקשה עליהם לחמוק מהן.

האופן השלישי שבו קורא שדה האחריות החברתית תיגר על גבולות המשפט הקלאסיים הוא תחום זכויות האדם. תחום זה, שמעמדו האוניברסלי הפך להגמוני כמעט בשנים האחרונות, מטיל חובות גם כלפי תאגידים, בכך שהוא תובע מהם להימנע מהפרת זכויות אלה ולנקוט לשם כך את אמצעי הזהירות המתאימים.⁴⁵ גם בעניין זה, הכלים המשפטיים הקלאסיים, בעיקר מתחום המשפט הבין-לאומי, אינם מספקים מענה ישיר לשאלת האפשרות להטיל אחריות ישירה על תאגידים להפרות של זכויות אדם המתקיימות בקשר לפעילותם. ואולם התפיסות המתגבשות של אחריות חברתית מערערות על הקושי האמור. כך, למשל, ביוני 2011 אישרה מועצת זכויות האדם של האו"ם את הדו"ח של פרופ' ג'ון ראגי (Ruggie) מבית הספר לממשל באוניברסיטת הארווארד, שמונה לתפקידו על ידי

42 Nike v. Kasky, 123 S.Ct 2554 (2003).
 43 ראו, באופן כללי, McBarnet, לעיל ה"ש 27; MARES, לעיל ה"ש 28. כן ראו עלי בוקשפן ואסא כשר "אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים" משפט ועסקים ב 159, 181-187 (2005).
 44 ראו למשל SURYA DEVA, REGULATING CORPORATE HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: HUMANIZING BUSINESS (2012).
 45 Dana Weiss & Ronen Shamir, לתביעה להחיל חובות מסוג זה כלפי תאגידים ראו Corporate Accountability to Human Rights: The Case of the Gaza Strip, 24 HARV. HUM. Rts. J. 155 (2011).

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

מזכ"ל האו"ם ושהציג מסגרת נורמטיבית חדשה לשאלת מחויבותיהם של תאגידים בכל הנוגע לזכויות האדם. גם אם ברור ששאלת תחולת המשפט הבין-לאומי של זכויות האדם על תאגידים רחוקה עדיין מהכרעה, אין ספק כי מדובר בנקודת ציון חשובה.⁴⁶ במקביל, וכפי שראינו לעיל, מתרחבות גם הפרקטיקות הפנים-תאגידיות, המגדירות את תחום המותר והאסור בפעילות התאגידית, לאור ההשלכות האפשריות שעשויות להיות לפעילויות התאגידים על זכויות אדם. מגמת התרחבות זו בנושא זכויות האדם, עשויה לאפשר לבתי משפט, בדומה למקרה של הקודים האתיים שמאמצים התאגידים, לצקת תוכן קונקרטי לסטנדרטים של חובת זהירות, הן של מנהלים (לפי חוק החברות) והן של החברה עצמה (לפי דיני הנזיקין). באופן דומה, חובת האמונים, עקרונות תום הלב ותקנת הציבור, וכן חקיקה ספציפית בתחומי איכות הסביבה, דיני עבודה, הגבלים עסקיים והגנת הצרכן, יכולים אף הם לשמש ככלי להטמעת אחריות בהקשרים תאגידיים.⁴⁷ גם כאן אפוא משמשים בערבוביה "המשפט הרך" – הקובע את סטנדרט ההתנהגות, והמשפט הפוזיטיבי – הקובע את המסגרת המשפטית של העוולה.

לבסוף ראוי לציין גם את הופעתה של ליטיגציה טרנס-לאומית שבמסגרתה נפגעים מהמדינות המתפתחות, הנתמכים על ידי ארגוני החברה האזרחית מהמדינות המפותחות, תובעים תאגידים רב-לאומיים. וזאת, בבקשה להטיל על תאגידים אלה בבתי המשפט של מדינות האם שלהם, אחריות משפטית בגין הפרות זכויות אדם שבוצעו במדינות המתפתחות.⁴⁸

46 ראו - www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

47 לשימוש במנגנונים מן המשפט הפרטי להצבת חובות מוגברות כלפי גופים פרטיים, ולביקורת על המגבלות של מנגנונים אלה ראו דוניץ-קידר, לעיל ה"ש 30. כן ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 30; טובה שטרסברג-כהן "עקרונות כלליים במשפט הפרטי" המשפט ז 523 (2002); דפנה ברק-ארוז "משפט ציבורי ומשפט פרטי: תחומי גבול ויחסי גומלין" משפט וממשל ה 95 (2000).

48 ראו בעניין זה את ה-Alien Tort Claims Act האמריקני (להלן: ATCA), וכן את פרשת *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 210 U.S. App. (2d Cir. 2010). החלטת בית המשפט בעניין *Kiobel* בספטמבר 2011 מהווה תקדים ראשון שבו דחה בית המשפט לערעורים את האפשרות לתבוע תאגידים על הפרות הדין הבין-לאומי במסגרת ה-ATCA. פרשה זו מצויה בערעור בפני בית המשפט העליון הפדרלי. זאת, בין השאר, על רקע העובדה שבתי משפט בארצות-הברית שנדרשו לסוגיה לאחר פרשת *Kiobel*, הסתייגו מפרשנותו של בית המשפט בעניין זה. ראו למשל את החלטתו של השופט ריצ'ארד פוזנר בפרשת *Flomo v. Firestone Natural Rubber Co.* (2011). לדיון כללי בחוק האמריקני ראו SARAH JOSEPH, CORPORATIONS AND TRANSNATIONAL HUMAN RIGHTS LITIGATION (2004).

מהמקובץ עולה אפוא כי שדה האחריות החברתית של תאגידים משקף שינוי תפיסתי ומחשבתי באשר לשאלות של אחריות, סמכות וחובות כלפי הזולת, ובכך קורא תיגר לא רק על השיח המשפטי הקלאסי, אלא גם על גבולותיו המקובלים של המשפט וההבחנות המושרשות בו. החלק הבא של המאמר יציג את האופן שבו החינוך הקליני לאחריות חברתית תאגידית, כפי שהוא נתפס ומיושם במרכז האקדמי למשפט ולעסקים, משתלב היטב בקריאת תיגר זו על השיח המשפטי הקיים.

ג. החינוך הקליני לאחריות חברתית של תאגידים: קריאת תיגר על גבולות המשפט

לא בכדי הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים היא קליניקה יחידה מסוגה במסגרת בתי הספר למשפטים. אכן, רוב החינוך האקדמי בעניין אחריות חברתית תאגידית נתפס עדיין כמצוי בתחום הידע של מדעי הניהול, ובמסגרת בתי ספר למנהל עסקים ניתן אכן למצוא קורסים מגוונים העוסקים בנושאים אלה. הטעם להיעדרם המוחלט כמעט של קורסים בנושאי אחריות תאגידית מנוף החינוך המשפטי,⁴⁹ וממילא מן החינוך הקליני, נובע מהתפיסה הרואה את האחריות התאגידית כניצבת "מעבר לציות לחוק". ככזו, היא נתפסת כנעדרת השקפה של ממש עם המשפט. הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים מבקשת לערער על תפיסה זו.

1. פעילות הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים

הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים הוקמה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים בשנת 2008 על ידי עו"ד שרון אברהם-וייס, על רקע התהוותו, החל מסוף שנות התשעים, של שדה חדש – אחריות חברתית של תאגידים בישראל.⁵⁰ הקליניקה היא היחידה מסוגה בארץ

49 כותבי המאמר עצמם מלמדים בשנים האחרונות קורסים בנושאי אחריות חברתית של תאגידים בבתי-הספר למשפטים: סיטבון לימד את הקורס "משפט, שוק ופוליטיקה: על אחריות חברתית של תאגידים" באוניברסיטת ת"א ובאוניברסיטה העברית, בין השנים 2009–2011; דוניץ-קידר מלמדת את הקורס "מוסר ומסחר" במרכז האקדמי למשפט ולעסקים החל משנת 2008.

50 ראו בהקשר זה, בין השאר: תמר ברקאי "אחריות חברתית של עסקים: ניאוו ליברליזם בתרגום ציוני" **תאוריה וביקורת** 33 45 (2008); שוקי שטאובר **ניהול אחריות תאגידית בישראל** (2009) www.shukistauber.co.il/Index.asp?ArticleID=390&CategoryID=168&Page=1 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012); Sitbon; לעיל ה"ש 40.

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

וככל הנראה אחת היחידות מסוגה בעולם.⁵¹ פעילותה נעשית בשני מישורים: מישור לימודי-אקדמי (תאורטי ומעשי) ומישור ציבורי. המישור הלימודי בקליניקה הוא כפול: נוסף על העבודה המעשית שתואר להלן, הסטודנטים לומדים באופן עיוני על ההיבטים התאורטיים של סוגיית האחריות החברתית של תאגידים, הן במסגרת המפגש השבועי בקליניקה והן במסגרת שיעורי הקורס התומך. ראוי לציין שהלימוד העיוני בקורסים אלה חורג מן העיסוק האופייני בתאגידים עסקיים שבו נתקלים הסטודנטים למשפטים במהלך לימודיהם: במרבית בתי הספר למשפטים בישראל, דיני התאגידים נלמדים מתוך נקודת המוצא האנגלו-אמריקנית. זו רואה, כפי שתואר לעיל, את התאגיד כמוסד כלכלי גרידא, ושאלת אחריותו כלפי "קהלים" שאינם בעלי מניות נתפסת כ"החצנה" שאינה מעניינת של התאגיד.⁵² על פי גישה זו, דיני התאגידים מהווים ענף מרכזי של המשפט הפרטי, ולפיכך תפקיד הרגולציה מסתכם ביצירת כללים יעילים, המותירים לתאגיד לבורר לעצמו את הכללים שישאו את רווחיהם של בעלי מניותיו, בהתאם לשיקולים שמכתיב השוק.⁵³ תפיסה כלכלית שמרנית זו היא השלטת בעיקר בקרב אנשי הגישה הכלכלית למשפט. היא זכתה לביקורת נוקבת,⁵⁴ שרק העמיקה בעקבות המשבר הפיננסי הגדול של שנת 2008.⁵⁵

- 51 חיפושינו אחר קליניקות דומות בעולם לא העלו קליניקות בשם זהה או דומה. באוניברסיטת ייל קיימת קליניקה העוסקת בעסקים וסביבה, אולם זהו, כמובין, רק היבט אחד של האחריות התאגידית. ראו cbey.research.yale.edu/news/137/154/COURSE-Business-and-the-Environment-Consulting-Clinic-FES-80046a (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012). באוניברסיטת הרווארד מנהל פרופ' לוסיאן בבצ'וק תכנית העוסקת בממשל תאגידי ואחריות ציבורית, אך זו אינה כוללת עשייה קלינית. יוער עוד כי בשנת 2011 הוקמה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים, וכחלק מן המכון לאחריות תאגידית, הקליניקה לאינטרס הציבור בשוק ההון, בהנחייתו של עו"ד עמירם גיל, העוסקת אף היא בהיבטים שונים של האחריות התאגידית.
- 52 יש לציין כי בשנים האחרונות חלק מבתי הספר למשפטים החלו לכלול במסגרת תכנית הלימודים בדיני התאגידים גם התייחסות פרוגרסיבית יותר לתכלית החברה העסקית, שאיננה מסתפקת בתפיסת התאגיד כמוסד כלכלי גרידא. עם זאת, עיון ברשימות הקריאה של קורסי המבוא בדיני תאגידים בפקולטות השונות למשפטים ברחבי הארץ מלמד שזו עדיין אינה המגמה הכללית.
- 53 ראו ההפניות לעיל בה"ש 5.
- 54 ראו למשל LAWRENCE E. MITCHELL, *PROGRESSIVE CORPORATE LAW* (1995); Adam Winkler, *Case Studies in Conservative and Progressive Legal Orders: Corporate Law or the Law of Business?: Stakeholders and Corporate Governance at the End of History*, 67 L. & CONTEMP. PROBS. 109 (2004).
- 55 דוגמה לכך ראו בריאיון של "פיננשל טיימס" עם ג'ק וולש, מנכ"ל חברת ג'נרל אלקטריק ואחד התומכים הידועים של התפיסה מוכוונת בעלי המניות (2009). לדבריו, תפיסה זו היא "הרעיון המטופש ביותר בעולם" שכן "קהלים המרכזיים של החברה הם העובדים, הלקוחות

במהדורה המחודשת של ספרה **דיני חברות**,⁵⁶ מציגה פרופ' אירית חביב סגל את "התפישה הממשלית (Governance Perception) של הפירמה".⁵⁷ זו מוצגת כהתפתחות חדשה של תפיסת התאגיד, הנובעת מן המשבר שפקד את עולם התאגידים בארצות-הברית בראשית שנות האלפיים (ובעיקר, פרשיות אנרון (Enron) ווורלדקום (Worldcom)), והיא משקפת את חשיבותו הגוברת של הממשל התאגידי. חביב-סגל קוראת למיסודו של "ממשל פנימי" בתוך החברה, הדומה במהותו לממשל הפוליטי או המדיני: לדידה, על התאגיד לקיים מערכת ארגונית של קבלת החלטות; להקצות את סמכויות הפעולה בין המוסדות; ובעיקר, לקיים מערכת פנימית של נורמות וכללים מחייבים, מערכת לאיתור ולחקירה של הפרת הנורמות הפנימיות בתוך הארגון ומערכת לאכיפתן של הנורמות הפנימיות ולענישתם של אלה המפרים אותן.⁵⁸

הגם שתפיסה זו של התאגיד משקפת שינוי תפיסתי חשוב, בעיקר באשר לחובה לפקח באופן הדוק יותר על התאגידים, היא איננה משקפת מעבר של ממש מהגישה הרואה בתאגיד גוף שהוא בעיקרו כלכלי-פרטי, להבדיל מגוף שיש לו מאפיינים חברתיים-ציבוריים משמעותיים. בכך היא ממשיכה את המגמה המאפיינת את הגישה הכלכלית של התעלמות מן הוויכוח היסודי המלווה את דיני התאגידים מזה עשרות שנים – לפחות החל משנות השלושים של המאה העשרים והמחלוקת הידועה בין המלומדים אדולף ברלי (Berle) ומריק דוד (Dodd)⁵⁹ – על אודות שאלת מהותו של התאגיד. יתרה מזו, וכפי שראינו, התפיסה גם אינה מביאה בחשבון את התחזקות השיח בדבר אחריות חברתית של תאגידים והפרקטיקות הנגזרות ממנו ב"שטח", בקרב התאגידים הגדולים.⁶⁰ כאמור, הלימודים בקליניקה חורגים מהגישה הקלאסית לדיני התאגידים, ובמידה מסוימת אף חותרים תחתיה: הם מדגישים דווקא את קיומה של המחלוקת בעניין מהותו של התאגיד, ומאמצים את הגישה הרחבה לדיני התאגידים – הגישה החברתית, שלפיה התאגיד

והמוצרים" (12.3.2009) www.ft.com/intl/cms/s/0/294ff1f2-0f27-11de-ba10-0000779fd2ac.html#axzz2DK6zGmkh

56 ראו חביב סגל, לעיל ה"ש 9, בפרק א'.

57 שם, בעמ' 11.

58 שם, בעמ' 5.

59 לתיאור היסטורי של העימות ראו David Millon, *Frontiers of Legal Thought: Theories of the Corporation*, DUKE L.J. 201, 216–225 (1990) כמו כן ראו עלי בוקשפן ואסא כשר "אתיקה בחברות עסקיות: שיקולים משפטיים ומוסריים" **משפט ועסקים** ב 159, 181–187 (2005).

60 Porter & Kraemer, לעיל ה"ש 21. עלי בוקשפן מדגיש את האופי הציבורי של האחריות החברתית, באופן המערער על הגישה החוזית הרגילה – בוקשפן, לעיל ה"ש 3; בוקשפן, לעיל ה"ש 30.

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

איננו רק בעל אופי כלכלי-פרטי, אלא גם חברתי-ציבורי. גישה זו, הרווחת בעיקר במשפט הקונטיננטלי,⁶¹ מכירה בהשפעה שיש לתאגידים על "קהלים" רבים – בעלי מניות אך גם עובדים, לקוחות, ספקים, ולעתים אף הקהילה והחברה בכללותה – וגורסת כי על התאגיד להתחשב בהם.⁶² בבסיסה של עמדה זו ניצבת גישה כלכלית פרוגרסיבית, הרואה את תפקיד המדינה בקביעת כללים קוגנטיים שיגבילו את שיקולי השאת הרווח של בעלי המניות לטובת כלל הציבור. גישה זו שמה את הדגש על המנהלים כמי שיכולים וצריכים לשקול שיקולים ארוכי-טווח, מעבר לאינטרס המידי של בעל המניות.⁶³

עמדה זו באה לידי ביטוי, כפי שתואר בחלקו הראשון של המאמר, בדרישה הגוברת, בעיקר בקרב ארגוני "החברה האזרחית הגלובלית", לרגולציה ציבורית כופה – לאומית, בין-לאומית או על-לאומית – של הפעילות התאגידית. במובן זה ניתן לראות את הגישה

61 לדוגמה עכשווית ראו את הדו"ח שחיברה עמותת המשפטנים הצרפתית: Regulating Transnational Companies 46 proposals, Sherpa., Rep. (2010), available at asso-sherpa.org/sherpa-content/docs/programmes/GDH/CDP_english.pdf (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012). בדו"ח היא מציעה ארבעים ושישה צעדי רגולציה אפשריים להרחבת האחריות המוטלת על תאגידים רב-לאומיים. עמדת המשפט הישראלי בעניין זה מורכבת. למרות ההטיה שלו בכיוון קדימותם של בעלי המניות, הדין הישראלי מספק גם עוגן אפשרי לתפיסתה של הקליניקה. לעניין זה ראו ס' 11(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, שהגדיר לראשונה את תכלית החברה. הסעיף קובע כי תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה, וניתן להביא בחשבון במסגרת שיקולים אלה, בין היתר, את ענייניהם של נושיה, עובדיה ואת ענינו של הציבור; כמו כן רשאית חברה לתרום סכום סביר למטרה ראויה, אף אם התרומה אינה במסגרת שיקולים עסקיים כאמור, אם נקבעה לכך הוראה בתקנון. הסעיף, ובאופן כללי יותר, שאלת תכלית החברה, עורר דיון ער בקרב הקהילה המשפטית הישראלית. בדברי ההסבר להצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995, הדגישה הוועדה שניסחה את ההצעה, בראשות השופט אהרן ברק, כי על אף שהחוק מאמץ את גישת קדימות בעלי המניות, יש לפרש את הסעיף באופן נאור, ולאפשר – גם אם לא לחייב – לחברה ולמנהליה לשקול גם שיקולים מוכוונים "קהלים". כמה מלומדים ביקרו את שמרנותו של נוסח החוק שהתעלם מן ההיבטים החברתיים האינהרנטיים בפעילויות החברה, אך בשנים האחרונות הוצגו בדיון האקדמי כמה גישות המציגות פרשנות מתקדמת יותר של הסעיף. ראו שטרן, לעיל ה"ש 5; בוקשפן, לעיל ה"ש 30; עמיר ליכט "תכליות החברה" משפט ועסקים א 173 (2004); יחיאל בהט "תכלית החברה ומטרותיה בהצעת חוק החברות, התשנ"ו-1995" שיערי משפט א 277 (1998).

62 ראו למשל ידידיה שטרן "כלכלת בעלי מניות או כלכלת קהלים – דיני חברות במבט השוואתי וגלובלי" המשפט ט 213 (2004).

63 לתיאור כללי ראו אצל Millon, לעיל ה"ש 59; Christopher Stoney & Diana Winstanley, *Stakeholding: Confusion or Utopia? Mapping the Conceptual Terrain*, 38 JOURNAL OF MANAGEMENT STUDIES 603 (2001); Steve Letza, James Kirkbride & Xiuping Sun, *Shareholding versus Stakeholding: A Critical Review of Corporate Governance*, 12 CORPORATE GOVERNANCE 242 (2004).

המנחה את הקליניקה כניסיון לערער על העמדה הרווחת באקדמיה המשפטית, התומכת בגישה הכלכלית לתאגיד, הרואה בו גוף כלכלי-פרטי. גישת הקליניקה מבקשת להעמיד במרכז הדיון דווקא את האופי הציבורי והחברתי המתרחב של מקומם של תאגידים בחברה. למעשה, הקריאה ליתר אחריות מצד התאגידים מאפשרת ליצור פרובלמטיזציה (ופוליטיזציה) של השאלה היסודית, המלווה את דיני התאגידים מראשיתם – מהו התאגיד? הלימודים העיוניים בקליניקה ובקורס התומך בה, מתמקדים ביחס המורכב שבין החברה בכללותה, השוק והמשפט. גם בהקשר זה מבקש הלימוד התאורטי להעניק לתלמידי הקליניקה מבט רחב וביקורתי ולהטמיע בהם את התובנות שלפיהן הן המשפט והן השוק, הנתפסים כשדות "אובייקטיביים" ו"ניטרליים", הם למעשה יצירי אדם וחברה הפועלים להיטיב עם קבוצות מסוימות, לעתים על חשבונן של קבוצות אחרות. כך, למשל, הלימודים כוללים גם עיסוק בעקרונותיה של מדינת הרווחה ובמדיניות הנאו-ליברלית של העשורים האחרונים, שפועלת לפירוק באמצעות הפרטה של שירותים ציבוריים רבים. עיסוק זה רלוונטי, כמובן, לפעילותה של הקליניקה לנוכח ההשפעה הגדולה שהיו לתהליכים אלה על עליית כוחם של תאגידים בחברה.

הגישה העיונית שמציעה הקליניקה לתלמידיה היא אפוא גישה רחבה, התומכת בהתבוננות חברתית-כללית, הן בתאגיד עצמו על תפקידיו כמוסד חברתי והן באופן שבו המשפט מעצב את החברה ומעוצב על ידה. אך לצד הלימוד התאורטי, פעילות הקליניקה נושאת כמובן גם אופי מעשי. הפרויקטים השונים מוצעים לסטודנטים על ידי מנחה הקליניקה, וגיוונם משקף את ריבוי הפנים של שדה האחריות החברתית התאגידית ואת ריבוי קהלי היעד הפוטנציאליים. להלן נדגים זאת באמצעות שלוש דוגמות:

בשנת הלימודים תשס"ט גיבשה הקליניקה דו"ח ראשון מסוגו שבחן באופן ביקורתי את הפרקטיקות החברתיות והסביבתיות של אחד-עשר תאגידים בישראל, ראשונים בתחומם, כפי שהן משתקפות בדו"חות האחריות התאגידית ובפרסומיהם הציבוריים. הדו"ח שנקרא "זה כן העסק שלנו"⁶⁴ – באופן הרומז לתפיסה מוכוונת ה"קהלים" שמנחה את פעילות

64 הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים, המרכז האקדמי למשפט ועסקים דו"ח זה כן העסק שלנו (2010) www.elb.ac.il/csr (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012). (להלן: "זה כן העסק שלנו"). כתיבת הדו"ח הייתה, כאמור, פעילותה הציבורית הראשונה של הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים. הטעם לעריכת דו"ח זה דווקא נעוץ בצורך למפות, ולו באופן ראשוני, את מצב האחריות החברתית התאגידית בישראל. בשלב הראשון כללה העבודה על הדו"ח מחקר תאורטי, בעיקר באמצעות ניתוח ספרות מקצועית, ובחינה מעמיקה של דו"חות החברות. בשלב השני הסטודנטים ביצעו "מחקר שטח" שכלל פגישות עם נציגי החברות. בשלב השלישי נערכו שיחות עם עובדים ולקוחות. בשלב הרביעי, בתום כתיבת טיוטת הדו"ח, נשלחו הקטעים הרלוונטיים לכל אחת מהחברות שנבדקו לשם קבלת תגובתן. תגובותיהן של אלה מביניהן שבחרו להגיב, שולבו בטקסט, או צורפו, לפי העניין, בסוף כל

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

הקליניקה – בחן שאלות כמו מספר הנשים בדירקטוריונים, מתן האפשרות לעובדים להתאגר, הנגשת סניפים לעובדים עם מוגבלויות, פרסום תנאי ההעסקה של העובדים המייצרים בסין ועוד. המידע שפורסם נאסף על ידי הסטודנטים, שלאחר לימוד תאורטי של נושאי האחריות התאגידית, גיבשו שאלון והציגו אותו לנציגי התאגידים שפגשו. הדו"ח הושק במסגרת כנס ציבורי שבו השתתפו, בין השאר, שר הרווחה והשירותים החברתיים דאז יצחק הרצוג, ח"כ שלי יחימוביץ וגב' עפרה שטראוס, יו"ר קבוצת שטראוס-עלית.⁶⁵ דוגמה נוספת לקוחה משנת הלימודים תשע"ב, אז הכין צוות מקרב הסטודנטים הצעת חוק שלפיה הקרן הריבונית לניהול הכנסות ממשאבי טבע תנוהל כקרן להשקעה אחראית. הקרן הריבונית הוקמה על ידי ממשלת ישראל בפברואר 2012, בעקבות "חוק ששינסקי", כדי להשתמש בתמלוגים ממאגרי הגז שהתגלו לאחרונה. על פי הצעת החוק שגיבשו הסטודנטים, תשקיע הקרן החדשה את הכספים שהיא מנהלת על פי הפרמטרים המנחים השקעה אחראית בעולם, כך שההשקעה או אי-ההשקעה בחברה מסוימת תביא בחשבון לא רק את הביצועים הכלכליים של החברה, אלא גם את הביצועים החברתיים והסביבתיים שלה. הרעיון שבבסיס הצעת החוק הוא שהקמתה של קרן כזו תוכל להעניק דחיפה משמעותית לתחום ההשקעה האחראית בישראל. זאת, הן מבחינת העניין שיגלו בו המשקיעים המוסדיים, והן מבחינת ההשפעה שלה על דפוסי הפעילות של החברות הגדולות במשק בכיוון של אחריות תאגידית רבה יותר. הייחוד בהצעת החוק שעליה שקדו הסטודנטים נעוץ בהיותה מבוססת על הדגם של "קרן הפנסיה" הנורווגית שהוקמה לאחר גילוי מאגרי הנפט במדינה ואשר מחליטה על השקעותיה בהתאם לקריטריונים המביאים בחשבון שיקולים אתיים שונים כדוגמת הפגיעה בזכויות אדם, הגנת הסביבה ועוד.⁶⁶ הקליניקה יצרה קשר עם שגרירות נורווגיה, ובחודש מאי 2012 נערך כנס משותף שבו הוצגה הצעת החוק, ומומחים נורווגים הציגו את המודל של הקרן שם. כמו כן, נערכה גם סדנה מקצועית שבה הציגו המומחים הנורווגים היבטים פרקטיים של המודל שלהם בפני אנשי ממשל וחברה אזרחית מישראל.

פרק רלוונטי. פעילותם של התאגידים בתחומי האחריות החברתית נבחנה תוך התמקדות בארבעה נושאים עיקריים ומשמעותיים לתחום זה, הניתנים לבחינה בכלים משפטיים: זכויות אדם; זכויות עובדים; איכות הסביבה; אתיקה; צרכנות ושיווק. בשל קוצר היריעה הדו"ח מתמקד בסוגיות נבחרות, ואינו מציג בהכרח את כלל ההיבטים השונים בכל נושא.

65 כמו גם ריאיון עם עורכי הדו"ח, פורסמו בהרחבה בעיתון דה-מארקר. ראו שרון שפורר "אחריות תאגידית? לא בישראל: חברות מסתירות מידע, פוגעות בסביבה, ומפלות נשים" *The Marker* 10.1.2010.

66 קרן הפנסיה הנורווגית www.regjeringen.no/Norwegian-Government-Pension-Fund (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012). en/sub/styrer-rad-utvalg/ethics_council.html?id=434879

הדוגמה השלישית היא משנת הלימודים תש"ע, שבה ריכז צוות מבין הסטודנטים את פרויקט "אחריות חברתית ותכנוני מס" שביקש לבדוק את "פעור המס" בין המס הסטטוטורי המוטל על התאגידים המופיעים במדד ת"א-25 לבין שיעור המס ששילמו בפועל. עבודה ייחודית זו, שעובדה לאחר מכן לדר"ח על ידי עורכת דין המתמחה בנושא ופורסמה כדר"ח בשם "המיליארדים החסרים", נועדה לקדם את הטענה כי אחריות תאגידית אמיתית כרוכה בתשלום מס מלא ובשקיפות מלאה של מדיניות המס של התאגיד. זאת, לאור העובדה שהמס הוא חלק מהותי מן "האמנה החברתית" בין האזרח לבין המדינה. תאגידים שנהנים מהשתתפות שהמדינה מעמידה לרשותם (כוח עבודה משכיל, תשתיות, מערכת אכיפת חוק ועוד), אשר בעצמן מבוססות על כספי המסים, נדרשים להחזיר את חובם לחברה ולהימנע מלחמוק מתשלומי מס. הדר"ח עצמו חשף ש"פעור המס" בין שיעור המס הסטטוטורי שבו חבות חברות ת"א-25 לבין המס ששולם בפועל עומד על כשלושה מיליארד ש"ח בשנה. לשם השוואה, היקף התרומות הפילנתרופיות של התאגידים עומד, לכל היותר, על 274 מיליון ש"ח לשנה.⁶⁷ פעור המס שעליו מצביע הדר"ח נובע הן מפרקטיקות של תכנוני מס אגרסיביים מצד החברות, כמו גם מהקלות מס שונות הניתנות לחברות אלה. העמדה המובעת בדר"ח היא, כי גם אם פרקטיקות אלה אינן עברה על החוק (שכן הן אינן עולות כדי העלמת מס, שהיא עברה פלילית), הן עומדות בסתירה עם נורמות של אחריות חברתית. הסטודנטים למדו את הנושא מבחינה תאורטית, אספו מידע ממאזני החברות על אודות היקפי תשלומי המס שלהן והתייעצו עם מומחי מס. בהערת אגב יוער כי המתח שבין העיסוק בנושאי מיסוי שמיוחס מטבעו ל"מומחים" לבין ההשלכות הציבוריות הנרחבות הכרוכות בהימנעות מתשלום מס מלא, ליווה לכל אורך העבודה את הסטודנטים ואת הנחייתם.

הדר"ח עצמו הושק בכנס ציבורי שנערך במעמד שר האוצר, ד"ר יובל שטייניץ, וזכה לתהודה תקשורתית ניכרת.⁶⁸ בנוסף, נדון הדר"ח בישיבה מיוחדת של ועדת הכספים של הכנסת, ביזמתה של ח"כ זהבה גלאון שאף הצהירה שבכוונתה לקדם חקיקה בנושאים אלה, בסיועה של הקליניקה (ואכן, בשנת הלימודים תשע"ב שקד צוות סטודנטים על כתיבתה של

67 פעור המס שעליו מצביע הדר"ח נובע הן מפרקטיקות של תכנוני מס אגרסיביים מצד החברות, כמו גם מהקלות מס שונות הניתנות לחברות אלה. העמדה שמביע הדר"ח היא, כי גם אם פרקטיקות אלה אינן מהוות עברה על החוק (שכן הן אינן עולות כדי העלמת מס, שהיא עברה פלילית), הן עומדות בסתירה עם נורמות של אחריות חברתית. לדר"ח המלא ראו הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים דו"ח המיליארדים החסרים – אחריות חברתית של תאגידים ותכנוני מס אגרסיביים (2011) www.clb.ac.il/esri_report (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

68 (להלן: המיליארדים החסרים). ראו להלן ה"ש 93-101 ובטקסט הנלווה להן.

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

הצעת חוק בתחום זה). כמו כן, הוצגו ממצאי הדו"ח בפני ועדת טרכטנברג. הפרק הבא, שבו נדגים את טענתנו במאמר, שלפיה החינוך הקליני לאחריות חברתית של תאגידים משמש הזדמנות אידאלית לקריאת תיגר על גבולות המשפט, יתמקד בעבודת הקליניקה לצורך הכנת דו"ח זה.

כפי שניתן לראות מהדוגמות שהובאו לעיל, גם אופי הפעילות המעשית של הקליניקה חורג מן הדפוס הקונבנציונלי של קליניקה שבה הסטודנטים מטפלים בפונים ובבעיותיהם הפרטניות. בצד הגישה התאורטית, גם לפעילות הפרקטית של הקליניקה אוריינטציה ציבורית רחבה, המבקשת להתחקות אחר הדרכים השונות שבהן ניתן לעצב מחדש את גבולות השיח המשפטי, כך שיביא לידי שינוי חברתי בר קיימא. הפרק הבא, שיתאר באופן מפורט את פעילות הקליניקה, ידגים את האמור לעיל.

2. התפיסה הרדיקלית של החינוך הקליני לאחריות חברתית תאגידית

היחסים המורכבים בין שדה האחריות החברתית התאגידית לבין המשפט והאופנים שבהם מערער שדה זה את גבולות המשפט, הופכים את החינוך הקליני המתמקד בשדה זה לתחום המאפשר לקרוא תיגר על החינוך המשפטי הקלאסי בדרכים שונות, הנוספות על אלה המקובלות בחינוך הקליני ה"מסורתי". להלן נציג כמה אופנים שבהם אתגרים אלה באים לידי ביטוי, באמצעות הדגמתם בפעילותה של הקליניקה במחקר בנושא תכנוני המס האגרסיביים ואשר פורסם בדו"ח "המיליארדים החסרים". הדגשים המאפיינים את פעולתה הייחודית של הקליניקה, שיוצגו להלן, הם אלה: שינוי בתפיסת הלקוח; שינוי פנים-משפטי של דיני התאגידים; טשטוש הגבול בין רגולציה וולונטרית ובין רגולציה כופה; תפקידו של השיח הציבורי והתקשורתי בעיצוב המשפט הפוזיטיבי; ומקומם המרכזי של אנשי מקצוע כסוכנים לשינוי חברתי.

(א) שינוי בתפיסת הלקוח

שורשיו של החינוך הקליני נטועים בתפיסות של הזרם הראליסטי במשפט, הקורא לאימוצה של תפיסה ביקורתית הן כלפי המשפט עצמו והן כלפי תפקידו החברתיים.⁶⁹ בניגוד

69 לגישה הראליסטית של המשפט ראו, באופן כללי, OLIVER WENDELL HOLMES, THE PATH OF THE LAW 15–24 (1897); Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, in LLOYD'S INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE 679 (M.D.A. Freeman ed., 6th ed. 1994) (להלן: "שם, בעמ' 686"; Karl Llewellyn, *Some Realism about Realism*; (LLOYD'S INTRODUCTION Brian Leiter, *Legal Realism*, in A COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL

לתפיסה הפורמליסטית של המשפט – הרואה בו מערכת סגורה ומדעית של כללים, אשר יישומם על מקרה נתון יניב "תוצאה נכונה" – מדגישים ההוגים הראליסטיים דווקא את מערכת היחסים המורכבת וההדדית המתקיימת בין המשפט לחברה בכללותה, כמו גם את מקומם המרכזי של תחומי דעת נוספים לצד המשפט. חשיבה בין-תחומית זו הוליקה לקריאתם של ההוגים הראליסטיים להשלים את החינוך המשפטי התאורטי והאנליטי בחינוך מעשי, הכולל גם היכרות עם תחומי דעת נוספים (כמו סטטיסטיקה, כלכלה ומדעי החברה), שישולבו בתכנית הלימודים.⁷⁰ כך, סברו ההוגים הללו כי החינוך הקליני יגביר את החשיפה של הסטודנטים למשפטים לפרקטיקה של מקצוע עריכת הדין ויובילו להבנה מקיפה יותר של אופיו ה"פתוח" של המשפט.

ואולם, אף שהתפיסות הראליסטיות והביקורתיות קנו להן אחיזה משמעותית באקדמיה, שילובן של קליניקות המגשימות הלכה למעשה את החזון הראליסטי, נתקל דווקא בהתנגדות. ⁷¹ התנגדות זו גרמה לכך שהיכולת להצדיק את הצורך בחינוך הקליני בידי המצדדים בו לא התמקדה באדנים התאורטיים והביקורתיים שעליהם הוא נשען, אלא פעמים רבות דווקא בטיעון המצביע על היתרון שיצמח לסטודנטים מהשלמה מעשית לחינוך המשפטי התאורטי המוענק להם. קריאה זו נשמעה גם מהסטודנטים עצמם, אשר כפי שמציינת נויה רימלט במאמרה, "חשו כי תכניו של החינוך המשפטי אינם מציידים אותם בכלים מספיקים לצורך עיסוקם העתידי כעורכי דין, החינוך הקליני נתפס בעיניהם כתוספת לחינוך המשפטי, שתקנה להם את ההכשרה המעשית הדרושה להשתלבות מהירה יותר במקצוע".⁷² וכך, אף שהשורשים הרעיוניים העומדים ביסודו של החינוך הקליני מבוססים במידה רבה על השקפת עולם רחבה באשר לתפקידו של המשפט בחברה ובאשר לתפקיד המשפטנים בעולם זה בפרט, הפיכת הקליניקות המשפטיות לחזון נפרץ באקדמיה

70 המשפט "ספר דליה דורנר" 303 (2009).
 מנחם מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט" **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג** (אריאל רוזן צבי עורך, 1994); אוריאל פרוקציה "בועות משפט" **משפטים** כ 9 (1990).

71 הקליניקות מומנו בהתחלה מכספים חיצוניים – קרנות שונות וכו'. התמעטות המימון החיצוני הערימה קשיים רבים על המשך הפעולה שלהן. כיום ממומנות הקליניקות בידי בתי הספר למשפטים, אך הן עומדות תדיר בפני חרב הקיצוצים, ומשמשות סלע מחלוקת תקציבי מרכזי בעולם האקדמי. בנוסף, תלותן הגוברת של האוניברסיטאות בתרומותיהם של בעלי הון ושל תאגידים מעמידות בסכנה את חופש הפעולה של הקליניקות במקרים שבהם נפגעים אינטרסים תאגידיים. ראו בהקשר זה Robert R. Kuehn & Peter A. Joy, "Kneecapping" *Academic Freedom*, 96 *ACADEME* (November–December 2010) www.aaup.org/AAUP/pubsres/freedom/2010/ND/feat/kueh.htm (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

72 נויה רימלט "החינוך המשפטי – בין תיאוריה לפרקטיקה" **עיוני משפט** כד 81, 96 (2002).

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

המשפטית טמונה דווקא בהיבטים הרואים בה כלי חשוב להשלמה מעשית של החינוך המשפטי של הסטודנטים; השלמה שהיא בגדר "שיטת הוראה שהסטודנט לומד בה לייצג לקוח באופן אפקטיבי במערכת המשפטית, ובו בזמן מאפשרת לו לפתח חשיבה ביקורתית כלפי המערכת".⁷³

לאמור לעיל השלכה חשובה על תפיסת הלקוח הטיפוסי שמייצגות הקליניקות בארץ ובעולם. מבחינה זו ניתן להצביע על שתי פרקטיקות נפוצות במיוחד: ראשית, הקליניקות המתמקדות בלקוח היחיד, והפועלות לייצוגו בפני הרשויות השונות ובעיקר בבתי המשפט (על פי המודל המסורתי של one client, one case) – זהו חלק הארי של הקליניקות בארץ ובעולם;⁷⁴ ושנית, הקליניקות המבקשות ליצור שינוי משפטי באמצעות עתירה להחלה שוויונית של עקרונות משפטיים על קהל רחב יותר.⁷⁵ במקרה הזה, הלקוח הספציפי הוא במידה רבה מייצג של תופעה חברתית רחבה, החורגת אל מעבר למקרה הספציפי של הלקוח (למשל, מניעת נגישות לזכות מוקנית מאוכלוסייה חלשה),⁷⁶ כאשר שינויה של תופעה זו, ולא רק הלקוח הבודד, הוא תכליתה הראשית של הפעולה הקלינית. יש להדגיש כי גם הקליניקות העוסקות בייצוג הלקוח הבודד, תופסות – בצדק רב – את פעילותן כפעולה לשינוי חברתי. זאת, הן בשל ההשפעה המצטברת שיש לטיפול בענייניהם של שורת לקוחות מוחלשים, והן בשל הממד החינוכי החשוב הנלווה לפעילות זו, דהיינו הפרספקטיבה הקלינית החושפת בפני התלמידים את התהליכים החברתיים, הפוליטיים והכלכליים שגרמו להחלשתו של הלקוח הספציפי. עם זאת, ברור שההבחנה בין שני טיפוסים הקליניקות אינה נוקשה, וישנן לא פעם קליניקות המשלבות בין העזרה הנקודתית ללקוח לבין הניסיון לקדם פתרון של בעיות חברתיות רחבות יותר.⁷⁷

73 סטיב וויזנר "הקליניקה המשפטית: חינוך משפטי בשם האינטרס הציבורי" עיוני משפט כה 370, 369 (2003).

74 Katherine R. Kruse, *Fortress in the Sand: The Plural Values of Client-Centered Representation*, 12 CLINICAL L. REV. 369 (2005–2006). הדוגמות לקליניקות אלה הן רבות. ראו למשל במרכז האקדמי למשפט ולעסקים, את הקליניקה לזכויות מהגרים, בהנחיית עו"ד יונתן ברמן, ואת הקליניקה לזכויות עצורים ואסירים, בהנחיית עו"ד רחלה אראל.

75 דוגמה לקליניקות כאלה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים הן הקליניקה לשינוי חברתי, בג"צים וחקיקה, בהנחייתה של עו"ד נטע דגן; הקליניקה לשוויון ולזכויות אדם, בהנחיית עו"ד דבי שדה; והקליניקה לזכויות בחינוך, בהנחיית עו"ד סאני כלב.

76 בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2 (1996). ראו דיון בפרשה זו במאמרה של רימלט, לעיל ה"ש 72, בעמ' 101–102.

77 על הדילמות המתעוררות במצבים כאלו אצל עורכי הדין החברתיים-ציבוריים ראו יובל אלבשן "דילמת ייצוג אוכלוסיות מודרות בדרך לתיקון חברתי" מעשי משפט א 153 (2008).

למרות השוני בתפיסת הלקוח בין שני סוגי הקליניקות שתוארו לעיל, נדמה שיהיה נכון לומר שתפיסת המשפט המגולמת בפעילותן היא אקטיביסטית, אך במובן מרוסן של מושג זה: בשני המקרים מבקשת הפעילות הקלינית להתגבר על תופעות חברתיות שליליות (היותו של הלקוח הבודד מעוט-יכולת, כך שנמנעה ממנו היכולת לקבל סיוע משפטי "בשוק", או החלה לא שוויונית של עיקרון משפטי הפוגע באוכלוסייה חלשה) באמצעות הנגשת המשפט לאוכלוסיות המודרות ממנו מסיבות חברתיות שונות.⁷⁸ התפיסה העומדת בבסיס שני אפיקי פעולה אלה היא ביסודה תפיסה של שיח הזכויות, שלפיה היכולת לחולל שינוי חיובי בפערים החברתיים תבוא לידי ביטוי מיטבי באמצעות מימושן של זכויות משפטיות כלפי כלל הקבוצות באוכלוסייה. התכלית של הפעילות הקלינית היא אפוא קידום הרחבת תחולתה של מגילת הזכויות גם כלפי לקוחות מוחלשים.⁷⁹

אם כן, ניתן לראות שייחודה של הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים מתבטא ראשית ובאופן המובהק ביותר, בתפיסה חדשנית ושפתנית של הלקוח, החורגת מהתפיסות הקלאסיות שתוארו לעיל; תפיסה רחבה זו של הלקוח היא חלק מן התפיסה האקטיביסטית והרחבה יותר של המשפט עצמו וגבולותיו. אשר ללקוח, פעולתה של הקליניקה אינה מתבצעת כלל באפיקים המסורתיים של סיוע ללקוח הבודד, בין כשלעצמו ובין כמייצג של קבוצת נפגעים רחבה יותר.⁸⁰ הגם שיש בתפיסה זו ממד שאפתני לא מבוטל, הלקוח שהעמידה לנגד עיניה הקליניקה, מתוך תפיסה עמוקה של ייצוג האינטרס הציבורי, הוא הציבור בישראל בכללותו. זאת, מתוך תפיסה רחבה באשר למכלול האופנים שבהם ניתן לחולל שינוי חברתי ומתוך שאיפה להניע שינוי בר-קיימא, אשר יוביל את החברה בישראל להיות חברה שוויונית וצודקת יותר. כך, למשל, מפנה המחקר שביצעה הקליניקה בעניין תכנוני המס האגרסיביים, שפורסם בדו"ח "המיליארדים החסרים", המלצות לפעולה המכוונות הן לתאגידים עצמם, הן לציבור והן לרגולטור המדינתי, שכן שלושת אלה

78 לשימוש במינוח הנגשת המשפט כתיאור של אסטרטגיית הפעולה של עריכת דין ציבורית ראו נטע זיו "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד לאחר שני עשורי פעילות" **מעשי משפט** א 19, 23–24 (2008).

79 בפעילות חשובה זו של הקליניקות אנו כוללים גם את המאבקים המשפטיים שמקיימות הקליניקות להרחבת מפת הזכויות המוכרות, באופן שייכללו בה גם הזכויות החברתיות, ולא רק סל הזכויות האזרחיות והפוליטיות המסורתיות. אף שהרחבה של מגילת הזכויות היא חשובה מאין כמותה, וכשלעצמה מצריכה חדשנות משפטית ומחויבות חברתית עמוקה, הרי מסגרת הפעולה הקלינית המאפיינת פעולה כזו נותרת על כנה. במובן זה, ניתן להשוות את המודוס אופרנדי של האקטיביזם הקליני בישראל לזה של הפמיניזם הליברלי, המבקש לפעול, על פי רוב, במסגרת המשפט הקיים.

80 ככלל, הקליניקה איננה פועלת על בסיס פניות פרטניות של אזרחים או של גופים שונים הנעזרים בקליניקה באופן שיטתי, אלא היזמה לפעולותיה נובעת מהצוות האקדמי שלה.

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

מהווים פלח מסוים של ה"לקוח". הדו"ח קורא לציבור להגביר "את המודעות לחשיבות מניעת תופעת השימוש בתכנוני מס אגרסיביים בקרב תאגידים [...] לגנות תרבות של התחמקות ממס של חברות ולהבהיר עד כמה תשלום מס מלא הוא אקט מובהק של אחריות חברתית, ואף של פטריוטיות".⁸¹ בנוסף, קורא הדו"ח להפעלת "לחץ ציבורי על תאגידים להגברת השקיפות ביחס לסכומי המס שמשלמות החברות הבנות שלהם במדינות בהן הן ממוסות בגין רווחיהן". במישור הנוסף, הנוגע לתפיסה של הקליניקה את המשפט ואת גבולותיו, משקף הדו"ח האמור את הגישה הרחבה העומדת ביסודה של הקליניקה, ולפיה, פעולה באפיקים המשיקים לאפיקים המשפטיים המקובלים מאתגרת ומרחיבה בכך את גבולות המשפט וכי ככל שיגבר הלחץ הציבורי בעניין זה, כך יגבר הצורך של תאגידים לאמץ מדיניות מס אחראית כחלק מהאחריות החברתית המוטלת עליהם. כפי שהוסבר לעיל, מדיניות וולונטרית כאמור מתויגת בטעות כ"משפט רך" בלבד, בשעה שהיא גם בעלת השלכות חשובות על המשפט הכופה, הקיים והמתגבש כאחד.

אכן, פעילות הקליניקה היא רדיקלית לא רק באשר לתפיסת הלקוח שלה, אלא גם בנוגע לשילובה של תפיסה זו בראייה האקטיביסטית והרחבה של המשפט וגבולותיו. השילוב האמור מתבטא בכך שהיא מבקשת להתחקות אחר אפיקי הזרימה של הנורמות המשפטיות בכל אפיקי התנועה שלהן ועל כלל המופעים שלהן – ולא רק כאשר אלה מגיעות לבית המשפט.⁸² המלצותיה של הקליניקה לשינוי מדיניות אכיפת תכנוני המס האגרסיביים שהופנו לרשות לניירות ערך; המלצותיה באשר לעקרונות שצריכים להנחות את שיקול הדעת של רשות המסים בעת שהיא מטילה שומה על התאגידים הגדולים שהועלו בדיון בכנסת;⁸³ וכן הצגת המלצותיה בפני ועדת טרכטנברג לשינוי חברת-כלכלי, שהוקמה

81 המיליארדים החסרים, לעיל ה"ש 64, בעמ' 38.

82 לתפיסה קלינית דומה במקצת מבחינת אפיקי הפעולה שלה, הפועלת מעבר למסגרת הייצוג של הלקוח הבודד, ראו את תפיסת ה-Systematic Advocacy של אוניברסיטת טולין, המשלבת בפעולת הקליניקה אסטרטגיות לא-ליטיגטיביות, כגון ייעוץ בנושאים של חקיקה, שיתופי פעולה עם ארגונים אחרים, חינוך בקהילה ועוד. עם זאת, גם תפיסה רחבה זו של "עריכת דין מערכתית" מבקשת לקדם מטרות מסורתיות יותר של החינוך הקליני, ומציינת כי היתרונות בה נעוצים בעיקר בכך שהם מעניקים לסטודנטים כישורים מגוונים יותר לפתרון סכסוכים ולייעוץ משפטי במובן הרחב. ראו Katherine Mattes, *Tulane Criminal Law Clinic: An Evolution into a Combined Individual Client and Advocacy Clinic*, 18 CLINICAL L. REV. 77 (2011). לתפיסה דומה נוספת ראו את הפעילות המקובלת ב-transaction clinics, הפועלת במתכונת של הענקת כלים עסקיים, ניהוליים ומשפטיים, בעיקר לעסקים קטנים. ראו Praveen Kosuri, *Impact in 3D – Maximizing Impact through Transactional Clinics*, 18 CLINICAL L. REV. 2 (2011).

83 הדיון בדו"ח נערך בוועדת הכספים של הכנסת ב-13.6.2011.

בעקבות המחאה החברתית של קיץ 2011 – לכל אלה יש השפעה לא מבוטלת בסופם של התהליכים המובילים לעיצוב הכללים המשפטיים הכופים. בשני מובנים משלימים אלה – תפיסה רחבה יותר של הלקוח ותפיסה מרחיבה של המשפט וגבולותיו – פעילותה של הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים והחזון שלאורו היא פועלת, דומים, במידה רבה, לאלה העומדים בבסיס של ה"Cause Clinics". קליניקות אלה מתוארות בספרות כתכניות לימודים המתקיימות בפקולטות למשפטים והמתמקדות בפרויקטים המבקשים להביא לשינוי בסטטוס קוו החברתי, הכלכלי או הפוליטי.⁸⁴ התפיסה שלאורה פועלת הקליניקה רואה אפוא את עצמה כבעלת תפקיד בהנעת שינוי חברתי, אשר יושג שלא באמצעות סיוע ללקוח יחיד (אדם או קבוצה), אלא באמצעות עריכת מחקרים ופרסומם; איסוף מידע ועיבודו באמצעות עריכת שאלונים והפצתם בקרב תאגידים; פעולה מול ועדות הכנסת; בפורומים שונים של הרגולטור המדינתי וכדומה. הצלחתה של הקליניקה נמדדת, בין השאר, בהד הציבורי שהיא מעוררת, וביכולת למנף אותו לטובת שינוי חברתי. ייחודה של הקליניקה נעוץ אפוא בהבנה כי השינוי המשפטי הפורמלי מהווה רק רכיב אחד במסגרת השינוי החברתי הרחב.

(ב) שינוי פנים-משפטי של דיני תאגידים עצמם

אופייה החדשני של הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים בא לידי ביטוי גם בחתירה לשינוי פנים-משפטי של דיני התאגידים עצמם. במאמרה בנושא עריכת דין לשינוי חברתי בישראל, מציעה נטע זיו את השימוש בדיני תאגידים פרוגרסיביים ככיוון פעולה עתידי, החורג מכיווני הפעולה המסורתיים של עריכת הדין הציבורית בישראל. במסגרת זו, טוענת זיו, ניתן להציע "צורת חשיבה המנסה לערער על הלגיטימיות של הרציונל העומד בבסיס דיני התאגידים הקיימים, שלפיו דוקטרינת הנאמנות כלפי בעלי המניות היא האינטרס הבלעדי של מנהלי התאגיד. היא מבטאת תפיסה הרואה בתאגיד מוסד חברתי, ולא רק כלכלי, המחויב גם לקבוצות נוספות מלבד בעלי המניות".⁸⁵ כיוון פעולה רעיוני זה אומץ על ידי הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים, והוא מיושם בפעילותה הן במישור העיוני והן במישור המעשי.

אכן, החינוך הקליני בתחום האחריות החברתית התאגידית מבקש לחזק את ההבנה כי שאלות של **מדיניות** מעצבות את השיח הפנים-משפטי וכי גם נורמות המצויות במשפט הפרטי או המסחרי הן נורמות בעלות פן **ציבורי** מרכזי. כפי שתואר לעיל, הפן העיוני של

84 אוסטין סאראט וסטיוארט שיינגולד "עריכת-דין לשינוי חברתי ושעתוק הסמכות המקצועית" **מעשי משפט** א 127 (2008) (איתמר מן מתרגם).

85 זיו, לעיל ה"ש 78, בעמ' 29.

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

החינוך הקליני מבקש להרחיב את נקודת המבט הקלאסית של דיני התאגידים ולהראות כי גם דינים אלה, המצויים בלב לבו של המשפט המסחרי, מבטאים השקפת עולם חברתית קונקרטי שניתן לבקרה ולשנותה במקרים הדורשים שינוי כזה. בד בבד עם החינוך העיוני, מדגימה הפעילות המעשית של הקליניקה את האופן שבו הפרספקטיבות הרחבות לדיני התאגידים באות לידי ביטוי הלכה למעשה בפעילות "בשטח". עבודת הסטודנטים בנושא דו"ח "המיליארדים החסרים" שהוצג לעיל, מדגימה את האופן שבו יושמו תובנות הלימוד העיוני בנושא הגישה הפרוגרסיבית לדיני התאגידים.

כאמור, דו"ח "המיליארדים החסרים" בוחן את מדיניות תשלומי המס שנוקטות 25 החברות הכלולות במדד תל אביב 25. בבסיס הדו"ח מונחת התפיסה החברתית של דיני התאגידים, הגורסת כי התאגיד אינו רק מוסד בעל אופי כלכלי-פרטי, אלא גם חברת-ציבורי: לצד אינטרס התאגיד להשאת רווחיהם של בעלי מניותיו, עליו לפעול מתוך אחריות חברתית ביחס לכלל מחזיקי העניין שלו. אחריות זו דורשת ממנו להתמודד עם ההשלכות השונות של פעילותו העסקית ולהיות מעורב במגוון תחומים – החל מפילנתרופיה וכלה בהתאמות משמעותיות של הליכי הייצור, ההפצה, ההעסקה וכו'. לקיחת אחריות בתחומים אלה תמזער את פגיעתו של התאגיד באיכות הסביבה, בזכויות אדם ואף תרום באופן אקטיבי ליצירתה של חברה שוויונית יותר, צודקת יותר ובת קיימא. התביעה מן התאגידים לשלם מס מלא ולהימנע מלהתחמק מתשלום מס, היא ביטוי מובהק של הגישה הפרוגרסיבית לדיני תאגידים. הדו"ח ממחיש אפוא מדוע ראוי לראות באימוצה של מדיניות מס אחראית חלק בלתי-נפרד מן האחריות החברתית של תאגידים.

עוד עולה מן המחקר שפורסם בדו"ח, אף שמרבית התאגידים נוהגים לתרום לקהילה סכומי כסף לא מבוטלים, הנתונים שנאספו באשר להיקף התרומות מדגישים כי הפסד המס הפוטנציאלי הנגרם למדינה עקב תכנוני מס ושימוש בהטבות מס, עולה לאין שיעור על הטובה הצומחת לציבור מתרומותיהם של התאגידים.⁸⁶ כך מדגים המחקר כי למרות הפער האמור, הפילנתרופיה ("הדור הראשון" של האחריות החברתית התאגידית) עדיין נתפסת בעיני התאגידים בישראל כחלק מהותי וחשוב יותר ממדיניותם בהיבט של אימוץ מדיניות מס אחראית. דו"ח הקליניקה מבטא תפיסה מתקדמת יותר, הרואה תשלום מלא של מסים,

86 במהלך השנים 2006–2009 תרמו 15 מן התאגידים שבדקנו (לגביהם היו לנו נתונים מלאים ביחס לסכום התרומות ששולם על ידם בכל אחת מן השנים הרלוונטיות) סכום העומד על סך של 164,294,623 ש"ח בממוצע לכל שנה ואשר נע בין 0.06% ל-4.08% מרווחיהם (לאחר מס). בדו"ח הנחנו, לטובת החברות, כי גם אלו מביניהן שלא דיווחו על תרומות, תרמו בשיעורים דומים. לפיכך ההנחה הייתה שחברות תל-אביב 25 תרמו בממוצע מדי שנה כ-274 מיליון ש"ח, וזאת, לעומת פער המס שנמצא בשיעור של כשלושה מיליארד ש"ח.

שיוקצו על פי סדר העדיפויות הלאומי – שהוגדר ונקבע על ידי מוסדות המדינה – כעדיף על פני פעילות פילנתרופית נקודתית של תאגידים.⁸⁷

(ג) טשטוש קו הגבול שבין רגולציה וולונטרית לבין רגולציה כופה

מאפיין ייחודי נוסף של הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים נובע מהעיסוק בעולם התוכן שבו היא פועלת – העיסוק בתחום האחריות החברתית התאגידית, כשדה המאפשר לפרק את התפיסות המקובלות לגבי המשפט והחברה, ותוך כך לקרוא תיגר על טיבו של המשפט ועל גבולותיו המקובלים. מתוך תפיסה שאיננה רואה את המשפט הפוזיטיבי כממצה את תחום השתרעותו של המשפט כתופעה חברתית רחבה יותר, ומתוך הבנה כי קו הגבול בין סוגי הנורמות השונות (החל בקוד אתי וולונטרי, פנים-תאגידי, וכלה בחקיקה ראשית) איננו דיכוטומי כלל ועיקר, אלא מאופיין דווקא ביחסים דיפוזיים והדדיים, מבקשת הקליניקה לכלול בין כותלי פעילותה את מכלול ההיבטים הללו של המשפט. גם תחומי פעולה אלה באו לידי ביטוי בדו"ח הקליניקה בעניין "המיליארדים החסרים".

ראשית, וכפי שתואר לעיל, הבחירה לפעול הן מול רשויות המדינה השונות (כמענה להמלצה לעיצוב הכללים המשפטיים שיעוצבו על ידי רשויות אלה) והן מול התאגידים (בעניין הנורמות הוולונטריות שהם עשויים לאמץ), משקפת תפיסה רחבה זו ומדגישה בפני הסטודנטים את התובנה שלפיה המשפט מתעצב גם הרחק מהמוסדות הפורמליים האמונים לכאורה על עיצובו. בדומה, חשיפתן של פרקטיקות התנהגות של תאגידים גדולים, אפשרה להדגים את "פעור הצביעות" שבין הצהרותיהם של התאגידים לבין התנהגותם בפועל.⁸⁸ התנהגותם מאפשרת נקודת התייחסות מחודשת לפרקטיקות התאגידיות, הן מצד הציבור והן מצד הרגולטור.

שנית ועיקר הוא מרכז הכובד הרעיוני של הדו"ח, המצביע על ההתחייבויות הוולונטריות לנהוג באחריות שנטלו על עצמם התאגידים, התחייבות המופנית כלפיהם עצמם כתביעה בעלת משנה-כוח לנהוג כפי שהתחייבו. בדומה לפרשת *Kasky* שתוארה לעיל,⁸⁹ הדו"ח משתמש בהצהרות של התאגידים עצמם לגבי מדיניותם כדי ליצור כלפיהם עצמם חיוב לעמוד בקנה מידה זה, שראשיתו בהצהרה וולונטרית של התאגיד עצמו. הדו"ח מנצל אפוא את טשטוש הגבולות שבין הנורמות הוולונטריות לבין הנורמות הכופות, דווקא

87 המיליארדים החסרים, לעיל ה"ש 64.

88 ד"ר דניאל מישורי השתמש בביטוי "מרחב הצביעות" בהקשר זה במפגש של פורום חוקרים צעירים לאחריות חברתית של תאגידים, שהתקיים במרכז האקדמי למשפט ועסקים בשנת 2011.

89 עניין *Nike v. Kasky*, לעיל ה"ש 42.

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

כדי להפנות אצבע מאשימה כלפי התאגידים המתהדרים במדיניות של אחריותיות. כך נמנעת מהתאגידים האפשרות להסתתר מאחורי הטיעון הפורמלי (הנכון) שלפיו תכנון מס אגרסיבי אינו מנוגד לחוק. טענה זו אפשרית מהטעם שנושא האחריות החברתית של תאגידים נתפס בידי התאגידים עצמם כתחום המצוי מעבר לציות לחוק, מתוך הנחה בסיסית כי התאגיד ממילא כפוף לחוק ומקיים אותו.⁹⁰ בהתאם לתפיסה זו, אף אם תכנון מס אגרסיבי אינו נעשה בניגוד לחוק, הרי מאחר שסוגיית האחריות החברתית של תאגידים חלה בתחום שמעבר לציות לחוק, על תאגידים – בוודאי אלה שמתהדרים בכך שהם פועלים בתחום האחריות החברתית – להימנע מתכנון מסוג זה. בהקשר זה, ראוי לציין כי יותר ויותר ארגוני חברה אזורית בעולם המערבי משתמשים בקו טיעון זה במסגרת הביקורת הציבורית שהם מותחים על תאגידים. דומה כי ניתן לראות ניצנים של שינוי ביחסם של תאגידים לנושא זה.

(ד) הבנת תפקידו של השיח הציבורי והתקשורתי בעיצוב המשפט הפוזיטיבי

פן חשוב נוסף של פעילות הקליניקה הוא מידת ההסתייעות באמצעי התקשורת. בשונה מן הפעילות הקלינית המקובלת, שבה יצירת ההד התקשורתי טפלה בדרך כלל לפעילות המשפטית, הקליניקה לאחריות חברתית של תאגידים עושה שימוש נרחב ומודע בפרסום תקשורתי. זאת, מתוך ההבנה שהפרסום העיתונאי יוצר לחץ ציבורי שיכול, כפי שמדגימה הספרות בנושא אחריות תאגידית, להניע את התאגידים לפעולה.⁹¹ הצורך של התאגידים להכחיש, להגיב, להתגונן, להצטרף, להתנצל, ליזום, לתקן – כל אלה הם מניעים חשובים בהתפתחותה של האחריות התאגידית. במקביל, הלחץ הציבורי והתגובה התאגידית לו, מעוררים לא פעם את הרגולטור או את נבחרי הציבור לפעולה שיכולה להתבטא בהתקנת תקנות או בחקיקה חדשה.⁹² ההדים התקשורתיים חושפים את תלמידי הקליניקה לחשיבותם של דיון ציבורי ושל מסגור מחודש של שיח קיים, כאמצעים ליצירת שינוי חברתי ובסופו של דבר, גם משפטי. הדיון התקשורתי משמש אפוא כלי חשוב בידי

90 McBarnet, לעיל ה"ש 27.

91 W.B. WERTHER & D.B. CHANDLER, STRATEGIC CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY: STAKEHOLDERS IN A GLOBAL ENVIRONMENT (2nd ed. 2010); A. CRANE & D. MATTEN, BUSINESS ETHICS (2004); A.B. Carroll & K.M. Shabana, *Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice*, INTERNATIONAL JOURNAL OF MANAGEMENT REVIEWS 85 (2010).

92 בישראל יש תפקיד חשוב גם לארגון "מעלה" בהשפעה על המוניטין של חברות, כמו גם על דעת הקהל בכל הנוגע לאחריות תאגידית. ראו www.maala.org.il (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

הקליניקה לשינוי הפרקטיקות התאגידיות, להרחבת הפיקוח הציבורי והמשפטי עליהן ובמקביל – גם למטרות פדגוגיות. נדגים זאת פעם נוספת באמצעות הדיון התקשורתי בדו"ח "המיליארדים החסרים".

בבוקר פרסום הדו"ח, פורסמה על אודותיו כתבת שער גדולה ב"דה מארקר"⁹³. הכתבה כללה גם תגובות (תוקפניות למדי) מצדם של שני תאגידים שחשו נפגעים מממצאי הדו"ח. הכנס הציבורי שבו הוצג הדו"ח – ובו השתתפו, בין השאר, שר האוצר, יובל שטייניץ, מרצים בעלי שם (כמו פרופ' חיים לוי ופרופ' יוסף גרוס), יו"ר לשכת רואי החשבון, יו"ר ועדת האתיקה בלשכת עורכי הדין וסמנכ"ל רשות המיסים – עורר אף הוא הדים תקשורתיים. בעלי טור התייחסו לדו"ח בעמודים הפובליציסטיים של "הארץ"⁹⁴ ושל "גלובס"⁹⁵, וממצאיו נדונו גם בתכנית הטלוויזיה "לונדון וקירשנבאום" בערוץ 10⁹⁶ וכן בכמה תכניות רדיו.⁹⁷ כחודש לאחר הכנס קיימה ועדת הכספים של הכנסת דיון בממצאי הדו"ח, בהשתתפותו של ראש רשות המיסים וביזמתה של ח"כ זהבה גלאון שנחשפה לממצאי הדו"ח בפרסום ב"דה מארקר".⁹⁸ בסוף אוגוסט 2011 הוצג הדו"ח גם בפני ועדת

- 93 רם עוזרי "תכנוני המס בחברות הגדולות עולים למדינה מיליארדים" **The Marker** 15.5.2011. www.themarker.com/markets/1.641294 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).
- 94 מרב מיכאלי "עושים לנו טובה גדולה" **הארץ** 16.5.2011. www.haaretz.co.il/hasite/spages/1228022.html?more=1 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).
- 95 דרור פויר "הקייטינג עלינו, היער עליכם" **גלובס** 9.6.2011. www.globes.co.il/news/article.aspx?QUID=1056,U1307683741695&did=1000652696 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).
- 96 ריאיון של ירון לונדון ומוטי קירשנבאום עם ד"ר עופר סיטבון ראש תחום מחקר במכון לאחריות תאגידית במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן (23.5.2011) ("לונדון וקירשנבאום", ערוץ 10); ריאיון של גל גבאי עם עו"ד מורן הררי (חינוכית 23, 30.5.2011).
- 97 ריאיון עם עופר סיטבון ראש תחום מחקר במכון לאחריות תאגידית במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן ("קול הקמפוס" 106fm, 26.5.2011); ריאיון עם ח"כ זהבה גלאון, והעיתונאים סבר פלוצקר ודרור פויר לפני הדיון בכנסת (רשת ב', "סדר יום", 13.6.2011); ריאיון עם ח"כ משה גפני לאחר הדיון בכנסת (רשת ב', "סדר יום", 14.6.2011).
- 98 החברות הגדולות במשק" **The Marker** 13.6.2011. www.themarker.com/markets/1.655013 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012). ראו גם אלדר יניב "אלדר יניב טוען: אנחנו בינוי לנד" **The Marker** 20.5.2011. www.themarker.com/markets/1.644572 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012); תומר אביטל "גפני: רשות המיסים חוששת להתמודד עם החברות הגדולות המקיימות תכנוני מס" **כלכליסט** 13.6.2011. www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3520765,00.html (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012); עופר וולפסון "גפני: רשות המיסים חוששת להתמודד עם החברות הגדולות" **News 1** 13.6.2011; שלמה פיוטרבסקי "לא מתמודדים עם תכנוני המס של הטייקונים" **ערוץ 7** 13.6.2011. www.inn.co.il/News/News.aspx/221131 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

טרכטנברג.⁹⁹ דו"ח הקליניקה המשיך להיות מוזכר בתקשורת גם בחודשים שחלפו מאז¹⁰⁰ ואף זכה לפרסום בחו"ל.¹⁰¹

הדיון התקשורתי המתמשך בממצאי הדו"ח הוא ביטוי להשפעתם של "בתי המשפט של דעת הקהל" על שיח האחריות התאגידית. בהקשר של הדיון בתכנוני המס התאגידיים, רוח הדברים שעלתה הייתה ביקורתית מאוד ביחס להתעלמות הלכאורית של תאגידים מובילים במשק מרוח החוק, ומסגור התנהגות זו כלא-אחראית מבחינה חברתית. הציפיות החברתיות, המצויות מעבר לצייות לחוק, מגבירות את הלחץ על התאגידים באופן שעלול ליצור עבורם סיכונים תדמיתיים, שעשויים להפוך לסיכונים פיננסיים ואף משפטיים.¹⁰² מכלול ההיבטים הללו מהווה ביטוי נוסף לתפיסה הרחבה והאקטיביסטית של העשייה הקלינית.

(ה) הדגשת מקומם המרכזי של אנשי מקצוע כסוכנים לשינוי חברתי

כחלק מתפיסתו הכללית של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, הקליניקה גם מדגישה את מקומם של אנשי מקצוע כסוכנים לשינוי חברתי בתחום האחריות החברתית התאגידית. בעלי מקצוע אלה, המצויים לרוב בלב לבו של המגזר העסקי, שותפים לעיצוב דמותו של התאגיד בפרט והעולם העסקי בכלל, בין השאר באמצעות כלים של אחריות חברתית תאגידית. במסגרת התאגידים פועלים אנשי מקצוע מגוונים – יועצים, רואי חשבון, משפטנים, מנהלי אחריות תאגידית ועוד. תאגידים רבים שוכרים את שירותיהם של יועצי

99 הוועדה קיבלה 1391 פניות מן הציבור, מתוכן 20.1% עסקו בענייני מיסוי. בסופו של דבר, הוועדה הזמינה 90 מן הפונים להופיע בפניה (ובכללם כעשרה בתחום המיסוי). שיתוף הציבור – הוועדה לשינוי חברתי כלכלי, אתר הוועדה "קול קורא" ופניות שהתקבלו במענה לו, hidavrut.gov.il/content/4216 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

100 ראו למשל אביטל להב "המרדף אחרי ההון השחור" *Ynet* 28.5.2012; יאיר נתיב "מצפצפות עליכם: מצעד החברות הלא חברתיות של ישראל" *פורבס ישראל* (יוני 2012).

101 הדו"ח אוזכר בשתי פלטפורמות בולטות של ארגוני החברה האזרחית הגלובלית – Tax Justice Network, *Israel's Missing Billions – a New Study of Aggressive Tax Planning and Corporate Social Responsibility*, taxjustice.blogspot.com/2011/06/israels-missing-Business & Human Rights, Israel's Missing Billions ובנוסף www.business-humanrights.org/New Study on Aggressive Tax Planning and CS Links/Repository/1006246/jump (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012). ממצאי הדו"ח הוצגו בחודש יולי 2012 בסדנת עבודה שמקיים בלונדון ארגון Tax Justice Network.

102 John Christensen & Richard Murphy, *The Social Irresponsibility of Corporate Tax Avoidance: Taking CSR to the Bottom Line*, 47 DEVELOPMENT 37 (2004); KPMG, *Tax Avoidance: Taking CSR to the Bottom Line*, IN THE BOARDROOM (2004).

סביבה ושל מומחי רגולציה כדי לפקח על פעילויותיהם ולבקר אותן. מכאן חשיבותו הרבה של דו"ח הקליניקה בעניין תכנוני המס, למשל, בנוגע לתפקידם של בעלי מקצוע אלה. המחקר בנושא תכנוני המס שביצעו הסטודנטים במסגרת הקליניקה, העלה כי מעמדם של עורכי הדין בסוגיות אלה, המשמשים כפרשנים המוסמכים של דיני המס ודיני התאגידים, ושל רואי החשבון המייעצים לפירמה, הוא מרכזי בעיצוב העמדה שבה יחזיק התאגיד בנושאים מרכזיים אלה. בכנס שבו הוצג הדו"ח נערך גם פאנל בנושא האתיקה של אנשי המקצוע העוסקים בתכנוני מס. בפאנל השתתפו, בין השאר, נשיא לשכת רואי החשבון בישראל, רו"ח דורון קופמן וכן יו"ר ועדת האתיקה בלשכת עורכי הדין, עו"ד דרור ארד-אילון. הרצאותיהם של אנשי המקצוע בכנס הדגישו את מקומם המרכזי של רואי החשבון ועורכי הדין של התאגיד בשרשרת ההחלטות המעצבת את מדיניות המס של התאגיד, וחשפו את השפעתם הרבה של אנשי המקצוע בתחום תכנוני המס. הם גם הצביעו על ההשפעה שיכולה להיות ל"לחץ נורמטיבי" מצד בעלי המקצוע הללו בתרומה לפעופע אטי של שיקולים חברתיים וסביבתיים בתאגיד. אינדיקציה לחלחול כאמור, ניתן למצוא בעמדות החיוביות יותר ויותר שמביעים מנהלים בנוגע לאחריות חברתית תאגידית,¹⁰³ כמו גם בנוכחות הגוברת של שיקולים סביבתיים במסגרת השיח התאגידי.¹⁰⁴ מכאן שמסגור מחדש של נושאי האחריות התאגידית בשיח הציבורי באופן המייצר סיכונים עסקיים פוטנציאליים לתאגידים הנתונים לביקורת – כפי שמבקשת הקליניקה לעשות – יכול לשמש גם כזרז לפעולה מצדם של אנשי המקצוע המייעצים להנהלת התאגיד.

ד. סיכום

שאלת האחריות החברתית התאגידית, ובאופן רחב יותר – שאלת יחסי הגומלין שבין החברה העסקית לבין החברה הכללית והמשפט בפרט, אינן חדשות. הדיון בהן מתקיים,

103 סקר שערכה חברת מקנזי בקרב 4238 מנהלים ברחבי העולם, הצביע על כך שרק 6% מתוכם מאמצים את הגישה המצמצמת לדיני תאגידים, שלפיה התפקיד היחיד של המנהלים התאגידים הוא להשיא את רווחיהם של בעלי המניות. 84% מהנשאלים סברו שעל התאגידים מוטלת החובה לאזן בין מקסום רווחים לבין תרומה לאינטרס הציבורי. ראו McBarnet, לעיל ה"ש 27. למחקר נוסף בעניין זה ראו Renee B. Adams, Amir N. Licht & Lilach Sagiv, *Shareholders and Stakeholders: How Do Directors Decide?*, 276 ECGI – FINANCE WORKING PAPER (2010), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1549482 (נבדק לאחרונה ב-1.11.2012).

104 John Patterberg, *The Influence of Global Business Regulation: Beyond Good Corporate Conduct*, 111 BUS. & SOC'Y REV. 241 (2006).

אחריות חברתית של תאגידים וחינוך משפטי וקליני: אתגור גבולות המשפט

בהקשרים היסטוריים מגוונים, זה כמאה שנה – החל מן המאבק נגד כוחם המתעצם של התאגידים הגדולים בראשית המאה העשרים; דרך המאבקים הגדולים למען זכויות הצרכנים בסוגיות של בטיחות ופגיעה בסביבה בשנות השישים והשבעים; תופעת ההשתלטויות העוינות על חברות בארצות-הברית כדי לנשלן מנכסיהן בשנות השמונים; וכלה בעיסוק הנוכחי הגובר בשאלת האחריות החברתית של תאגידים רב-לאומיים.¹⁰⁵ בהקשר זה ניתן לסבור כי נטייתם הגוברת של התאגידים הגדולים לאמץ שיח של אחריות חברתית תאגידית, עשויה, לאורך זמן – לחתור דווקא, באופן דיאלקטי, תחת התפיסות הוולונטריות שמבקשים התאגידים לקדם. זאת, אף שמדובר בראש ובראשונה באסטרטגיה עסקית, הכרוכה בעיקר במסע יחסי ציבור, ואשר מבקשת לפעול למניעתה של רגולציה מדינתית. נטייה זו עשויה גם להחדיר לתוכן שיקולים "ציבוריים" ואף למסד אותן כחלק ממשפט המדינה. הפער המתרחב שבין הקונצנזוס המשפטי האקדמי התומך בגישה ה"חוזית", לבין התפקיד ה"ציבורי" והחברתי המתרחב שהתאגידים מקבלים על עצמם בחברה, כמו גם הציפיות החברתיות הגוברות מהם, מלמדים כי חיוני להמשיך ולערער באופן מתמיד על הנחות המוצא הפורמליסטיות שבמסגרתן מתנהל הדיון עד כה. בראשן של הנחות אלו – קביעת החיץ שבין המשפט הפוזיטיבי לבין נורמות "רכות" המצויות כביכול מחוצה לו. הפער הגדל שבין סוגיות שנדונות באופן מסורתי על ידי דיני התאגידים לבין המציאות הפוליטית והכלכלית המשתנה במהירות, הופך את סוגיית האחריות החברתית התאגידית לשאלה פוליטית מרכזית ויש לה, כפי שטענו סיימון דיקין (Deakin) וריצ'ארד הובס (Hobbes)¹⁰⁶, פוטנציאל "לשקע" מחדש את התאגיד העסקי בתוך החברה; זאת, בתנאי שהוא ילווה בשינוי של התפיסות השולטות בנוגע לתפקיד התאגיד בחברה. לפיכך, לא ניתן להגזים בהשלכות שיהיו לפוליטיזציה פוטנציאלית של שאלות "טכניות" ו"מקצועיות" של דיני התאגידים על התאגיד. ככלות הכול, שאלות אלו נוגעת עמוק בשורשיו של אחד המוסדות המרכזיים ביותר של הקפיטליזם.

המאמר ביקש להראות כי החינוך הקליני בשדה האחריות החברתית התאגידית הוא בעל פוטנציאל רב לקידום תובנות פרוגרסיביות וביקורתיות באשר למשפט ולתפקידיו החברתיים. טענתנו היא כי האופי מוכוון-המדיניות של הקליניקה; ייחודה מבחינת קהל היעד ("לקוח") של הפעילות הקלינית (תאגידים, דעת הקהל, מקבלי החלטות); אופיו הגמיש של תחום האחריות החברתית של תאגידים כתחום המצוי על התפר שבין המשפט,

C.A. Welles, *The Cycles of Corporate Social Responsibility: An Historical Retrospective for the Twenty-first Century*, 51 U. KAN L. REV. 77 (2002)

Simon Deakin & Richard Hobbes, *False Dawn for CSR? Shifts in Regulatory Policy and the Response of the Corporate and Financial Sector in Britain*, 15 CORPORATE GOVERNANCE: AN INTERNATIONAL REVIEW 68 (2007)

החברה האזרחית והשוק; בשילוב העובדה שנושא האחריות החברתית של התאגידים בישראל מצוי עדיין בחיתוליו, מספקים הזדמנויות ייחודיות לפעילות קלינית הקוראת תיגר על ההגדרות המקובלות של גבולות המשפט, ומציגה אתגרים חדשים לחינוך הקליני.